

GACETA JUDICIAL

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

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

ORGANO DE LA CORTE
SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR:

JULIAN MOTTA SALAS

"Summa itaque ope, et
alacri studio has leges nos-
tras accipite":

(Proemium Institutionum D.
Justiniani).

TOMO LV

BOGOTA - COLOMBIA, ENERO A MARZO DE 1943

NUMEROS 1993 A 1995

Agustín Montes Herrera
Abogado

SALA PLENA

Cédula No. 076804

MANIFESTACION DE IMPEDIMENTO

*Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá,
febrero veinticinco de mil novecientos cuarenta y tres.*

En el Decreto número 756, acusado en su artículo segundo de inexecuibilidad en el presente juicio promovido por el señor Pedro Ignacio Uribe, se dice lo siguiente:

«Artículo 2º Las acciones que consagra el derecho común en relación con los terrenos sobre los cuales haya recaído resolución administrativa o sentencia judicial proferida en juicio breve y sumario por la Sala de Negocios Generales de la Corte, sólo podrán iniciarse dentro de los dos años siguientes a la fecha de su registro en el Ministerio.

«Se entienda oportunamente iniciada la acción ordinaria y por tanto interrumpida la prescripción de corto tiempo establecida para estos casos por las leyes de petróleo, cuando la demanda ha sido presentada y admitida antes de vencerse el término de la prescripción.»

Considera el suscrito Magistrado que está impedido para actuar en el presente juicio —y así lo manifiesta— por las mismas razones que ya ha expuesto en casos anteriores ante la Corte en asuntos en que se ventilan cuestiones similares. Sobre el particular, el suscrito reproduce

a continuación las que expuso en providencia de fecha 17 del presente en el juicio ordinario de la Nación contra Compañía de Petróleos Shell de Colombia y otros:

«En el presente juicio ordinario promovido por la Nación contra Compañía de Petróleos Shell de Colombia y otros, consta que una de las excepciones propuestas por los demandados es la cosa juzgada, y consta, asimismo, que con relación a esta excepción las partes y el Tribunal *a quo* han planteado la tesis de si la fecha para considerar interrumpida una prescripción debe ser la de la presentación de la demanda, o la de la notificación de ésta al demandado.

«Sobre el particular, el suscrito Magistrado considera necesario, para manifestarse impedido para conocer en este juicio —como lo hace— reproducir lo mismo que expuso en auto de fecha 16 del presente mes en el incidente de excepciones dilatorias propuestas en el juicio de la Nación contra Manuel Castello y otros:

«En el presente juicio ordinario de la Nación contra Manuel Castello y otros, entre las excepciones dilatorias propuestas por los demandados, se dice lo siguiente a folios 19 vuelto y 20 del cuaderno número 2:

'Cosa juzgada.—La excepción de cosa juzgada, que conforme al artículo del Código Judicial, se puede proponer como dilatoria, se funda en lo siguiente:

'Con fecha 28 de septiembre de 1938, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia decidió sobre la propiedad del petróleo en los terrenos a que se refiere la demanda presentada por el doctor Robles. Esa sentencia está hoy en firme y no admite recurso de ninguna naturaleza. Hay, por consiguiente, cosa juzgada. Es verdad que el artículo 7º de la Ley 160 de 1936 confiere a la Nación el término de dos años para revisar en juicio ordinario los fallos dictados en casos como el presente; pero esa acción no se ejerció en tiempo, porque la demanda fue notificada pasados los dos años, y según el artículo 2524 del Código Civil la prescripción se interrumpe por la notificación de la demanda.

'En el ejemplar número 1940 de la *Gaceta Judicial*, presentado por el señor Rafael Ruiz Santos, se encuentra publicada la sentencia de fecha 28 de septiembre de 1938, dictada por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia sobre el mismo asunto que es materia de este pleito, cuya revisión no fue pedida en tiempo oportuno, es decir, cuya demanda no fue oportunamente notificada. Esa sentencia perjudica o favorece a los dueños de las fincas, porque se trata de un fallo especial sobre el subsuelo de las propiedades, que constituye un debate público. Tanto es esto así, que contra ella no podrían oponerse los dueños de las propiedades.'

'En atención a lo que precede, el suscrito Magistrado manifiesta en este caso, como razones de impedimento para actuar en el presente incidente de excepciones y en el juicio mismo, lo siguiente, que expresó con fecha nueve del presente mes en el incidente de excepciones propuestas en el juicio de la Nación contra la Compañía Explotadora del Carare, S. A.:

'Al estudiar el presente incidente de excepciones en este juicio ordinario de la Nación contra la Compañía Explotadora del Carare, S. A., el suscrito Magistrado cumple el deber de manifestar que en los años de 1918 y 1919, como apoderado sustituto de los señores José Luis y Juan María Paniza Paredes en un juicio sobre rescisión de un contrato de compraventa por lesión enorme, contra el señor William Pletts, sostuvo ante el Juez 3º del Circuito y el Tribunal Superior de Barranquilla, aunque con resultado desfavorable, que la fecha para interrumpir una prescripción debe ser la de la presentación oportuna de la demanda, y no la de la notificación de ésta al demandado.

'Como en sentir del suscrito, el examen y decisión de una de las excepciones propuestas en el presente juicio —la de cosa juzgada— y, probablemente, los del juicio mismo, a lo que parece de autos, quizá puedan llevar al estudio de una cuestión análoga, considera el suscrito que ya tiene emitido en esta materia un concepto que puede perjudicar a una de las partes por lo que tal concepto tiene de prejuzgamiento, y en tal virtud, se declara impedido para actuar en el presente juicio, pues considera, igualmente, que en este caso debe aplicarse por analogía el espíritu de las disposiciones contenidas en los numerales 3º, 6º, 9º y 16 del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil.

'Así lo ha expuesto también el suscrito Magistrado ante esta Corte, en anteriores casos en que, en ejercicio de este cargo, le ha correspondido fallar sobre cuestiones o tesis jurídicas que ha defendido o combatido cuando ejercía la profesión de abogado.' »

Dése a la presente manifestación de impedimento el curso legal que corresponde.

Notifíquese.

José M. Blanco Núñez—Pedro León Rincón,
Secretario General.

Decreto número 32 de 8 de enero de 1932, acusado como inconstitucional, "por el cual se reglamenta la Ley 51 de 1937, sobre ejercicio de la odontología".

Ya dijo la Corte, en sentencia que declaró inexecutable el artículo 62 de la Ley 167 de 1941, que las cuestiones referentes a la inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno son de la exclusiva competencia de aquélla como guardián de la Constitución Nacional, y que al Consejo de Estado solamente le corresponde el conocimiento de las demandas referentes a la ilegalidad de aquéllos.

La cumplida ejecución del artículo 3º de la Ley 51 de 1937 imponía al Gobierno el deber de señalar el plazo de la demostración correspondiente, señalamiento que en nada exagera ni extralimita la potestad reglamentaria, y que no tenía ni tiene por qué ser facultad exclusiva del Congreso. A los dentistas u odontólogos indicados en el artículo 3º de la citada Ley no se les arrebató ningún derecho por el primer inciso del artículo 7º del Decreto acusado. Conservaron el derecho de seguir ejerciendo la profesión, sin sujetarlos a exámenes, probando, eso sí, que en ellos concurren las condiciones legales. Y para la prueba era menester decir cuándo y cómo se aducía. El plazo del inciso primero acusado, en vez de dañar el derecho ayuda a su efectividad, y no infringe los artículos 26, 54, 69, 73 y 115 de la Constitución, los cuales se afectan menos con el otro plazo de treinta días que el penúltimo inciso del artículo 7º del Decreto diera a las Juntas Seccionales para estudiar las pruebas y rendir su concepto escrito a la Junta Central de Títulos Odontológicos.

Más inconducente es la acusación de abuso de la potestad reglamentaria con que el demandante ataca la exigencia de las pruebas b), c) y f) del artículo 7º del Decreto número 32 de 1938, reglamentación de suyo libre en orden a establecer, dentro de lo racional, los medios probatorios que se juzguen indispensables.

Finalmente, lo dispuesto en los artículos 8º y 10 del Decreto acusado, armoniza con el alcance constitucional de la reglamentación de leyes por el Gobierno, a quien nin-

gún precepto de la Carta impedía expresar la condición de validez de las licencias (artículo 8º) y las causas de su cancelación (artículo 10).

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, marzo cuatro de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elias Aguirre).

El doctor Max. Galvis R., haciendo uso de la acción pública que consagra el artículo 149 de la Constitución Nacional, pide a la Corte Suprema de Justicia la declaratoria de inexecutable de los artículos 7º, 8º y 10 del Decreto número 32, de 8 de enero de 1938, "por el cual se reglamenta la Ley 51 de 1937, sobre ejercicio de la odontología."

Manifiesta el doctor Galvis R. que impugna el Decreto "por ilegal e inconstitucional"; y para satisfacer los requisitos del artículo 2º, Ley 96 de 1936, transcribe literalmente los preceptos acusados, señala los textos de la Carta que él cree infringidos y expone las razones de esa violación.

* * *

Es así el artículo 7º de aquél Decreto:

"Las personas a que se refiere el artículo 3º de la Ley 51 de 1937 deberán presentar a la respectiva Junta Seccional de Títulos Odontológicos, dentro del término fijado por la Ley 51 de 1937 en su artículo 2º, los siguientes documentos:

- "a) Partida de bautismo o registro civil;
- "b) Cédula de ciudadanía;
- "c) Libreta militar;

"d) Dos declaraciones juramentadas de testigos idóneos, en las cuales se certifique que el interesado, ha observado y observa conducta intachable, certificadas por el funcionario que las recibe, acerca de la honorabilidad e idoneidad de los declarantes;

"e) Dos declaraciones juramentadas de dos dentistas graduados, cuyos títulos se hallen reconocidos por el Ministerio de Educación Nacional, en las cuales se certifique que el intere-

sado es apto para ejercer la operatoria, la prótesis, la anestesia y la exodoncia, sin constituir un peligro para la sociedad;

"f) Certificados de las autoridades de los lugares donde el interesado ha ejercido la odontología, en los cuales se exprese claramente el tiempo preciso del ejercicio profesional, hasta completar diez años continuos, contados hacia atrás desde el 27 de agosto de 1937;

"g) Certificado de sanidad, expedido por un médico oficial.

"El ejercicio de los diez años se entiende que ha sido practicado dentro del territorio colombiano, y por ciudadanos colombianos.

"Las Juntas Seccionales estudiarán los documentos a que se refiere este artículo y rendirán un concepto escrito a la Junta Central, en un término no mayor de treinta días, acompañado de la respectiva documentación.

"Si los documentos respectivos llenan los requisitos del presente Decreto, la Junta Central podrá expedir a los interesados, por medio de resoluciones, las licencias para libre ejercicio de la odontología con arreglo a las disposiciones de la Ley 51 de 1937. Estas licencias se expedirán en papel sellado; llevarán la fotografía del favorecido pisada con el sello de la Junta Central y se anularán estampillas de timbre nacional de acuerdo con las disposiciones respectivas."

Manda el artículo 8º del mismo Decreto:

"Las resoluciones de licencias de que trata el artículo anterior no tendrán valor hasta que no hayan sido publicadas, a costa del interesado, en el *Diario Oficial*."

Y el artículo 10 *ibidem* ordena:

"Las Juntas Seccionales podrán cancelar las licencias para el ejercicio de la odontología en cualquiera de los casos siguientes:

"1º Cuando se compruebe el mal uso que de ellas se ha hecho por extralimitación, por errores o incompetencia en el ejercicio profesional;

"2º Cuando se compruebe que han sido expedidas sin arreglo a la legislación respectiva."

* * *

Para el actor algunas partes de los copiados artículos del Decreto número 32 de 1938 se oponen a los artículos 26, 54, 69, 73 y 115 de la Constitución, como más adelante se explicará.

* * *

La Procuraduría General de la Nación, al contestar el traslado, opina que no es viable la demanda ante la Corte Suprema de Justicia, porque el problema que plantea el actor es de *control legal*, o sea de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa; porque cuando un decreto se funda en una ley, no es posible que

prosperare la acción de inexecutableidad del decreto sin juzgar antes lo referente a la constitucionalidad de la ley, y porque el artículo 62 de la Ley 167 de 1941 da al Consejo de Estado, entre otras facultades, la de conocer de las acusaciones contra los decretos del Gobierno, por motivos de inconstitucionalidad.

No prohija la Sala, en su alcance absoluto, los conceptos del señor Procurador.

En primer lugar, posteriormente a la fecha de esos conceptos la Corte pronunció la inexecutableidad del artículo 62 de la Ley 167 de 1941, "en la parte que señala al Consejo de Estado competencia y jurisdicción para conocer de la inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno," función exclusiva de la Corte al tenor del artículo 149 de la Constitución.

En segundo lugar, aun cuando el doctor Max. Galvis R., involucrando materias diversas, se funda en supuestas violaciones de la Ley 51 de 1937 y también de la Ley 105 de 1931, por obra del Decreto número 32 de 1938, la verdad es que la acción del demandante asimismo se dirige a atacar como *inconstitucionales* los artículos 7º, 8º y 10 de ese Decreto.

Y en último término, los decretos reglamentarios de leyes bien pueden entrañar, por sí, vicios de inconstitucionalidad que caben dentro del control constitucional de la Corte y que debe resolver ésta, independientemente de las leyes reglamentadas, sin que sea necesaria la acusación de las leyes de donde dimanen los decretos, y sin que importe para el caso la circunstancia de que ellas afecten o nó la Constitución.

De modo que la Sala estudiará el Decreto número 32 de 1938, bajo el aspecto en que el acusador lo juzga inconstitucional, descartando del debate los reparos de ser el Decreto contrario a las Leyes 105 de 1931 y 51 de 1937, porque de la *ilegalidad* de un decreto del Gobierno no conoce sino el Consejo de Estado.

* * *

A pesar de que son confusas las extensas disertaciones de la demanda, el pensamiento o intención del doctor Galvis R. se concreta a los puntos siguientes:

a) Que los incisos primero y penúltimo del artículo 7º del Decreto acusado, en cuanto señalan unos plazos de ciento ochenta y de treinta días, constituyen infracción del artículo 26 de la Constitución en la parte que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores; del artículo 54, que habla de que en el Congreso reside la potestad de hacer leyes; del artículo 69, que se refiere a

la misma potestad en la atribución de interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes; del artículo 73, excepción 2ª, que reza: "Las leyes sobre materia civil y procedimiento judicial, que no podrán ser modificadas sino en virtud de proyectos presentados por las Comisiones permanentes especiales de una y otra Cámara o por los Ministros del Despacho"; y del artículo 115, en lo del ejercicio por el Presidente de la República, de la potestad reglamentaria, expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes;

b) Que es un abuso de la potestad reglamentaria lo consignado en las letras b), c) y f) del artículo 7º del Decreto, puesto que es una innovación de la tarifa legal de pruebas, y

c) Que los artículos 8º y 10 del Decreto también demuestran una usurpación del Órgano Ejecutivo al establecer sanciones que privativamente son facultad del legislador.

* * *

El artículo 3º de la Ley 51 de 1937 permite seguir ejerciendo la odontología a las personas que durante un período no menor de diez años, contados hacia atrás desde la vigencia de dicha Ley, hayan estado dedicadas de manera permanente al ejercicio honorable de esa profesión.

Y el artículo 4º ibidem sometía a las personas de que habla el artículo 3º a unos exámenes prácticos para que pudieran continuar como odontólogos, exigiéndoles que la solicitud de examen, acompañada de la documentación respectiva, debía hacerse ante la Junta Central de Títulos Odontológicos, "hasta ciento ochenta días después de la promulgación de la presente Ley."

Pero ocurrió que el artículo 16 de la Ley 128 de 1937 derogó el artículo 4º de la Ley 51, quedando absolutamente indeterminado el plazo para que las personas favorecidas por el artículo 3º presentaran las comprobaciones del ejercicio honorable y permanente de la dentisteria durante un período de diez años atrás.

Entonces el primer inciso del artículo 7º del Decreto número 32 de 1938 dispuso que los individuos del artículo 3º de la Ley 51 "deberán presentar a la respectiva Junta Seccional de Títulos Odontológicos dentro del término fijado por la Ley 51 de 1937 en su artículo 2º", los documentos que especifica el artículo 7º del Decreto.

Y aquí es en donde el doctor Galvis R. sitúa su impugnación principal, pues alega que la libertad sin condiciones del artículo 3º de la Ley 51 para seguir ejerciendo la odontología, fue restringida por el plazo que fijó el primer inciso del artículo 7º del Decreto; que esa libertad absoluta es un derecho adquirido quebrantado en

el Decreto, y que el Gobierno invadió la esfera jurisdiccional del Congreso, extralimitando la potestad reglamentaria.

Idénticas observaciones formula el demandante al plazo del penúltimo inciso del artículo 7º.

Nótese, una vez más, que por la derogatoria del artículo 4º de la Ley 51 de 1937 (artículo 16, Ley 128 de ese año), la prueba de las circunstancias del artículo 3º ibidem se dejó sin término para hacerla valer, lo que ocasionó la fijación de ciento ochenta días que el Gobierno en el Decreto tomó del artículo 2º, tiempo igual al que traía el derogado artículo 4º.

La cumplida ejecución del artículo 3º imponía al Gobierno el deber de señalar el plazo de la demostración correspondiente, señalamiento que en nada exagera ni extralimita la potestad reglamentaria, y que no tenía ni tiene por qué ser facultad exclusiva del Congreso.

A los dentistas u odontólogos indicados en el artículo 3º de la Ley 51 no se les arrebató ningún derecho por el primer inciso del artículo 7º del Decreto número 32 de 1938. Conservaron el derecho de seguir ejerciendo la profesión, sin sujetarlos a exámenes, probando, eso sí, que en ellos concurren las condiciones legales. Y para la prueba era menester decir cuándo y cómo se aducía.

El propio demandante se encarga de reconocer la subsistencia del derecho sustantivo del artículo 3º y la necesidad de reglamentarlo, al escribir que ese derecho "quedaba de libre ejercicio en cualquier tiempo y mediante, únicamente, las condiciones en él señaladas, es decir, acreditando un período no menor de diez años de ejercicio de la odontología, contados hacia atrás desde la vigencia de esa Ley y siempre y cuando se hubiera estado dedicado de una manera permanente y honorable al ejercicio de esa profesión."

El plazo del inciso primero acusado, en vez de dañar el derecho ayuda a su efectividad, y no infringe los artículos 26, 54, 69, 73 y 115 de la Constitución, artículos que menos se afectan con el otro plazo de treinta días que el penúltimo inciso del artículo 7º del Decreto diera a las Juntas Seccionales para estudiar las pruebas y rendir su concepto escrito a la Junta Central de Títulos Odontológicos.

* * *

Más inconducente es la acusación de abuso de la potestad reglamentaria conferida al Presidente de la República por el numeral 3º del artículo 115 de la Constitución "para la cumplida ejecución de las leyes," con que el demandante ataca la exigencia de las pruebas b), c) y f) del artículo 7º del Decreto número 32 de 1938.

Esas pruebas son cédula de ciudadanía, libreta militar y certificaciones de las autoridades de los lugares en donde el interesado ha ejercido la odontología.

Y el acusador formula la afirmación de que esos documentos son innovaciones a la tarifa de pruebas de la Ley 105 de 1931, como si se estuviera tratando de un proceso judicial de carácter civil y no de una cuestión de naturaleza administrativa, cual es la reglamentación de una ley que establece las normas para el ejercicio de la odontología, reglamentación de suyo libre en orden a establecer, dentro de lo racional, los medios probatorios que se juzguen indispensables.

* * *

“Acuso igualmente por inconstitucionales, expone el demandante, los artículos 8º y 10 del Decreto número 32, a que me estoy refiriendo, en cuanto *establecen sanciones*, atribución privativa del legislador, que ha usurpado el acto del Organó Ejecutivo al ejercitar la potestad reglamentaria allí.”

El artículo 8º no es impositivo de sanción alguna. Sólo previene que las resoluciones de licencias otorgadas según el artículo 7º no tendrán valor sino cuando se las publique en el *Diario Oficial*, a costa del interesado.

Y el artículo 10 puntualiza los casos en que las Juntas Seccionales pueden cancelar las licencias para el ejercicio de la odontología.

Obvio es que lo dispuesto en esos artículos armoniza con el alcance constitucional de la reglamentación de leyes por el Gobierno, a quien ningún principio de la Carta impedía expresar la condición de validez de las licencias (artículo 8º) y las causas de su cancelación (artículo 10).

* * *

De consiguiente, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en desacuerdo con el parecer del señor Procurador General de la Nación y no encontrando que haya motivos para proceder como lo manda el inciso segundo del artículo 2º, Ley 96 de 1936, *declara la exequibilidad* de los artículos 7º (incisos primero y penúltimo y apartes b), c) y f), 8º y 10 del Decreto número 32, de 8 de enero de 1938), “por el cual se reglamenta la Ley 51 de 1937, sobre ejercicio de la odontología.”

Comuníquese al Ministerio de Educación Nacional.

Publíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Notifíquese.

Campo Elias Aguirre—José Miguel Arango. José M. Blanco Núñez—Manuel Caicedo Arroyo. Anibal Cardoso Gaitán—Isaias Cepeda—Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.



Inexequibilidad del Decreto reglamentario número 2259 de 1939.

El ordinal 9º del artículo 69 de la Constitución Nacional autoriza al Congreso para revestir pro tempore al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, y los decretos que en ejercicio de tales facultades expida el Gobierno tienen el carácter de verdaderas leyes que sólo pueden ser modificadas por el mismo Presidente si no ha vencido el lapso de tiempo por el cual se le concedieron las facultades extraordinarias. Vencido éste, sólo el Congreso tiene poder constitucional para derogarlas, sustituirlas o reformarlas. Y en cuanto a la potestad reglamentaria, en ningún caso se ha de contrariar el espíritu de las disposiciones legales, y menos aún sustituirlas, decretar nuevas normas, ampliar o restringir el alcance de la ley, pues entonces se invade la órbita del Órgano Legislativo, ya que el Reglamento sólo tiene por objeto asegurar la aplicación de la ley que por él se completa, y debe hallarse por lo mismo contenido en la ley a que se refiere.

Como el artículo acusado suprime la comprobación por el Consejo de Guerra de los motivos justos para el retiro de los Oficiales Navales, que exige el texto del Decreto-ley, so pretexto de reglamentarlo, invade la órbita del legislador y vulnera por lo mismo el ordinal 1º del artículo 69 de la Constitución Nacional, por lo cual es inexequible.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, marzo cuatro de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo).

En ejercicio del derecho que a los ciudadanos otorga el artículo 149 de la Constitución Nacional, el doctor Carlos H. Pareja acusa como inconstitucional, ante la Corte, el artículo 30 del Decreto reglamentario número 2259 de mil novecientos treinta y nueve, que dice:

“En los términos de este Decreto queda subrogado el párrafo 1º del artículo 29 del Decreto número 50 de 1937.”

El demandante funda su solicitud de inexequibilidad en los siguientes términos:

“El Decreto aquí citado es Decreto-ley o, dictado por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 6ª de 1936; de modo que sólo podía ser modificado por una ley del Congreso; por lo tanto, el Decreto que acuso es violatorio del ordinal 1º del artículo 69 de la Constitución, en cuanto siendo un simple decreto reglamentario ha subrogado o pretendido subrogar al citado Decreto 50 de 1937.”

El señor Procurador, al contestar el traslado, es de opinión que el artículo acusado debe declararse inexequible por cuanto un decreto de carácter reglamentario no podía subrogar una norma legal.

El párrafo 4º del artículo 39 de la Ley 105 de 1936 dispuso que “el Gobierno podrá retirar a todo Oficial Naval en cualquier tiempo por motivos justificados y comprobados.”

Por el artículo 4º de la Ley 6ª de 1936 (enero 14) se revistió al señor Presidente de la República “de facultades extraordinarias, por el término de un año, para reorganizar el Ministerio de Guerra, el Ejército y la Armada en la forma que juzgue conveniente para el reajuste de todas sus dependencias a las necesidades de la paz; para suprimir empleos y crearlos, y señalar las correspondientes funciones y asignaciones dentro de los recursos disponibles.”

En desarrollo de las facultades extraordinarias de que trata el artículo 4º citado, se expidió el Decreto extraordinario número 50 de 1937 (enero 12), cuyo artículo 29 contiene el párrafo 1º del siguiente tenor:

“El Gobierno podrá retirar a todo Oficial Naval en cualquier tiempo, por motivos justificados y comprobados por Consejo de Guerra.”

Esta disposición sustituyó al párrafo 1º del artículo 39 de la Ley 105 de 1936, y limitó la facultad discrecional de retirar en cualquier tiempo a todo Oficial Naval por motivos justificados y comprobados, sometiendo la comprobación de los motivos a Consejo de Guerra.

Vigente esta disposición, y vencido el plazo de las facultades extraordinarias de que se invistió al Presidente por la Ley 6ª de 1936, se expidió el Decreto número 2259 de 1939 (noviembre 25), publicado en el número 24230 del *Diario Oficial*, por el cual se reglamentó el pa-

rágrafo 1º del artículo 39 de la Ley 105 de 1936, que en su artículo 3º dice:

“En los términos de este Decreto queda subrogado el párrafo 1º del artículo 29 del Decreto número 50 de 1937.”

Los demás artículos expresan que el retiro de los Oficiales es una medida impuesta por el advenimiento de circunstancias que hagan *necesario*, a juicio del Gobierno, el retiro de un Oficial en bien de la Armada; y enumeran las causas que dan lugar al retiro, las que deben estar debidamente acreditadas por medio de una tramitación breve y sumaria.

* * *

El ordinal 9º del artículo 69 de la Constitución Nacional autoriza al Congreso para revestir, *pro-témpore*, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias; y los decretos que en ejercicio de tales facultades expida el Gobierno tienen el carácter de verdaderas leyes, que sólo pueden ser modificadas por el mismo Presidente si no ha vencido el lapso de tiempo por el cual se le concedieron las facultades extraordinarias. Vencido éste, sólo el Congreso tiene poder constitucional para derogarlas, sustituirlas o reformarlas.

Al Presidente, como suprema autoridad administrativa, le corresponde:

“3º Ejercer la potestad reglamentaria expediendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes.”

Es decir, los requisitos que han de llenarse, la manera como han de ejecutarse para que el pensamiento del legislador se cumpla; y si acaso hay algún vacío, cómo ha de llenarse. Pero en

ningún caso se ha de contrariar el espíritu de las disposiciones legales, y menos aún sustituirlas, decretar nuevas normas, ampliar o restringir el alcance de la ley, pues que entonces se invade la órbita del Órgano Legislativo, ya que el Reglamento sólo tiene por objeto asegurar la aplicación de la ley que por él se completa, y debe hallarse por lo mismo contenido en la ley a que se refiere.

Como el artículo acusado suprime la comprobación por Consejo de Guerra de los motivos justos para el retiro de los Oficiales Navales que exige el texto del Decreto-ley, so pretexto de reglamentarlo, invade la órbita del legislador y vulnera por lo mismo el ordinal 1º del artículo 69 de la Constitución Nacional.

* * *

En razón de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, ejercitando la facultad que le confiere el artículo 149 de la Constitución Nacional, y oído el señor Procurador General de la Nación, *decide* que es inexecutable el artículo 3º del Decreto reglamentario número 2259 de 1939.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y dése cuenta al Ministerio de Guerra.

Campo Elias Aguirre—José Miguel Arango. José M. Blanco Núñez—Manuel Caicedo Arroyo. Anibal Cardoso Gaitán—Isaias Cepeda—Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

Acción petitoria de pago de una suma de dinero. Estipulación por otro. — Delegación.

1.—La estipulación por otro, que es una de las aplicaciones más interesantes de la doctrina de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones, está consagrada ampliamente en el artículo 1506 del Código Civil. En esta convención *sui generis*, que constituye una excepción al principio general de derecho contractual, que enseña que los contratos sólo ligan a quienes concurren con su consentimiento a su formación, intervienen tres personas: el estipulante, que es quien estipula en favor de otro; el promitente o promisor, que es la persona que contrae la obligación, y el beneficiario, que es el tercero en cuyo favor nace el derecho del contrato, y quien no actúa en él para nada. Los efectos de la estipulación por otro, en lo que interesa al presente recurso, de acuerdo con el precepto legal, se reducen a que el beneficiario es el único que puede demandar lo estipulado; en ningún caso puede exigirlo el estipulante. La aceptación que requiere el artículo 1605 del Código Civil tiene importancia, no para adquirir el derecho o radicarlo en manos del beneficiario a cuyo patrimonio ingresa por la sola celebración del contrato entre estipulante y promitente, sino para el efecto de hacer imposible la revocación que antes de ella pueden acordar los contratantes. "La aceptación, dicen Alessandri y Somarriva, no es la que hace nacer el derecho en su patrimonio (el del beneficiario), sino que es necesaria para tomar la posesión del derecho, para impedir la revocación que hasta ese momento pueden efectuar promitente y estipulante. Algo parecido a lo que acontece con la aceptación que hace el heredero de la herencia; el heredero no adquiere la herencia por aceptación, sino por el solo fallecimiento del causante, y la aceptación

la hace para tomar posesión de sus derechos." (Derecho Civil, tomo IV, 281).

2.—El fenómeno de la delegación, que en general consiste en que un deudor, por su propia iniciativa, comisiona a otra persona para que pague a su acreedor, está contemplado y reglamentado en el artículo 1694 del Código Civil. Comprende esta disposición la delegación perfecta o novatoria, cuando el acreedor da por libre al primitivo deudor, y la imperfecta, que se caracteriza porque el delegante no queda libre de su obligación por no consentir en liberarlo el delegatario. Dentro de esta modalidad parece contemplar este artículo, bajo la denominación de diputado por el deudor, el caso de que la nueva persona indicada al acreedor para hacer el pago no sea más que un mandatario, jurídicamente indiferenciable del mandante, caso en el cual no existe propiamente delegación por falta de las tres personas necesarias para integrar ese fenómeno. El criterio aplicable para saber si se trata de una simple indicación de pago o de una delegación imperfecta en que se produce una yuxtaposición de deudores, es, de acuerdo con el Código, la propia interpretación del texto y del espíritu del pacto celebrado entre delegante y delegado.

Grande analogía existe entre la delegación imperfecta y la estipulación por otro. Tratadistas como Somarriva Undurraga advierten que es muy sutil la diferencia entre estas dos instituciones, y que en realidad se refiere al tiempo en que le nace al acreedor el derecho para exigir el pago al delegado, que en caso de estipulación es al momento de celebrarse el contrato entre estipulante y promitente, y en caso de delegación imperfecta cuando el delegatario acepte al delegado como deudor. También advierten las

analogías de esas dos instituciones jurídicas Planiol y Ripert. Un caso de delegación imperfecta es aquel en que una persona compra una propiedad que está hipotecada y se obliga a pagar la hipoteca, como lo dice Alessandri Rodríguez.

3.—Una cosa es la participación en las pérdidas que resulten al liquidar total y definitivamente el negocio social, y otra muy distinta la obligación solidaria que pesa sobre todos los socios colectivos, sin distinción entre capitalistas e industriales, de responder ante terceros por las obligaciones sociales, en conformidad con el artículo 487 del Código de Comercio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, enero veintinueve de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamañca).

Son antecédentes de este litigio:

Por medio de la escritura pública número 439, otorgada el 16 de febrero de 1928 ante el Notario 4º del Circuito de Medellín, Roberto Restrepo O. vendió a Marceliano Jiménez un local y sus anexidades con el terreno en que están construidas, situadas en la ciudad de Medellín, por la cantidad de \$ 6.500, que el comprador se obligó a pagar en dos contados, así: \$ 500 en dos meses, y el resto, o sean \$ 6.000, dentro de dos años, contados ambos plazos a partir de la fecha del contrato, con intereses a la rata del 10% anual.

En el mismo mes de febrero de 1928, el 27, Roberto Restrepo dio este crédito en prenda al Banco de Bogotá para garantizar un préstamo que recibió solidariamente con Carlos Restrepo O.

El día 25 de mayo de 1929, por medio de escritura número 1534, pasada ante el Notario 4º del Circuito de Medellín, Marceliano Jiménez vendió a la sociedad colectiva de comercio "Rafael Arredondo e Hijo", junto con otro inmueble ubicado en Medellín, el que adquirió por la precitada escritura número 439, por el precio de \$ 24.000, que el comprador pagó así: \$ 18.000 en dinero recibido por el vendedor a su satisfacción, y \$ 6.000, valor de la obligación hipotecaria del vendedor a favor de Roberto Restrepo, dada en prenda al Banco de Bogotá, y de la cual se hizo cargo el comprador por el capital indicado y sus intereses desde el 16 de abril de 1929 en adelante. "El comprador —reza la parte final de este instrumento—, a quien también conozco y que se halla presente, expuso: que da por recibidos los bienes de que este acto o contrato habla, y que acepta esta escritura con las obligaciones que el contrato en ella contenida

le imponen para sí y para la razón o firma social de Rafael Arredondo e Hijos, de que se habló. Expuso además el exponente que se obliga y obliga a la expresada sociedad de Rafael Arredondo e Hijos a pagar la deuda de seis mil pesos (\$ 6.000) oro, cedidos en prenda al Banco de Bogotá, y de que ya se habló, y los intereses que devenguen desde el día diez y seis (16) de abril de mil novecientos veintinueve (1929) en adelante, y en consecuencia, la sociedad queda hecha cargo de la hipoteca constituida en uno de los inmuebles de que trata esta escritura."

Incumplida la obligación mutuaría que se garantizó con el crédito hipotecario, el Banco de Bogotá y Roberto Restrepo demandaron ejecutivamente a Marceliano Jiménez y a Rafael Arredondo V., al primero con acción personal, y con acción real al segundo como poseedor del inmueble gravado, y en este juicio, después de rematados los bienes embargados como consta en el auto de desglose copiado al final de la escritura número 437, quedó insoluto un saldo contra los ejecutados por la suma de \$ 5.829.34.

No pagado este saldo hasta el año de 1940 por Marceliano Jiménez, para entonces finado, ni por Rafael Arredondo V., ni por la sociedad Rafael Arredondo e Hijos, consideró Roberto Restrepo O. que contra estos dos últimos tenía acción de cobro por virtud de la estipulación que a su favor había hecho Jiménez en la escritura número 1534, de 25 de mayo de 1929, en la que asumieron ellos la obligación de pagarle su crédito contra aquél, por lo cual, con apoyo en los hechos que se dejan mencionados y previo un incidente de embargo preventivo, en libelo fechado el 19 de agosto de 1940, repartido al Juzgado 4º del Circuito de Medellín, demandó el citado Restrepo en juicio ordinario a Rafael Arredondo V. y Enrique Arredondo S., como únicos socios de la sociedad comercial colectiva Rafael Arredondo e Hijos, disuelta a la sazón, para que se les declare deudores solidarios y se les condene a pagarle la suma de \$ 5.829.34 con sus intereses desde el 13 de julio de 1940 en adelante, más las costas que se causen en el juicio.

Trabada la litis con la contestación de la demanda, en que se hace oposición a las pretensiones del actor aceptando algunos hechos y negando otros, se surtieron los trámites propios del primer grado del juicio, que finalizó con la sentencia del 17 de abril de 1941, en la cual se declaran sin fundamento las excepciones propuestas de carencia de acción e inepta demanda y se condena a los demandados a pagar al actor, dentro de seis días, la cantidad demandada y sus intereses en la forma pedida. No se hizo condenación en costas.

SENTENCIA ACUSADA

Recurrieron en apelación ambas partes contra la sentencia del Juzgado del Circuito, la demandante por cuanto se omitió la declaración de solidaridad demandada y la condena en las costas. Esta alzada dio lugar a la segunda instancia, que se tramitó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y que terminó con la sentencia del 4 de febrero de 1942, reformatoria de la apelada en el sentido de que la obligación declarada contra los dos demandados es solidaria. Tampoco se hizo condenación en costas.

Enumera y analiza el Tribunal los diversos instrumentos traídos al proceso en demostración de los hechos fundamentales de la acción, en torno de cuya existencia no hay propiamente contradicción, y sobre los términos de la escritura número 1534 plantea la cuestión del litigio a la luz del artículo 1694 del Código Civil como un caso de delegación imperfecta o yuxtaposición de deudores, rechazando de esta manera la tesis sostenida por los demandados de que el acreedor Restrepo Olano únicamente tiene contra la sociedad o sus socios acción real que ya ejercitaron, para perseguir el inmueble hipotecado, y que la acción personal no es procedente sino contra Marceliano Jiménez, obligado contractualmente con Restrepo. "Desde luego —dice la sentencia—, en este asunto no hubo novación, porque el acreedor Restrepo no manifestó su voluntad de dar por libre al primitivo deudor señor Jiménez. Del contexto y razonable interpretación de aquel instrumento (la escritura número 1534) se infiere que lo ocurrido fue que como Jiménez debía seis mil pesos a Restrepo, con gravamen hipotecario sobre el bien raíz que compró la sociedad nombrada, ésta, en interés propio y en el de Jiménez, se hizo cargo de tal obligación, conservando en su poder la parte de precio equivalente a la deuda. Esta operación fue conveniente para los tres: delegante, delegado y delegatario, porque el primero logró que con parte del precio dejado en manos del segundo se atendiese al crédito del tercero, sin tenerlo que cubrir inmediatamente; el segundo obtuvo para el pago de esa cantidad el mismo plazo de la acreencia; y el tercero se hizo a un nuevo responsable de la obligación...."

Establecido que por medio de la citada escritura pública número 1534, Rafael Arredondo se obligó y obligó a la sociedad colectiva en cuya representación contrató, en favor de Roberto Restrepo, reconoce el Tribunal la procedencia de la acción incoada y la solidaridad legalmente establecida para los socios y en razón de obligaciones legítimamente contraídas por la sociedad.

EL RECURSO

El recurso de casación, interpuesto por la parte demandada, que hoy se decide por estar legalmente preparado, se apoya en el primero y en el sexto de los motivos que enumera el artículo 520 del Código Judicial, y en él se formulan contra la sentencia del Tribunal tres cargos que se pasan a considerar, principiando, por razón de orden lógico, por el relativo a la nulidad de la actuación judicial.

Primer cargo. Causal sexta.—Pretende el recurrente que se ha incurrido en este caso en ilegitimidad de la personería del apoderado del demandante, una de las causas generales de nulidad definidas en el artículo 448 del Código Judicial, porque el poder con que ha actuado es insuficiente, pues en el otorgado por Roberto Restrepo para iniciar la acción de embargo preventivo sólo se menciona a Rafael Arredondo V., "por manera —dice la demanda— que Botero Díaz, al tenor de ese poder, no estaba facultado para demandar a Enrique Arredondo S. ni para ejercer la acción ordinaria. No estaba facultado para demandar a Enrique Arredondo, porque del contexto de ese escrito no aparece que se tratara de ejercer alguna acción con dicho señor: las diligencias se limitaban a demandar a Arredondo V., según la propia expresión del demandante; ni se dijo que se pensaba hacer efectiva la obligación contra los señores Arredondos como socios de Rafael Arredondo e Hijos."

Se considera:

Esta cuestión, vinculada a personería adjetiva, y como tal impertinente tratada en el cuerpo de la sentencia definitiva de primer grado, carece, según los datos que ofrece la actuación misma, de la entidad e importancia legalmente indispensables para servir de base a la invocada causal de casación como determinante de la invalidación de lo actuado. En efecto, el mandato judicial que se pretende insuficiente, visible al folio 6 del cuaderno principal, fue conferido en la demanda misma en que Roberto Restrepo ejerció contra Rafael Arredondo V. la acción de embargo preventivo, y en tal memorial dice el poderdante:

"Presento también la escritura número 1534, de 25 de mayo de 1929, pasada ante el mismo Notario 4º, donde consta que el señor Rafael Arredondo V., obrando en su propio nombre y también como socio colectivo de la sociedad 'Rafael Arredondo e Hijos', se obligó a pagar la cantidad de \$ 6.000 que en dicho momento, es decir, cuando se otorgó la escritura número 1534, debía el señor Marceliano Jiménez al suscrito, más los intereses liquidados desde el 16 de abril

del mismo año... La obligación de pagar la deuda en mi favor a que me refiero, contraída por el señor Arredondo V. en su propio nombre y en el de la sociedad 'Rafael Arredondo e Hijos', constituye una estipulación en mi favor, que acepto, y que de acuerdo con el artículo 1506 del Código Civil, crea el derecho de mi parte para proceder contra el estipulante a fin de que éste dé cumplimiento a su promesa... Para que me representen en este incidente y en el juicio que se promoverá en relación con el mismo, nombro apoderados a los doctores Gabriel Botero Díaz y Eduardo Correa V., mayores y vecinos de este Municipio, quienes quedan facultados para recibir, transigir, desistir e interponer toda clase de recursos e incidentes que estimen necesarios en defensa de mis derechos."

Ha sido en virtud de este poder, presentado en la forma legal y expresamente aceptado por los mandatarios, como se ha seguido hasta este estado el presente juicio. La comprensión que de los preinsertos términos se deduce para el mandato conferido por Roberto Restrepo pone de manifiesto lo infundado del cargo, porque no habiendo duda que el apoderado podía accionar contra la sociedad para el cobro de lo estipulado en su favor, no hay por qué no entender que podía hacerlo también, como lo hizo, contra los dos únicos socios como responsables del pago de la deuda social.

Al final de esta acusación dice el recurrente, insistiendo en su punto de vista sobre ilegitimidad de la personería del actor, que Roberto Restrepo no tiene derecho para reclamar la totalidad del crédito, pues de la escritura número 1534 del 24 de mayo de 1929, de la Notaría 4ª de Medellín, resulta que la obligación hipotecaria por \$ 6.000 a cargo de Marceliano Jiménez, y cuyo pago asumieron en ese instrumento Rafael Arredondo e Hijos, es a favor de Roberto Restrepo Olano y otro, del cual no aparece que el actor sea cesionario.

Esta afirmación del recurrente de que Rafael Arredondo e Hijos se obligaron al pago de una prestación a favor de dos personas, de las cuales una solamente ha demandado, carece también de todo fundamento, y el cargo que a este respecto se hace reposa sobre el uso de una mera palabra que no corresponde a ninguna realidad. Es cierto que en la escritura número 1534, en que la sociedad colectiva se obligó como promitente, se dice, refiriéndose al inmueble vendido por el demandante a Jiménez, que carga con una hipoteca por \$ 6.000, "constituida por el vendedor a favor de Roberto Restrepo y otro"; pero este otro anónimo e indeterminado, según el contexto general del instrumento, corresponde indudablemente al Banco de Bogotá, en cuyo

favor, advierte la escritura, está empeñado el crédito hipotecario. De no entenderlo así, la citada palabra carece totalmente de significado personal y no corresponde a ningún sujeto de relación jurídica, pues la fuente de la obligación con garantía hipotecaria cuyo pago asumió Arredondo e Hijos en la escritura número 1534, fue el contrato de venta de Restrepo a Jiménez, contenido en la escritura número 439, de 16 de febrero de 1928, por concepto del precio que el comprador quedó debiendo a su vendedor exclusivamente. Allí no hay acreedor distinto de Roberto Restrepo Olano.

Por lo demás, este aspecto del cargo, vinculado a falta de derecho para demandar el cumplimiento total de la obligación, enfoca una cuestión de fondo que no es de personería adjetiva simplemente, y que por tanto no puede proponerse a la Sala de Casación Civil con apoyo en el motivo definido en el numeral sexto del artículo 520 del Código Judicial.

Lo expuesto es suficiente para rechazar la acusación por la causal sexta.

Segundo cargo.—Violación de los artículos 1581, 1583, 1506 y 1694 del Código Civil, en que incurrió el Tribunal directamente y como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas.

La fundamentación del cargo la deduce el recurrente de las diferencias que él anota entre las figuras jurídicas a que se refieren los artículos 1506 y 1694 del Código Civil, estipulación por otro, diputación para el pago y delegación perfecta e imperfecta. Advierte que en la estipulación y en la delegación es requisito esencial el consentimiento o aceptación, que puede ser expresa o tácita, del tercero beneficiario o del delegatario, y que esta aceptación no puede hacerse sino de acuerdo con la intención de estipulante y promitente o de delegante y delegado, según aparezca del tenor o del espíritu del acto o contrato, manifestada antes del vencimiento de la obligación para que ingrese al patrimonio y dé acción, y no, como sucedió en este caso, "cuando ya la situación jurídica proveniente de la estipulación estaba en estado anormal, es decir, de incumplimiento." No hubo en la escritura número 1534, en concepto del recurrente, estipulación para otro, porque no hubo contrato entre Jiménez y Arredondo en favor de Restrepo; ni tampoco delegación, porque para ambos casos faltó el consentimiento del tercero, que debe ser oportuno y no puede prestarse en cualquier tiempo como lo dice el Tribunal. De los términos del citado instrumento público "no se deduce sino una diputación para el pago, o en subsidio una delegación imperfecta, pero no en la forma como la entendió el Tribunal", sino simplemente que el delegatario podía demandar

la obligación ejercitando la acción real hipotecaria contra el poseedor de la finca gravada, pero en ninguna forma acción personal como se ha hecho. Afirma el recurrente que el sentenciador erró de hecho en la apreciación de la escritura número 1534 al entender que la obligación corre toda a cargo de "Rafael Arredondo e Hijos", porque de la declaración contenida en la escritura y de los artículos 1581 y 1583 del Código Civil se deduce solamente que Rafael Arredondo V. se obligó a pagar una cuota de la deuda y obligó a Rafael Arredondo e Hijos al pago de la otra cuota."

Se considera:

La estipulación por otro, que es una de las aplicaciones más interesantes de la doctrina de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones, está consagrada ampliamente en el artículo 1506 del Código Civil, que establece que "cuquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado, y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él. Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato." En esta convención *sui generis*, que constituye una excepción al principio general de derecho contractual que enseña que los contratos sólo ligan a quienes concurren con su consentimiento a su formación, intervienen tres personas: el estipulante, que es quien estipula en favor de otro; el promitente o promisor, que es la persona que contrae la obligación, y el beneficiario, que es el tercero en cuyo favor nace el derecho del contrato, y quien no actúa en él para nada. Los efectos de la estipulación por otro, en lo que interesa el recurso, de acuerdo con el precepto legal, se reducen a que el beneficiario es el único que puede demandar lo estipulado; en ningún caso puede exigirlo el estipulante. La aceptación que requiere el artículo 1605 del Código Civil tiene importancia, no para adquirir el derecho o radicarlo en manos del beneficiario a cuyo patrimonio ingresa por la sola celebración del contrato entre estipulante y promitente, sino para el efecto de hacer imposible la revocación que antes de ella pueden acordar los contratantes: "La aceptación no es la que hace nacer el derecho en su patrimonio (el del beneficiario), sino que es necesaria para tomar la posesión del derecho, para impedir la revocación que hasta ese momento pueden efectuar promitente y estipulante. Algo parecido a lo que acontece con la aceptación que hace el heredero

de la herencia; el heredero no adquiere la herencia por aceptación, sino por el solo fallecimiento del causante, y la aceptación la hace para tomar posesión de sus derechos." (Alessandri y Somarriva. Derecho Civil. Tomo IV, página 281).

El fenómeno de la delegación, que en general consiste en que un deudor, por su propia iniciativa, comisiona a otra persona para que pague a su acreedor, está contemplado y reglado en el artículo 1694 del Código Civil, que enseña que "la substitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. A falta de esta expresión se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto." Comprende esta disposición la delegación perfecta o novatoria, cuando el acreedor da por libre al primitivo deudor; y la imperfecta, que se caracteriza porque el delegante no queda libre de su obligación por no consentir en liberarlo el delegatario. Dentro de esta modalidad parece contemplar este artículo, bajo la denominación de diputado por el deudor, el caso de que la nueva persona indicada al acreedor para hacer el pago no sea más que un mandatario, jurídicamente indiferenciable del mandante, caso en el cual no existe propiamente delegación por falta de las tres personas necesarias para integrar este fenómeno. El criterio aplicable para saber si se trata de una simple indicación de pago o de una delegación imperfecta en que se produce una yuxtaposición de deudores, es, de acuerdo con el Código, la propia interpretación del texto y del espíritu del pacto celebrado entre delegante y delegado.

Grande analogía existe entre la delegación imperfecta y la estipulación por otro. Tratadistas como Somarriva Undurraga advierten que es muy sutil la diferencia entre estas dos instituciones, y que en realidad se refiere al tiempo en que le nace al acreedor el derecho para exigir el pago al delegado, que en caso de estipulación es al momento de celebrarse el contrato entre estipulante y promitente, y en caso de delegación imperfecta cuando el delegatario acepte al delegado como deudor.

Comparando estas dos figuras jurídicas, dicen Planiol y Ripert (Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo 7º, página 610): "Desde el punto de vista de su funcionamiento, la delegación imperfecta se aproxima notablemente a la estipulación en favor de tercero; si un deudor celebra un pacto con otro deudor suyo, y en favor de su acreedor, que es el tercero beneficiario, la operación es aproximadamente la

misma que la delegación imperfecta: el acreedor tendrá dos acciones: la inicial contra su deudor y la nacida de la estipulación en favor de tercero contra el promitente. La mayor parte de las situaciones de hecho en que hallamos una delegación imperfecta pudieran igualmente considerarse como de estipulación en favor de tercero. Así, cuando el vendedor de un inmueble quiere dar a uno de sus acreedores una acción contra el comprador, quedando también el obligado, podrá, indistintamente, delegar el comprador a su acreedor, sin novación, o bien estipular del comprador en favor de ese acreedor. La diferencia entre esas dos operaciones sólo aparece en cuanto se trata del momento en que el acreedor resulta investido de un derecho respecto a su nuevo deudor: en caso de delegación esto se produce desde el momento en que el acreedor presta su consentimiento a la operación; en caso de estipulación en favor de tercero, el derecho de éste contra el promitente nace desde que el estipulante y el promitente han celebrado el convenio; la aceptación que tiene que dar más tarde no lo crea, y sólo significa la adhesión a la operación ya efectuada, y es el medio de asegurar su irrevocabilidad. Por tanto, la finalidad perseguida se alcanza más rápidamente con la estipulación en favor de tercero, que con la delegación; en el primer caso no es necesario hacer intervenir a los tres interesados, bastando el simple acuerdo entre el dador y el nuevo deudor propuesto."

"El artículo 1694 del Código Civil —ha dicho esta Sala— tiene cuatro extremos: sustitución noval, diputación, solidaridad y subsidio. Para que se produzca cualquiera de los otros extremos, natural efecto de la delegación imperfecta, no se necesita que el delegatario o beneficiario, es decir, el acreedor, exprese su voluntad favorable a la delegación efectuada entre el delegante y el delegado. No hay necesidad de ello, puesto que la mera diputación para el pago no exige el consentimiento de la persona que va a recibir, y puesto que el Código, permitiendo sin restricciones que se estipule a favor de tercera persona aun sin conocimiento de ella (artículo 1506), autoriza la yuxtaposición de deudores sin la venia del acreedor, yuxtaposición que en el presente caso aceptó el acreedor demandante al deudor yuxtapuesto." (*Gaceta Judicial*, XLIII, página 565).

Analizando a la luz de estos principios el tenor inequívoco de las estipulaciones contenidas en la escritura pública número 1534, del 25 de mayo de 1929, de la Notaría 4ª de Medellín, transcritas al principio de esta decisión, no cabe la menor duda de que allí se cumplió un caso de delegación imperfecta, de muy frecuente ocurrencia, como lo anota Alessandri Rodríguez,

"cuando una persona compra una propiedad que está hipotecada y se obliga a pagar la hipoteca", pudiéndose asimismo configurar con esos elementos un caso de estipulación en favor de tercero. Reiteradamente se dice en ese instrumento que el comprador, que lo fue la sociedad Rafael Arredondo e Hijos, se hace cargo de pagar la hipoteca que grava uno de los inmuebles vendidos, para lo cual se descontó del precio como valor recibido por Jiménez el monto del gravamen. Pero es que además de esta declaración, contenida en las cláusulas tercera y cuarta del contrato, expresamente se estipuló que Rafael Arredondo V., personalmente y como representante de la sociedad Rafael Arredondo e Hijos se obliga a Roberto Restrepo O. la deuda de Marceliano Jiménez por \$ 6.000 y los intereses que devenguen desde el día 16 de abril de 1929 en adelante.

"Desde luego —dice acertadamente un pasaje de la sentencia acusada—, en este asunto no hubo novación, porque el acreedor Restrepo no manifestó su voluntad de dar por libre al deudor primitivo, señor Jiménez. Del contexto y razonable interpretación de aquel instrumento se infiere que lo ocurrido fue que como Jiménez debía seis mil pesos a Restrepo con gravamen hipotecario sobre el bien raíz que compró la sociedad nombrada, ésta, en interés propio y en el de Jiménez, se hizo cargo de tal obligación, conservando en su poder la parte de precio equivalente a la deuda. Esta operación fue conveniente para los tres: delegante, delegado y delegatario, porque el primero logró que con parte del precio dejado en manos del segundo se atendiese al crédito del tercero, sin tenerlo que cubrir inmediatamente; el segundo obtuvo para el pago de esa cantidad el mismo plazo de la acreencia, y el tercero se hizo a un nuevo responsable de la obligación." En presencia de las estipulaciones precisas en que quedó determinada la obligación que asumió expresamente la sociedad compradora en favor de Restrepo Olano, queda sin fundamento la pretensión sostenida a lo largo del pleito por la parte demandada de que el acreedor sólo tiene contra la compañía y sus socios la acción real persecutoria que corresponde a la hipoteca. Exacta y legal sería esta afirmación si lo ocurrido con el otorgamiento de la escritura número 1534, contenitiva del contrato de venta de Marceliano Jiménez a la sociedad Arredondo e Hijos, hubiera sido el fenómeno común y corriente que se opera respecto del adquirente, con la compra de una finca gravada con hipoteca, sin ninguna estipulación especial entre vendedor y comprador respecto del pago de esa obligación; pero habiéndose convenido por los otorgantes, al lado de las cláusulas ordinarias y esenciales de la

compraventa y, en los términos perentorios ya vistos, que el comprador se obligaba a pagar a Roberto Restrepo O., acreedor de su vendedor, la suma determinada que se señaló, es indudable que así se creó en favor de aquél por yuxtaposición de deudor, un crédito o derecho personal contra la sociedad colectiva demandada, distinto e independiente de la obligación garantizada con la hipoteca y generado en la estipulación especial, que ha sido aceptado por el acreedor Restrepo en la forma menos equívoca de su reclamación judicial.

La forma indubitable en que fue asumida la preindicada obligación muestra por sí sola la sinrazón del cargo por quebranto de los artículos 1581 y 1583 del Código Civil. Es el cumplimiento de la prestación concreta que asumió la compañía el objeto de este juicio, no enderezado personalmente contra Rafael Arredondo V., el cual ha de entenderse según los términos y el espíritu del pacto, que se obligó accesoriamente y en garantía del cumplimiento de la obligación social.

No es procedente, por lo visto y razonado, el segundo cargo.

Tercer cargo.—Se formula así en la demanda de casación: "Violación indirecta de la ley por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. El Tribunal violó los artículos 666, 1494, 1506, 1571, 1694, 1758, 1764, 1765, 2095 y 1393 del Código Civil, 182, 487, 532, 540 y 542 del Código de Comercio." Respecto de la infracción que el recurrente le imputa al Tribunal de los primeros ocho artículos que acaban de enumerarse, en relación con los cuales se incurre en el defecto técnico de no determinar las pruebas que se consideran erróneamente apreciadas, son valederas las razones que quedaron expuestas en el capítulo anterior para demostrar la falta de fundamento con que se ha formulado esta acusación contra la sentencia. El cargo, reducido a quebranto indirecto de las restantes disposiciones, se hace consistir en que el sentenciador no tuvo en cuenta la certificación expedida por la Cámara de Comercio de Medellín, contentiva del extracto de las escrituras de constitución y liquidación de la sociedad comercial Rafael Arredondo e Hijos que obra en el expediente, de donde se ve que el socio Enrique Arredondo S. fue solamente industrial, y en esa condición perdió solamente su industria o trabajo, quedando a cargo del otro socio, Rafael Arredondo V., las pérdidas y el pasivo de la sociedad, como lo dispone el artículo 2095 del Código Civil. "La solidaridad no se presume —dice el recurrente—; debe ser expresamente declarada en todos los casos en que la ley no la establece. Establecerla en este caso, deducida del tenor del instrumento 1534, es co-

meter un grave error de hecho en la apreciación de esa escritura; aceptar que estamos en presencia de la disposición contenida en el artículo 487 del Código de Comercio es cometer un grave error en la apreciación de la prueba de constitución de la sociedad, pues allí se establece que es socio industrial el socio Enrique Arredondo S., y hemos visto que el socio industrial sólo es responsable de su industria y no de capital que no ha aportado."

Se considera:

Para no dar acogida a este último cargo, infundado como los dos anteriores, basta recordar algunos principios generales y normas de la ley, de donde claramente se ve que el Tribunal no incurrió en las ilegalidades que se le imputan. Se advierte, en primer término, que tratándose de una sociedad colectiva de comercio, las disposiciones con que ha de gobernarse son las especiales del Código de Comercio, tanto porque así se estipuló en la escritura de constitución como porque así corresponde a la naturaleza de la sociedad, de lo cual resulta la inaplicabilidad y consiguiente impertinencia de la cita del artículo 2095 del Código Civil, diferente del 508 del Código de Comercio, de preferente aplicación en este caso, y no citado por el recurrente en su demanda. No aparece, contra lo que se afirma al formular el cargo, que en la liquidación social a que se refiere el simple extracto traído a los autos, que se hubiera estipulado que el socio Arredondo V. tomaba a su cargo todo el pasivo de la sociedad, sino que las pérdidas que ocurrieron durante el contrato social fueron de su cuenta; pero aunque tal cosa se hubiera convenido; esa estipulación, válida en las relaciones de los socios entre sí, no podía producir el efecto de eliminar la responsabilidad del otro socio frente a los terceros y por las deudas sociales. Por lo demás, no debe olvidarse, para dar su justo alcance a lo que se deduce del certificado en referencia, que una cosa es la participación en las pérdidas que resulten al liquidar total y definitivamente el negocio social, y otra muy distinta la obligación solidaria que pesa sobre todos los socios colectivos sin distinción entre capitalistas e industriales, de responder ante terceros por las obligaciones sociales, en conformidad con el artículo 487 del Código de Comercio. Esta responsabilidad solidaria pasiva y en favor de terceros, con ocasión de la cual cita impertinentemente la demanda la escritura número 1534, para decir que fue interpretada con error, es precisamente una de las características esenciales de la sociedad colectiva comercial, como fue la de Rafael Arredondo e Hijos, y uno de los hechos que la dis-

Acciones de nulidad de un contrato y de reivindicación.

Se ha repetido muchas veces que las sociedades conyugales que se forman por el mero hecho de contraerse matrimonio no pierden su carácter jurídico o no dejan de existir por la vigencia del estatuto consagrado en la Ley 28 de 1932. Lo que acaece es que la sociedad conyugal, constituida por el hecho del matrimonio, no se rige ya totalmente por el Código Civil sino por las especialísimas de la Ley 28, y bajo este estatuto durante el matrimonio, cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerlo o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera, lo que está pregonando que los cónyuges se consideran dueños absolutos de esos bienes y que para su disposición, durante el matrimonio, no se necesita el concurso de voluntades de ambos sino simplemente la del cónyuge que hubiere aportado o adquirido ese bien. Los bienes que se hallen en poder de los cónyuges a la disolución del matrimonio, o en cualquier otro evento en que conforme al Código debe liquidarse la sociedad conyugal, se consideran como bienes de éste y deben partirse de acuerdo con las reglas establecidas para la liquidación de las sociedades conyugales. La disposición que la Corte ha encontrado irregular es la hecha por uno solo de los cónyuges de bienes pertenecientes a sociedades conyugales existentes al entrar a regir la Ley 28 de 1932, y no liquidadas ya al tiempo de esa enajenación, para la cual en tales casos se requiere el consentimiento de ambos consortes.

tingue de la sociedad colectiva civil, en que para que exista la responsabilidad solidaria es necesario que se estipule expresamente en el contrato.

En mérito de 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, no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 4 de

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

El Tribunal Superior de Ibagué confirmó la sentencia dictada por el Juez del Circuito de Honda, el 15 de octubre de 1940, en el juicio seguido por Edilberto Rodríguez contra los señores José Antonio y Vicente Oliveros.

Rodríguez interpuso recurso de casación contra ese proveído, que le fue concedido y que hoy se estudia, para su decisión, previos estos antecedentes:

Salvador Oliveros contrajo matrimonio católico con Rita Rivera el 14 de septiembre de 1895; éste compró a Leví Haya, por escritura número 12, de 10 de enero de 1934, el derecho de dominio y posesión sobre la finca denominada "El Porvenir"; Oliveros vendió a José Andrés y Vicente del mismo apellido, la finca de "El Porvenir" por escritura pública 339, de 23 de septiembre de 1935; aquél murió en Armero el 14 de mayo de 1938; muerto Oliveros, su mujer Rita Rivera le vendió al demandante Rodríguez, por escritura 234, de 13 de julio de 1938, los derechos y acciones que a ella pudieran corresponderle, por cualquier causa, en la sucesión intestada de su marido Salvador Oliveros; Rita Rivera murió el 30 de julio de 1938, sin dejar bienes, porque dispuso de los suyos por acto entre vivos en favor de Rodríguez, como consta en la escritura 234 mencionada.

Edilberto Rodríguez, como cesionario de la Rivera, pidió que se hicieran contra José Andrés y Vicente Oliveros, estas declaraciones judiciales:

febrero de 1942, 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.

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

"Primera. Que es inexistente, por estar viciado de nulidad relativa y consiguientemente sin valor legal alguno, el contrato de compraventa a que se refiere el instrumento público número 339, de 23 de septiembre de 1935, pasado ante el Notario Público del Circuito de Ambalema, celebrado entre los señores Salvador Oliveros, José Andrés Oliveros y Vicente Oliveros, en el cual aparece el primero vendiendo a los dos siguientes la finca territorial denominada 'El Porvenir', ubicada en el Corregimiento de Méndez, de la jurisdicción municipal de Armero, formada de un solo lote de tierra, con sus cerramientos y demás dependencias y anexidades existentes en ella, y alinderada según linderos insertos en esta primera declaración, de la demanda.

"Segunda. Que en consecuencia queda cancelado tanto el registro de dicho título verificado el día 21 de octubre de 1935, en la Oficina de Registro del Circuito de Ambalema, en el Libro 1º, tomo 2º, páginas 217-18, partida número 429, como la matrícula de la mencionada finca, verificada el día 19 de diciembre de 1935, en la citada Oficina de Registro, en el tomo 1º del Libro de Matrículas de Armero, al folio 73, número 72.

"Tercera. Que se condene a José Andrés y Vicente Oliveros a restituir a la sociedad conyugal formada entre el señor Salvador Oliveros y la señora Rita Rivera, dentro del término que señala la ley, la finca raíz a que se refiere la primera de estas declaraciones.

"Cuarta. Que se condene a los demandados a restituir a la nombrada sociedad Oliveros-Rivera todos los frutos naturales y civiles de la finca objeto del contrato de compraventa que ha sido declarado inexistente.

"Quinta. Que se condene a los demandados al pago de las costas del juicio."

El Tribunal de Ibagué conceptuó que aun en el supuesto que el demandante hubiera instaurado la acción de nulidad relativa del contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 339, de 23 de septiembre de 1935, a nombre de la sociedad conyugal y para ésta, y aun suponiendo que un bien raíz adquirido a título oneroso dentro de la vigencia de la Ley 28 de 1932, por uno de los cónyuges de la sociedad existente en dicha vigencia, no pueda ser enajenado sino conjuntamente o de consuno por ambos cónyuges, es lo cierto que en el caso de autos, el cónyuge Salvador Oliveros había enajenado como cosa propia un bien perteneciente a la sociedad conyugal, enajenación que en puridad de verdad equivale a venta de cosa ajena, válida según el artículo 1871 del Código Civil, sin perjuicio de los derechos del dueño, mientras no se extingan por la prescripción, de don-

de concluye el Tribunal que la acción que ha debido intentarse para devolver ese bien a la sociedad conyugal, no era la nulidad del contrato, que no la perjudica, ya que no habría por qué ni para qué anular un convenio que no perjudica a la sociedad conyugal Oliveros Rivera, por lo cual el sentenciador conceptuó que Rodríguez erró en la escogencia de la acción.

Agrega, además, que el actor dirigió la acción únicamente contra José Andrés Oliveros, siendo así que el contrato cuya nulidad se demanda fue celebrado entre Salvador, José Andrés y Vicente Oliveros, de suerte que la nulidad de ese contrato no puede declararse sino mediante la intervención de todas las personas que concurrieron a él. No se arguya que el actor dirigió la acción únicamente contra José Andrés Oliveros, porque éste adquirió los derechos de Vicente Oliveros en la finca materia del contrato, ya que el instrumento público en que debe constar ese trato no se trajo a los autos.

En cuanto a las declaraciones tercera, cuarta y quinta, sostuvo el Tribunal que la finca "El Porvenir", adquirida durante la vigencia de la Ley 28 de 1932 por Salvador Oliveros, podía enajenarla personalmente el marido, sin el concurso de la mujer, porque conforme al estatuto de la Ley 28 citada, cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de los bienes que uno y otro hayan adquirido o adquirieran a cualquier título, y sentada esa premisa, el fallador de Ibagué consideró que era improcedente la acción reivindicatoria.

La demanda de casación no se ajusta a las prescripciones de la ley sobre manera de formularlo y no está acorde con la técnica de este recurso especialísimo, pero a pesar de éste vicio inicial la Corte estudiará los argumentos del recurrente que pueden considerarse como ataques a la sentencia.

Considérase en primer lugar que el artículo 1º de la Ley 28 de 1932 debe interpretarse en armonía con el Código Civil, de suerte que la finca "El Porvenir" entró a formar parte del haber de la sociedad conyugal Oliveros-Rivera en fuerza del numeral 5º del artículo 1781 del Código Civil, lo que está indicando que el recurrente considera que se quebrantó esa disposición sustantiva.

Se ha repetido en varios fallos de esta Superioridad que las sociedades conyugales que se forman por el hecho de contraerse el matrimonio no pierden su carácter jurídico o no dejan de existir por la vigencia del estatuto consagrado en la Ley 28 de 1932. Lo que acaece es que la sociedad conyugal, constituida por el hecho del matrimonio, no se rige ya totalmente por las disposiciones del Código Civil sino por las especialísimas de la Ley 28, y bajo este estatuto du-

rante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerlo o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera, lo que está pregonando que los cónyuges se consideran dueños absolutos de esos bienes, y que para su disposición, durante el matrimonio no se necesita el concurso de voluntades de ambos, sino simplemente la del cónyuge que hubiere aportado o adquirido ese bien. Los bienes que se hallen en poder de los cónyuges a la disolución del matrimonio, o en cualquier otro evento en que conforme al Código debe liquidarse la sociedad conyugal, se consideran como bienes de éste y deben partirse de acuerdo con las reglas establecidas para la liquidación de las sociedades conyugales.

Del haber probatorio traído a los autos aparece que la finca de "El Porvenir" fue adquirida por don Salvador Oliveros durante el matrimonio con la señora Rita Rivera y cuando ya regía la Ley 28 de 1932, lo que quiere decir que ese bien ha podido enajenarse, legalmente, por el cónyuge adquirente sin anuencia o consentimiento del otro cónyuge, y siendo esto así, mal puede decirse que el Tribunal haya quebrantado el numeral 5º del artículo 1781 del Código Civil.

Si la finca "El Porvenir" dejó de formar parte del haber de la sociedad conyugal Oliveros-Rivera por esa enajenación, ésta carece naturalmente de la acción de nulidad del contrato celebrado por Oliveros, y por la misma circunstancia decisiva y trascendental de haber sido legítima la enajenación de ese bien por Oliveros, mal podría conceptuarse que a la sociedad conyugal asistiese derecho para reivindicarlo.

La disposición que la Corte ha encontrado irregular es la hecha por uno solo de los cónyuges de bienes pertenecientes a sociedades con-

yugales existentes al entrar a regir la Ley 28 de 1932 y no liquidadas ya al tiempo de esa enajenación, para la cual en tales casos se requiere el consentimiento de ambos consortes. Muy distinto el caso presente en que la compra y la venta hechas por Oliveros tuvieron lugar bajo ese nuevo estatuto.

Se ha visto que no se acompañó al proceso la escritura por la cual José Andrés le compró a Vicente Oliveros la finca "El Porvenir", y en faltando esa prueba, la acción de nulidad ha debido dirigirse contra ambos y no contra uno solo de los contratantes, de suerte que al Tribunal le sobró razón al desechar la acción incoada, sin que se haya acusado en casación el concepto del Tribunal acerca de la ausencia de esa probanza en la litis.

Los conceptos expresados en este fallo están respaldados por las sentencias de esta Corte, de fechas 20 de octubre de 1937, la de 29 de marzo de 1939, la de 18 de abril del mismo año y otras que no se citan por inoficioso.

En vista 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, falla:

1. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, de fecha veinticinco de marzo de mil novecientos cuarenta y dos.

2. Se condena al recurrente en las costas del recurso.

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

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

Acción de simulación. — Terceros de buena fe.

Tanto en el fenómeno de la nulidad como en el de la simulación, los terceros se atienen al acto ostensible y son amparados por su buena fe. La nulidad judicialmente pronunciada da acción contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales (artículo 1748 del Código Civil), y cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras (artículo 1749 *ibid.*). En la simulación es mucho más restringido el principio, y el tercero de buena fe, que ateniéndose al acto ostensible compra una cosa que fue adquirida simuladamente por su antecesor en el dominio de ella, no es perjudicado por la sentencia que declara la simulación, porque si por una parte el tercero no tiene por qué estar al corriente ni saber de las estipulaciones secretas pactadas entre los antecesores del dominio que ha adquirido, por la otra la seguridad y estabilidad de las convenciones sería imposible. Quien compra una cosa se atiene, cuando el contrato consta en escritura pública, a lo que han declarado las partes, aun cuando no sea cierto. De ahí el artículo 1934 del Código Civil y el 1547 de la misma obra. El tercero, en el caso de que celebre un contrato que debe constar por escritura pública, se atiene a lo ostensible de los títulos o escrituras que se le presentan, y de ese modo sabe las limitaciones, gravámenes y condiciones que pesen sobre la cosa que adquiere. El artículo 1548 del Código Civil es una consecuencia de estos principios, y el sentado por este artículo condiciona la resolución y rescisión de las donaciones entre vivos según el artículo 1489 *ibid.*, los efectos del pacto de retroventa contra terceros (artículo 1940 *ibid.*), el derecho sobre la cosa que se hipoteca (artículo 2441 *ibid.*), el derecho del comprador sobre la cosa comprada, que no queda limitado por el contrato de arrendamiento celebrado anteriormente por el vendedor, cuando ese contrato no consta por escritura pública (artículo 2020 *ibid.*). Todo lo anterior se inspira en el principio protector de la buena fe que ampara a los terceros, y en el mismo texto de la ley (artículo 2577). Ni las de-

claraciones de los contratantes, ni las escrituras privadas hechas por éstos para alterar lo pactado en escritura pública, producen efecto contra terceros, sino en el caso de que se haya tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz (artículo 1766), porque entonces los terceros tienen una fuente auténtica de información y conocen las variaciones que al primitivo contrato han hecho los contratantes. Resolver o sentenciar que un contrato es nulo o es simulado, porque el contrato anterior está afectado de nulidad o de simulación, es violar todos los principios y normas que acaban de exponerse y confundir los efectos de la nulidad o de la simulación, respecto de los terceros. Si A y B celebran un pacto que es nulo, si C adquiere de B lo que fue objeto del contrato con A, no se puede concluir que porque el contrato celebrado entre A y B es nulo, lo sea por eso sólo también el pacto que celebraron B y C. Lo mismo puede decirse de la simulación.

2.—En materia de pruebas en lo civil no hay ni pueden decretarse diligencias de careo.

3.—Los interesados, sin perjuicio de terceros, pueden estar acordes en que las declaraciones contenidas en un instrumento público no son exactas o son mentirosas; así, si un demandante afirma que un pacto en que figura como vendedor fue simulado, y el demandado comprador acepta o confiesa ese hecho, el extremo de la simulación queda demostrado; pero cuando sólo una de las partes hace tal aseveración, tal extremo no queda establecido.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

De la escritura pública 138, de 16 de mayo de 1932, de la Notaría de Sátivanorte, aparece que Rosa Rincón vendió a Aquilino Rincón dos lotes de terreno denominados "El Granadillo" y "El Limo", ubicados en la vereda de Téquita, de dicho Municipio.

De la escritura número 81, de 21 de marzo de 1933, de la misma Notaría, aparece que Aquilino Rincón vendió a María del Carmen Aparicio los mismos lotes de terreno que había adquirido por la escritura 138 mencionada.

De la escritura 143, de 27 de mayo de 1939, de la Notaría de Soatá, aparece que María Socorro Aparicio vendió a Octavio Fuentes la acción o derecho que conforme a la ley le pertenece y corresponde para demandar y obtener la inexistencia, invalidez, nulidad e ineficacia de los contratos recogidos en las escrituras 138 y 81 mencionadas.

Con esa personería se presentó el expresado Fuentes, entablando entre otras la acción de simulación de los expresados contratos.

El Juez de primera instancia, el de Circuito de Soatá, los declaró nulos en sentencia de 6 de abril de 1940, y apelado el fallo por la parte desfavorecida, el Tribunal del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo lo confirmó, en sentencia de 12 de noviembre de 1941.

Los demandados en este juicio son Aquilino Rincón y María del Carmen Aparicio, y el apoderado de ésta interpuso recurso de casación, que pasa a decidirse.

María del Carmen Aparicio y María del Socorro Aparicio son hijas legítimas de Rosa Rincón, ya fallecida. María del Socorro, como ya se expresó, le vendió su acción o derecho a Octavio Fuentes, para demandar la simulación, la nulidad y la ineficacia de los contratos mencionados, y Fuentes, entre otras razones, alega que su vendedora fue desheredada.

El expresado Rincón confesó que el contrato de que da cuenta la escritura 138 fue simulado, acepta los hechos de la demanda y accede a las peticiones de ella, manifestando además que recibió esa escritura para traspasar los bienes mencionados en ella a María del Carmen Aparicio, lo cual hizo según la escritura 138 ya citada.

La expresada María del Carmen acepta que Aquilino Rincón le hizo el traspaso, pero afirma que la venta a que se refiere la escritura número 81 es cierta, seria y real, y que pagó el precio estipulado en ella.

Sobre los anteriores factores el Tribunal pronunció la sentencia recurrida, cuya parte fundamental es ésta:

“Evidenciada la apariencia engañosa que presentaba como real el primer contrato (el contenido en la escritura 138, venta de Rosa Rincón a Aquilino Rincón), según lo confiesan las partes militantes en la litis, confesión que es plena prueba para acreditar el fenómeno jurídico de la simulación, consecuentemente el segundo (el de que da cuenta la escritura 81, venta de

Aquilino Rincón a María del Carmen Aparicio) queda igualmente inexistente.”

El recurrente hace varios cargos a la sentencia, entre otros, violación de los artículos 1766, 1759 del Código Civil, por cuanto aun aceptando que el contrato de que da cuenta la escritura 138 fuera simulado, no puede afectar la declaratoria de simulación de ese pacto, ni hacer inválido el contrato contenido en la escritura 81, toda vez que la adquirente María del Carmen Aparicio es un tercero de buena fe respecto del contrato a que se refiere la escritura 138.

La Corte considera fundado este cargo, por lo que sigue: tanto en el fenómeno de la nulidad como en el de la simulación, los terceros se atienden al acto ostensible y son amparados por su buena fe. La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales (artículo 1748 del Código Civil), y cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras (artículo 1749 ibid.).

En la simulación es mucho más restringido el principio, y el tercero de buena fe, que ateniéndose al acto ostensible, compra una cosa que fue adquirida simuladamente por su antecesor en el dominio de ella, no es perjudicado por la sentencia que declara la simulación, porque si por una parte el tercero no tiene por qué estar al corriente ni saber de las estipulaciones secretas pactadas entre los antecesores del dominio que ha adquirido, por la otra la seguridad y estabilidad de las convenciones sería imposible. Quien compra una cosa se atiende, cuando el contrato consta en escritura pública, a lo que han declarado las partes, aun cuando no sea cierto, y por eso enseña el artículo 1934 de la obra citada, que 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 esa prueba habrá acción contra terceros poseedores, y en tratándose de bienes muebles, por lo mismo que ese contrato no requiere escritura pública, si el que debe una cosa mueble a plazo o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe (artículo 1547 ibidem). El tercero, en el caso de que celebre un contrato que debe constar por escritura pública, se atiende, como se dijo, a lo ostensible de los títulos o escrituras que se le presentan, y de ese modo sabe las limitaciones, gravámenes y condiciones que pesen sobre la cosa que adquiere; por eso el artículo 1548 ibid. enseña que si el que vende un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca

o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública, principio éste que condiciona: la resolución y rescisión de las donaciones entre vivos según el artículo 1489 *ibid.*; los efectos del pacto de retroventa contra terceros (artículo 1940 *ibid.*); el derecho sobre la cosa que se hipoteca (artículo 2441 *ibid.*), el derecho del coprador sobre la cosa comprada, que no queda limitado por el contrato de arrendamiento celebrado anteriormente por el vendedor, cuando ese contrato no consta por escritura pública (artículo 2020 *ibid.*).

Y todo lo anterior se inspira en el principio protector de la buena fe que ampara a los terceros, y en el mismo texto de la Ley (artículo 2577), que obliga a hacer constar por escritura pública todo acto relativo a enajenación o mutación de la propiedad de inmuebles, constitución de hipotecas, imposición de gravámenes, responsabilidad o servidumbre, y generalmente todo contrato o acto entre vivos, que ponga limitaciones al derecho de propiedad sobre inmuebles.

Ni las declaraciones de los contratantes, ni las escrituras privadas hechas por éstos para alterar lo pactado en escritura pública, producen efecto contra terceros, sino en el caso de que se haya tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz (artículo 1766), porque entonces los terceros tienen una fuente auténtica de información y conocen las variaciones que al primitivo contrato han hecho los contratantes.

Resolver o sentenciar que un contrato es nulo o es simulado, porque el contrato anterior está afectado de nulidad o de simulación, es violar todos los principios y normas que acaban de exponerse y confundir los efectos de la nulidad o de la simulación, respecto de los terceros. Si A y B celebran un pacto que es nulo, si C adquiere de B lo que fue objeto del contrato con A, no se puede concluir que porque el contrato celebrado entre A y B es nulo, lo sea por eso sólo también el pacto que celebraron B y C. Lo mismo puede decirse respecto de la simulación.

Aplicando lo anterior al caso de autos, resulta esto: la declaración de Aquilino Rincón sobre el extremo de que el contrato que celebró con Rosa Rincón es simulado, no demuestra la simulación de ese pacto por cuanto esa actitud unilateral no tiene eficacia legal, por sí sola, para modificar una situación contractual que consta en una escritura pública. Aun en la hipótesis de que ese primer contrato fuera simulado, ese solo hecho no demostraría por sí, forzosa o consecuencialmente, que el contrato celebrado

entre Rincón y María del Carmen Aparicio fuera simulado, porque la declaración de Rincón no perjudica a María del Carmen, y ésta afirma que pagó el precio de la venta de los bienes que compró por la escritura número 81, de 21 de marzo de 1933, y en esa escritura consta el pago, y esa declaración, como se verá luego, no ha sido infirmada.

En efecto: en la contestación de la demanda, la citada María del Carmen Aparicio se opuso a las pretensiones de la parte actora, de una manera rotunda, aseveró que pagó el precio que aparece estipulado en la escritura 81 y negó los hechos fundamentales de la demanda en que se apoya la simulación.

Interrogada en posiciones, declaró nuevamente que el contrato fue serio, que pagó el precio, y relacionó todas las circunstancias del pacto, recalcando sobre la falsedad de las preguntas que en el pliego le hizo el señor Octavio Fuentes. Este, de una manera insólita pidió que se verificara un careo entre Aquilino Rincón y la demandada Aparicio, y el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo decretó tan extraña prueba en un proceso civil. El careo se llevó a cabo ante el Juez de Circuito de Soatá, y en esa diligencia María del Carmen no sólo se reafirmó en sus declaraciones, sino que rectificó varias aseveraciones de Rincón.

No puede la Corte pasar inadvertido el proceder del Tribunal al decretar la diligencia de careo, que si es adecuada y necesaria en los procesos criminales, y que tiende muchas veces a establecer el cuerpo del delito, no lo es en materias civiles, por cuanto la verdad en negocios de esta índole se establece de manera muy diferente. Por eso, como no lo debe ignorar el Tribunal, en la tarifa de pruebas que está establecida en el Título 17 del Código de Procedimiento Civil, no figura para nada la diligencia de careo, ni podía figurar dada la distinta naturaleza de las investigaciones civiles y criminales.

La demandada presentó las declaraciones de Pedro A. Velosa, Epifanio Joya y Roque Orozco, de las que aparece que aquélla es persona muy conocida en Sátivanorte, como acomodada, de condiciones económicas suficientes para movilizar dinero por suma mayor de cuatrocientos pesos, y además honrada, cumplidora de sus obligaciones y digna de crédito.

En contra de todo lo anterior no existen sino unas declaraciones de oídas, imprecisas y vagas algunas de ellas, que no tienen entidad legal para desvirtuar el hecho sustancial afirmado por la demandada y acreditado por el título escriturario, o sea el pago del precio de las fincas "El Granadillo" y "El Limo" y la declaración de Aquilino Rincón, más bien con-

fesión, que por serlo no perjudica a la demandada.

Se concluye de lo anterior que no está demostrada la simulación del contrato contenido en la escritura número ochenta y uno mencionada (81), sino que, ateniéndose, como debe atenderse en este caso el juzgador, a lo que aparece de ella, resulta que se trata de un contrato serio, que no oculta ninguno otro.

El extremo de la nulidad de ese contrato tampoco existe, porque ni se ha demostrado ni alegado objeto o causa ilícita, carencia de causa o vicios en el consentimiento de los contratantes.

Respecto del contrato de que da cuenta la escritura 138, también ya mencionada, no existe en realidad sino la declaración de Aquilino Rincón, que fue parte en ese acto, como comprador, que lo perjudica, pero que no es eficaz para dar por probada la simulación por cuanto con ella sola no se demuestra ese extremo. Enseña el artículo 603 del Código Judicial que las declaraciones de los interesados en instrumentos públicos, documentos privados y otras pruebas preconstituidas, tienen el valor probatorio reconocido por las leyes, y preceptúa el artículo 1759 del Código Civil, que el instrumento público hace buena fe en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. Estos, sin perjuicio de terceros, en todo caso, pueden estar de acuerdo en que las declaraciones contenidas en un instrumento público no son exactas o son mentirosas; así, si un demandante afirma que un pacto en que figura como vendedor fue simulado, y el demandado comprador acepta o confiesa ese hecho, el extremo de la simulación queda demostrado, pero cuando sólo una de las partes hace tal aseveración, tal extremo no queda establecido, que es

lo que pasa en este caso. Es cierto que el demandante señor Fuentes afirma que el pacto fue simulado, pero su afirmación no es eficaz, porque ni fue parte en el contrato ni es heredero de Rosa Rincón.

Por las mismas razones expresadas antes respecto del contrato recogido en la escritura ochenta y uno, no se encuentra que el contenido en la escritura ciento treinta y ocho adolezca de nulidad.

El estudio que se ha hecho del cargo que prospera en casación, constituye la motivación de esta sentencia y hace inoficioso considerar los demás cargos (artículo 538 del Código Judicial).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, o sea la de fecha doce de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, revoca la de primera instancia, dictada por el Juez de Circuito de Soatá el seis de abril de mil novecientos cuarenta, y en su lugar falla:

Niéganse todas las peticiones de la demanda, de las cuales se absuelve a la parte demandada.

Sin costas ni en las instancias ni en el recurso.

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

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

PARTICION

1.—Las reglas contenidas en los artículos 3º, 4º, 7º y 8º del artículo 1394 del Código Civil, como se desprende de su propio tenor literal, en que se usan expresiones como “si fuere posible”, “se procurará”, “posible igualdad”, etc., no tienen el carácter de normas o disposiciones rigurosamente imperativas, sino que son más bien expresivas del criterio legal de equidad que debe inspirar y encauzar el trabajo del partidor, y cuya aplicación y alcance se condiciona naturalmente por las circunstancias especiales que ofrezca cada caso particular, y no solamente relativas a los predios sino también las personales de los asignatarios. De esta manera, la acertada interpretación y aplicación de estas normas legales es cuestión que necesariamente se vincula a la apreciación circunstancial de cada ocurrencia a través de las pruebas que aduzcan los interesados, al resolver el incidente de objeciones propuesto contra la forma de distribución de los bienes, adoptada por el partidor. La flexibilidad que por naturaleza tienen estos preceptos legales y la amplitud consecuencial que a su aplicación corresponde, no permiten edificar sobre pretendida violación directa un cargo en casación contra la sentencia aprobatoria de la partición.

2.—El inventario de los bienes herenciales y su avalúo son la base obligatoria a que el partidor, no conviniendo unánime y legítimamente otra cosa a los herederos, ha de ceñirse al verificar la distribución de los bienes.

3.—La disposición del artículo 965 del Código Judicial es clara y terminante en el sentido de que, reformada una partición en los términos ordenados por el Juez, no vuelve ya en traslado a las partes ni es susceptible de nuevas objeciones, sino que debe ser aprobada judicialmente. Si el estudio de la partición rehecha no debiera restringirse a considerar si se ha cumplido lo ordenado en relación con objeciones prosperas, sino que tuviera que versar libremente sobre el cumplimiento de las reglas del artículo 1394 del Código Civil, la secuela de los juicios sucesorios se haría interminable

y perdería su objeto el trámite contradictorio y probatorio del incidente de objeciones, establecido para que los interesados puedan hacer uso del derecho de reclamar contra el modo de composición de los lotes consagrado en el numeral 9º del citado artículo 1394 del Código Civil.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Es necesario, para decidir este recurso, exponer los antecedentes que pasan a enumerarse:

Gabriel Rivera Mazuera fue casado con Carolina Escobar, en quien tuvo varios hijos, de los cuales existen Jaime, Ricardo, José Ignacio y Jesús María Rivera Escobar. Muerta la cónyuge en 1902, contrajo segundas nupcias con Elena Plata en 1911, en cuyo matrimonio hubo siete hijos, llamados Marta, Rosa Elisa, Blanca Elena, Cilia, Gerardo, Juan José y Gabriel.

El 18 de junio de 1937 falleció en Buga Gabriel Rivera Mazuera, y en el mes de agosto siguiente, el Juzgado 1º de ese Circuito declaró abierta su sucesión, de acuerdo con el testamento cerrado otorgado en esa ciudad en junio de 1935, en la cual se hicieron partes, además de la viuda, los hijos de ambos matrimonios del causante.

El 1º de febrero de 1938 se llevó a cabo la diligencia de inventarios y avalúos de los bienes relictos, en la cual fueron relacionadas, como pertenecientes a la sucesión, las siguientes fincas:

La Cabaña, ubicada en el Municipio de Riofrío, en el indiviso del mismo nombre, de 127 plazas, que los peritos clasificaron y avaluaron por calidades y cultivos, por valor total de \$ 10.290.

Cuamcua, finca de 200 plazas más o menos, también clasificada y avaluada en dos porciones de tierra de loma y tierra plana, situada en terrenos divididos y deslindados con la Nación, circunstancia ésta que, según lo advierten los peritos, fue tenida en cuenta para su avalúo, que fue de \$ 4.300.

Un lote de terreno llamado Jagüe, ubicado también dentro del “indiviso o comunero de

Riofrio", de 105 plazas, clasificado también por los peritos en varias secciones, y cuyo avalúo total es de \$ 9.560, y en el cual advirtieron los peritos que existía un lote de 12 plazas cultivadas de arroz.

Fuera de estas fincas, cuya distribución es el problema de este recurso, se inventariaron acciones del Acueducto de Buga y algunos créditos, todo lo cual forma el activo sucesoral.

Llegada la oportunidad procesal de hacer la partición de los bienes herenciales, el partidor José Joaquín Hurtado, designado por el testador mismo, presentó al Juzgado su trabajo de partición el 21 de agosto de 1939, en el cual, en la parte que interesa a la decisión, aparecen distribuidas las fincas en la forma que sintéticamente pasa a expresarse:

Al heredero Ricardo Rivera Escobar se le adjudicó, entre otras cosas, para pagarle su asignación, un derecho por \$ 226,463, de los \$ 1.200 valor de las 12 plazas de terreno donde existe un arrozal del heredero José Ignacio Rivera Escobar, en el lote de Jagüe; otro derecho por \$ 120,900, de los \$ 3.760 valor de las 47 plazas cultivadas de pasto *pará*, enrastrajadas, también del mismo lote de Jagüe. El resto de la hijuela, en cuanto a inmuebles se refiere, le fue adjudicado en la finca de Cuancua.

Al heredero Jesús María Rivera Escobar se le adjudicó un derecho por \$ 216,174 en los \$ 1.200 valor de las dichas 12 plazas de arrozal de Jagüe, y otro derecho por \$ 131,189 de los \$ 3.760 valor de las 47 plazas de terreno cultivado de pasto *pará* enrastrajado, también en el lote de Jagüe. Su restante participación en inmuebles se le adjudicó en la finca Cuancua.

Al heredero José Ignacio Rivera Escobar se le adjudicó un derecho por \$ 757,363 en los \$ 1.200 valor de las 12 plazas de terreno, en el lote de Jagüe, en donde hay un arrozal del adjudicatario.

A los herederos del grupo Rivera Plata se les adjudicó, en cuanto a su participación en inmuebles, así: a Marta y Gabriel, en el lote de Jagüe; a Rosa Elisa, Blanca Elena y Cilia, en La Cabaña y en Jagüe. Fuera de las adjudicaciones en bienes raíces (con excepción de Jaime, cuya hijuela se cubrió totalmente con créditos a su cargo), el partidor asignó a los herederos otros bienes para completar el monto de sus respectivas hijuelas, distribuyendo entre todos igualmente un crédito por \$ 20000, constante en cinco pagarés, calificado de difícil cobro. A los asignatarios José Ignacio, Ricardo y Jesús María Rivera Escobar les fueron adjudicados algunos créditos a su cargo por haber el testador ordenado que se imputasen al valor de sus legítimas.

Dentro del término legal de traslado fue objetada esta partición por el albacea y por el apoderado del grupo de herederos Rivera Escobar. De las cuatro objeciones formuladas, tres versan sobre rectificaciones relacionadas con créditos y deducciones generales, que fueron acogidas por el Juez y el Tribunal y que no se relacionan con las cuestiones sometidas a la consideración de la Corte en este recurso. En la providencia del Juzgado, decisoria del incidente de objeciones, de fecha 11 de octubre de 1939, confirmada por el Tribunal en auto del 25 de enero de 1940, se dispuso que el partidor rehiciera su trabajo acomodándolo a lo decidido sobre las tres objeciones que se declararon fundadas, "conservando, en cuanto fuere posible, la distribución anteriormente hecha."

La objeción que no prosperó y que constituye la materia de esta decisión, se refiere a la distribución de las tres fincas rurales, Cuancua, La Cabaña y Jagüe, y se hace consistir en que el partidor no tuvo en cuenta las reglas de los numerales 7º y 8º del artículo 1394 del Código Civil, porque, según propias palabras del objetante, "resalta la falta de igualdad y equivalencia en la formación de los lotes adjudicados, por una parte al grupo que forma la familia Rivera Plata, y por otra, al grupo que forma la familia Rivera Escobar."

Aquí hay que hacer referencia al siguiente hecho procesal, muy importante para la decisión, porque en él se apoya parte principal de las acusaciones en casación. En el lapso que corrió entre la primera partición y la segunda rehecha a que dio lugar la prosperidad de algunas objeciones, cuando ya estaba ejecutoriado el auto que decidió el incidente objetivo, el apoderado del heredero José Ignacio Rivera Escobar trajo a los autos, con el objeto de afectar la partición, dos escrituras públicas, otorgadas en agosto y septiembre de 1939 y presentadas al juicio el 22 de febrero de 1940, contentivas de la cesión de derechos hereditarios de Ricardo y Jesús María Rivera Escobar a favor de su hermano José Ignacio, y tres declaraciones testimoniales recibidas extrajuicio y sumariamente sobre existencia de cultivos en Jagüe. Respecto de las escrituras dijo el Juzgado (auto de 22 de febrero de 1940) que el partidor debía tener en cuenta las cesiones para el efecto de formar la hijuela al heredero cesionario, y en relación con las declaraciones sumarias (auto del 14 de marzo de 1940) ordenó agregarlas al expediente, pero advirtiendo que el partidor debía ceñirse, al rehacer su cuenta, a lo dispuesto en la providencia en que fueron decididas las objeciones.

En la partición refaccionada, en la cual el valor de cada asignación disminuyó por consecuencia de las rectificaciones ordenadas por el

Juzgado, la distribución de los inmuebles, sintéticamente, quedó así:

Los herederos del grupo Rivera Plata quedaron como estaban en la primera partición, con sus porciones adjudicadas, a unos en La Cabaña solamente, a otros sólo en Jagüe, y a los demás, parte en aquel predio y parte en éste. Respecto del heredero José Ignacio Rivera Escobar, el valor de su hijuela, que en la primera cuenta montó \$ 6.769,033, en la partición reformada, por efecto de la cesión herencial de sus hermanos, ascendió a \$ 20.676,24, y en materia de inmuebles, su adjudicación en Jagüe, que en la primera partición era de \$ 757,363 sobre los \$ 1.200, valor de las 12 plazas cultivadas de arroz, subió en la segunda distribución partitiva a \$ 1.200, "valor de las 12 plazas de terreno en donde hay un arrozal del adjudicatario." Se le hizo además otra adjudicación en la parte pasada del lote de Jagüe, que en su anterior hijuela no figuraba, y el resto se le adjudicó en la finca Cuancua, en la cual nada tenía por la anterior distribución.

Rehecha y presentada la partición en los términos ordenados en la providencia que decidió la articulación de objeciones, el Juzgado del conocimiento, de acuerdo con el artículo 965 del Código Judicial, y en sentencia del 22 de octubre de 1940, le impartió su aprobación y ordenó las diligencias que señala la ley. Recurrida esta resolución por el apoderado de José Ignacio Rivera Escobar, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga la confirmó con un voto disidente, en sentencia definitiva del 27 de febrero de 1942.

EL RECURSO DE CASACION

Contra esta sentencia de segunda instancia, aprobatoria de la partición, interpuso oportunamente recurso de casación el apoderado del asignatario José Ignacio Rivera Escobar. El recurso, que por estar legalmente preparado se decide hoy, se apoya en las dos primeras causas, de las que señala el artículo 520 del Código Judicial.

Se acusa la sentencia del Tribunal por infracción directa y como consecuencia de errores de derecho en la apreciación probatoria, de los artículos 1391, 1394 (reglas 3ª, 4ª, 7ª, 8ª y 9ª), y 2338 (reglas 2ª y 3ª) del Código Civil.

La acusación por quebranto directo de la ley se funda en que el partidor no se conformó en la adjudicación de los bienes a las reglas del Título 10, Libro 3º, del Código Civil, al no adjudicar al asignatario José Ignacio Rivera Escobar una porción continua, sino diversas adjudica-

ciones, "una pequeñísima en el lote de Jagüe, que no alcanza a cubrir sino en mínima parte el terreno en donde este asignatario tiene fundadas valiosas mejoras, y otra en la finca de Cuancua." Porque a pesar de que este partcipe es dueño en Jagüe de valiosas mejoras, consistentes en casa, arrozales en 52 fanegadas, cercas y acueducto, no le adjudicó allí su porción ni procuró que tuviera la continuidad que ordena la ley. Porque no se procuró la igualdad ni la semejanza en las adjudicaciones, ya que la finca Cuancua, adjudicada a él, es de inferior calidad respecto de las otras dos fincas asignadas a los herederos del grupo Rivera Plata. Porque no prestó atención a los reclamos del recurrente para que se le adjudicara toda su porción en el lote de Jagüe, donde tenía sus mejoras, a pesar de aparecer en autos la prueba de su existencia y no obstante que el valor total de su asignación le daba derecho no solamente a la parte del predio ocupada por las mejoras, sino a una mayor extensión conforme a los avalúos.

El cargo por violación indirecta de las citadas disposiciones legales se hace consistir en que el Tribunal incurrió en error de derecho al dejar de apreciar las dos escrituras públicas por medio de las cuales los asignatarios Ricardo y Jesús María Rivera Escobar cedieron sus derechos herenciales al recurrente, lo mismo que las declaraciones de los testigos Manuel Salvador Parra, Luis Néstor Núñez y Saulo Montes, quienes rindieron testimonio acerca de las mejoras puestas por el partcipe José Ignacio Rivera Escobar, pruebas ambas demostrativas de hechos nuevos, de importancia capital para la cuenta de partición, ocurridos con posterioridad al primer trabajo presentado por el partidor y con posterioridad también al incidente de objeciones, por cuya omisión dejó el partidor de atribuirles los efectos que estaban llamados a producir y que en concepto del recurrente eran la formación de un solo lote continuo dentro del predio de Jagüe, donde estaban sus mejoras.

"Y la falta de apreciación de las referidas pruebas —escribe el recurrente— fue causada por el error de derecho en que tanto el Tribunal como el partidor incurrieron, al estimar que la nueva cuenta de partición debía reproducir fielmente la cuenta primitiva con solas las modificaciones impuestas, en forma restringida y precisa, por la sentencia de objeciones. Y tal apreciación de derecho hecha por el partidor y por el Tribunal al aprobar la nueva cuenta de partición es errónea, porque en ninguna parte establece la ley la limitación ideada por ellos. En ninguna parte establece la ley esa inflexibilidad de normas para rehacer la partición."

Considera la Corte:

Hecha la liquidación de la herencia, procede su distribución entre los asignatarios señalando a cada uno los bienes singulares que le correspondan según su llamamiento, para lo cual la ley señala al partidor reglas que debe acatar en la realización de esas operaciones. Pero estas reglas, las contenidas en los numerales 3º, 4º, 7º y 8º del artículo 1394 del Código Civil, a que se refiere la acusación que se estudia, como se desprende de su propio tenor literal en que se usan expresiones como "si fuere posible", "se procurará", "posible igualdad", etc., no tienen el carácter de normas o disposiciones rigurosamente imperativas, sino que son más bien expresivas del criterio legal de equidad que debe inspirar y encauzar el trabajo del partidor, y cuya aplicación y alcance se condiciona naturalmente por las circunstancias especiales que ofrezca cada caso particular, y no solamente relativas a los predios sino también las personales de los asignatarios. De esta manera, la acertada interpretación y aplicación de estas normas legales es cuestión que necesariamente se vincula a la apreciación circunstancial de cada ocurrencia a través de las pruebas que aduzcan los interesados, al resolver el incidente de objeciones propuesto contra la forma de distribución de los bienes, adoptada por el partidor. La flexibilidad que por naturaleza tienen estos preceptos legales y la amplitud consecuencial que a su aplicación corresponde, no permiten edificar sobre su pretendida violación directa un cargo en casación contra la sentencia aprobatoria de la partición. "Las reglas 3º y 4º del artículo 1394 del Código Civil —ha dicho esta Sala—, sobre partición de bienes hereditarios, no son absolutas, sino relativas, y por lo mismo no puede decirse en manera alguna que se trata de principios concretos de derecho positivo, y que su infracción constituya la causal de casación consistente en violación de ley sustantiva." (*Gaceta Judicial*, tomo XLV, página 159).

El cargo da quebranto indirecto de la ley por omisión en el aprecio de pruebas, constitutivo, al decir del recurrente, de error de derecho que condujo al Tribunal a la infracción de las reglas de continuidad y semejanza de lotes en la partición, se hace consistir, como ya se vio, en que el sentenciador no tuvo en cuenta las escrituras de cesión de derechos herenciales de dos de sus hermanos a favor del recurrente. Ningún respaldo en la realidad procesal tiene esta acusación contra el fallo recurrido, porque en la partición misma aparecen expresamente citados los títulos escriturarios de cesión y realizada plenamente ésta en la hijuela del cesionario José Ignacio Rivera Escobar. Se vio, en efecto, al

relatar antecedentes, que la adjudicación de éste en la primera cuenta de partición valía \$ 6.769,033, y que en la segunda, por efecto de las cesiones, se elevó a \$ 20.676,24, aumentándose su participación en finca raíz de \$ 757,363 de los \$ 1.200 en que fueron estimadas las 12 plazas de terreno de Jagüe, donde el adjudicatario tiene sus cultivos de arroz, al valor completo de dichas 12 plazas, a más de otras adjudicaciones menores en el mismo lote de Jagüe, y el resto en la finca de Cuancua, con cuya adjudicación se había pagado a los dos asignatarios cedentes.

Estas constancias procesales demuestran la falta de fundamento y exactitud con que el recurrente afirma que el Tribunal no tuvo en cuenta las mencionadas escrituras públicas. No hay razón, por otra parte, en atribuirle al Tribunal error de derecho en la estimación de estas pruebas por no haberle adjudicado al partcipe recurrente la totalidad de su derecho en el local de Jagüe, porque si el partidor no hizo la distribución de los inmuebles relictos en la forma pretendida por él, no fue en manera alguna por equivocada apreciación de los citados instrumentos escriturarios, sino por causas y razones totalmente distintas, que el partidor consigna y explica en las consideraciones generales con que encabezó su trabajo. Injurídico pensar que los herederos cedentes pudieran haber cedido su derecho de herencia vinculado a finca determinada de la sucesión, como sería preciso entenderlo para poder concluir que tales pruebas fueron subestimadas por no haberse hecho la distribución de las fincas de acuerdo con los deseos del recurrente. Y conviene recordar aquí que las mencionadas escrituras fueron traídas al juicio sucesorio cuando ya estaban ejecutorias y en firme las providencias en que se decidió el incidente de objeciones a la partición y en que se le ordenó al partidor rehacerla "conservando en cuanto fuere posible la distribución anteriormente hecha." A la situación que de este modo se le creó con la decisión judicial que constituía para él una norma obligatoria, se ajustó el partidor adjudicándole al cesionario de los derechos de los asignatarios Ricardo y Jesús María Rivera lo que a ellos les había correspondido en Jagüe, lo mismo que lo que se les había adjudicado en Cuancua. Y en este proceder no se advierte ninguna ilegalidad ni menoscabo alguno de la equidad.

Respecto de la alegación que formula el asignatario José Ignacio Rivera como cargo contra la sentencia y tacha a la partición, de que a él ha debido adjudicársele la totalidad de su derecho en el lote de Jagüe por tener allí valiosas mejoras, en vez de hacerle adjudicaciones separadas, tampoco tiene fundamento en la reali-

dad que ofrecen los autos, porque el partidor no desconoció este hecho al verificar la distribución de los inmuebles como se vio en la parte narrativa de esta decisión. Por el contrario, entre los hechos preliminares de la cuenta figura la circunstancia de ser el heredero recurrente dueño de una plantación de arroz de 12 plazas en Jagüe, por lo cual le fue adjudicada a él la extensión de terreno correspondiente a este cultivo, fuera de otras dos adjudicaciones en el mismo lote, en la parte cultivada de pasto, con lo cual se dio realidad al derecho de adjudicación preferencial que la ley establece en favor del copartícipe dueño de mejoras.

Pero afirma el recurrente, y esto lleva a la consideración de la segunda parte del cargo por violación indirecta de la ley, que sus mejoras en Jagüe consistían en casa, arrozales que cubrían 52 fanegadas, cercas de alambre y acueducto, como plenamente se demuestra con los testimonios de Parra, Núñez y Montes, desestimados por el Tribunal, que no ha debido impartirle su aprobación a la partición rehecha con desconocimiento de los hechos probados con esas declaraciones. No encuentra la Sala fundada esta acusación, porque el inventario de los bienes herenciales y su avalúo son la base obligatoria a que el partidor, no conviniendo unánime y legítimamente otra cosa los herederos, ha de ceñirse al verificar la distribución de los bienes, y en este caso, según consta en la diligencia de inventario, sólo existía entonces en Jagüe una extensión de 12 plazas cultivadas de arroz por José Ignacio Rivera Escobar. Este dato procesal era el que regía la cuenta del partidor. Y en realidad legal no hay prueba apreciable de la existencia de mejoras distintas de ésta, porque las declaraciones testificales que el recurrente considera ilegalmente desestimadas, fueron recibidas extrajudicial y sumariamente ante el Juez Municipal de Buga, ejecutoriada ya la decisión de objeciones a la primera partición, de modo que no había ya oportunidad de estimarlas, mucho menos siendo pruebas meramente sumarias, producidas después de debatidas las tachas y reparos a la cuenta de partición, incapaces de perjudicar a los demás asignatarios sin cuya audiencia se pidieron y levantaron. En esta situación, carece de razón el cargo basado en error de derecho en el justiprecio de esta prueba.

Alega también el recurrente que el partidor rompió en su perjuicio las normas de igualdad y semejanza que la ley impone en las adjudicaciones. Estas reglas, consignadas en los ordinales 7º y 8º del artículo 1394 del Código Civil, que recíprocamente se complementan, consagran la igualdad como el principio primordial en la adjudicación de las cosas con que se le

paga su derecho a cada uno de los partícipes de la herencia, pero no tan rigidamente que equivalga a exactitud matemática, sino, como la ley lo dice, guardando "la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los coasignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros." No hay duda, vistas las consideraciones minuciosas que tuvo en cuenta el partidor al hacer en este caso una distribución que ofrecía especiales dificultades y problemas no sólo de orden material sino de carácter moral y entre tan numerosos partícipes, que se tuvieron en cuenta y se cumplieron, dentro de las posibilidades y circunstancias peculiares del caso, las normas legales. A todos los hijos del causante se hicieron adjudicaciones semejantes, atribuyéndoles en sus hijuelas participación notoriamente análoga en créditos e inmuebles, calificados aquéllos en razón de la facilidad de su cobro y visiblemente semejantes éstos en su ubicación rural, provisión de aguas, adecuación para cultivos iguales, como se ve de la diligencia de inventarios y de las observaciones cuidadosas con que el partidor ilustró su distribución. Es verdad que la tierra de Cuancua se consideró como inferior a la de los otros predios, pero esta circunstancia, natural en casos en que existen diversas fincas, no ha quebrantado la norma de posible igualdad ni la equivalencia, porque la inferioridad está compensada en extensión adjudicada. El único procedimiento utilizable para realizar adjudicaciones con la igualdad que pretende el recurrente habría sido el de adjudicar a todos los asignatarios su derecho en cada uno de los inmuebles, pero claro está que esta fragmentación de los predios y multiplicación de comunidades tampoco es aconsejable ni conveniente, en casos como el presente, en que según lo declaran los interesados, media enemistad entre los dos grupos de hijos correspondientes a los dos matrimonios del causante, entre los cuales hay menores, circunstancias contempladas y aprovechadas por el partidor en forma que se muestra como discreta y acertada y contra la cual nada prueban las alegaciones del recurrente.

Respecto del reparo que el recurrente hace consistir en que el Juez no ha debido aprobar la partición rehecha por haberse demostrado hechos nuevos entre el fallo de las objeciones y la refacción de la cuenta, en lo cual quiere ver una errada interpretación del artículo 965 del Código Judicial, basta observar que esta disposición es clara y terminante en el sentido de que, reformada una partición en los términos ordenados por el Juez, no vuelve ya en traslado a las partes ni es susceptible de nuevas objeciones, sino que debe ser aprobada judicialmente. Si el estudio de la partición rehecha no

debiera restringirse a considerar si se ha cumplido lo ordenado en relación con objeciones prósperas, sino que tuviera que versar libremente sobre el cumplimiento de las reglas del artículo 1394 del Código Civil, como lo pretende el recurrente, la secuela de los juicios sucesorios se haría interminable y perdería su objeto el trámite contradictorio y probatorio del incidente de objeciones, establecido para que los interesados puedan hacer uso del derecho de reclamar contra el modo de composición de los lotes, consagrado en el numeral 9º del citado artículo 1394 del Código Civil.

Por lo que hace a la causal segunda, se hace consistir la incongruencia en que “ni el partidór al rehacer la partición, ni el Tribunal al aprobarla, tuvieron en cuenta las justas pretensiones deducidas oportunamente por el adjudicatario José Ignacio Rivera Escobar, quien pidió insistentemente que en pago de sus propios derechos hereditarios y de los que había adquirido por cesión de sus hermanos Ricardo y Jesús María, se le hiciera una adjudicación continua y se le señalara en parte de pago la porción del lote de Jagüe ocupada por él con valiosas mejoras.”

Esta manera de fundar la causal demuestra

por sí sola la improcedencia con que el recurrente acusa la sentencia por este motivo, confundiendo la incongruencia a que se refiere la ley con el insuceso de sus aspiraciones de co-participar herencial. “Las sentencias de los Tribunales —ha dicho esta Sala— no son casables por el solo hecho de ser contrarias a las pretensiones de los litigantes; de otra suerte todo juicio tendría que decidirse en la Corte de Casación, porque ninguna sentencia puede ser congruente con pretensiones opuestas y contradictorias.”

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 Buga, de fecha 27 de febrero de 1942, 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.

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

RECURSO DE HECHO

*Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diez y siete de febrero de mil novecientos cuarenta y tres.*⁰

(Magistrado ponente, doctor Isaias Cepeda).

La señora Margarita García presentó demanda ordinaria, en uno de los Juzgados del Circuito de Barranquilla, contra los señores A. Noguera & Cía., Sucesores, Limitada, a fin de que se declarara nulo el contrato de compraventa de una casa situada en dicha ciudad, celebrado por aquélla con éstos; para que, consecuentemente, se ordenara la restitución de la casa objeto del contrato, y, además, para “que se condene a la compañía demandada al pago de los frutos civiles producidos por la casa de mi propiedad desde el día 1º de septiembre de 1931 hasta el día en que se efectúe la entrega de la finca, a mi favor, como ya lo tengo pedido.”

El Juez del conocimiento falló el pleito favorablemente a las pretensiones de la demandante, y en virtud de apelación interpuesta por los demandados, subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el cual, por sentencia fechada el veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, revocó la de primer grado y en su lugar absolvió a los demandados de los cargos que se les habían formulado.

Contra ese fallo interpuso recurso de casación la demandante, y habiendo considerado necesario el Tribunal determinar la cuantía de la acción, nombró como peritos evaluadores de ella a los señores Enrique de la Rosa y Octavio Giraldo Maury, quienes se limitaron a avaluar únicamente la casa objeto del contrato demandado, la que estimaron en \$ 3.000, sin explicar ni fundamentar debidamente su dictamen y sin

tener en cuenta que la acción comprendía también el pago de los frutos civiles producidos por la casa desde el 1º de septiembre de 1931 hasta el día de la entrega.

Por auto de fecha trece de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, el Tribunal, a petición de la parte demandada, ordenó que los peritos fundamentaran su dictamen, y por auto de veinticinco de marzo del mismo año dispuso que para el avalúo de la acción tuvieran también en cuenta la petición sobre el pago de frutos civiles, formulada en la demanda.

El 15 de abril explicaron los peritos su concepto en lo relativo al avalúo de la casa, y en lo tocante al de los frutos dijeron:

“Nuestra misión debe limitarse a la apreciación de la finca, pues sobre valores de lucro cesante o de cualquiera otra clase no se nos pidió opinión en el primer peritazgo que efectuamos.”

No satisfecho el Tribunal con las explicaciones de los peritos, por auto del seis de mayo les ordenó nuevamente que lo ampliaran y fundamentaran mejor, sin exigirles que rindieran su concepto en relación con el avalúo de los frutos.

El 19 de mayo cumplieron los peritos lo ordenado por el Tribunal, pero éste resolvió que aún no estaba bien fundado el dictamen, y sin rechazarlo ni desestimarlos terminantemente, dispuso, de oficio, por auto del 23 de julio, que se practicara nuevo avalúo, con otros peritos, y al efecto nombró a los señores Eduardo Illera y José Antonio Consuegra, quienes avaluaron también la casa, únicamente, en la cantidad de \$ 2.833.20.

Estos peritos fundaron su concepto en razones más o menos semejantes a las que habían expuesto los anteriores, y aunque la demandante lo objetó por error grave, “por no comprender el total de la cosa avaluada,” ya que en el avalúo no incluyeron los frutos, el Tribunal, sin tramitar ni resolver la solicitud sobre objeción, lo aceptó y acogió, por auto del 22 de octubre, y negó, en consecuencia, el recurso de casación, con salvamento de voto del Magistrado doctor Pérez Pérez.

Del auto que denegó el recurso pidió reposición la demandante y, en subsidio, solicitó copia de lo conducente para recurrir de hecho ante la Corte.

El Tribunal, en providencia del 30 de noviembre último, le negó la reposición, pero ordenó expedirle la copia solicitada.

La demandante ocurrió oportunamente a la Corte, y en el escrito en que interpuso el recurso de hecho dice:

“Del texto mismo de mi demanda, que en copia os acompaño, aparece que la cuantía de mi acción sobrepasa en mucho la suma o cantidad de tres mil pesos (\$ 3.000), señalada por la ley para que se admita el recurso de casación. Digo del texto de mi demanda, porque allí pido la entrega de la casa de mi propiedad, los frutos civiles y los gastos hechos por mi en este juicio, y todos estos intereses que componen la acción entablada sobrepasan la cantidad fijada por la ley para que el recurso prospere.”

Para resolver, se considera:

En concepto de la Sala fue irregular el procedimiento empleado por el Tribunal al ordenar un nuevo avalúo de la acción, sin obtener que los primeros peritos estimaran también el valor de los frutos civiles de la casa reclamada por la actora y sin desechar el dictamen de ellos, fundado en razones evidentes, y resulta ilegal la denegación del recurso de casación con apoyo en el segundo peritazgo, sin decidir previamente la objeción que le hizo la demandante, de error grave, por no haber estimado los peritos el valor de los frutos civiles de la casa objeto del litigio.

Es incuestionable que la cuantía de la acción comprende no sólo el valor de la casa, sino también el de los frutos civiles reclamados, y sea que se acepte que el valor de aquella es el de \$ 3.000, o el de \$ 2.833.20, es de toda evidencia que esa cantidad, unida al valor de los frutos en un lapso mayor de once años, asciende a una suma superior a \$ 3.000, que es la requerida para que el negocio sea susceptible de casación. De consiguiente, es preciso concluir que el recurso estuvo mal denegado, por lo cual debe prosperar el de hecho.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, admite el recurso de hecho de que se ha venido tratando, y, en consecuencia, concede el de casación interpuesto por la señora Margarita García contra la sentencia de fecha veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio ordinario a que alude el recurso de hecho que hoy se decide.

Oficiése al mencionado Tribunal, para que previa citación de las partes, remita el expediente original a esta Superioridad, para los efectos consiguientes.

Cópiese y notifíquese.

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

OBJECIONES A UNA PARTICION

Es muy nutrida la jurisprudencia de la Corte respecto de la acusación por infracción de los artículos 471 y 472 del Código Judicial. En ella se ha sostenido que esas disposiciones contienen reglas generales dadas por el legislador a los Jueces para la redacción de las sentencias y la manera de reconocer los derechos conferidos por la ley sustantiva, pero que esos preceptos, cuando por algún motivo hayan sido infringidos, no pueden por sí mismos motivar la infirmación de un fallo en casación, siendo como son de simple reflexión y orden para los Jueces, quienes si a ellos faltan, habrán infringido otras disposiciones que sí dan motivo a la casación; en ese caso lo que debe atacarse es la infracción de esas disposiciones, no la de los artículos 471 y 472.

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

ANTECEDENTES

Evangelina Zambrano Medina demandó a Emperatriz Medina de Rojas, Margarita Medina de Riaño, Helena, María Angelina, Inés y Rosa Medina, para que se decretara la división y partición ad valorem de la casa número 5-15 de la carrera 5ª, del barrio de Santa Bárbara de esta ciudad de Bogotá. Después de algunos incidentes, el Tribunal ordenó la división, dispuso que se rematara el inmueble y que su producto se repartiera a prorrata de los respectivos derechos de los comuneros.

Verificado el remate, aquéllos no se pusieron de acuerdo en la distribución del precio de él, y solicitaron del Juez se designara un partidior, quien hizo la partición tomando por divisor el número de las sobrinas designadas en el testamento, y así obtuvo un cociente igual para cada una de las comuneras.

La parte demandante no se conformó con la partición y le formuló tres objeciones, que pueden concretarse así: a) Que la mitad de la casa legada o su precio, pertenece a su representada Evangelina Zambrano, y la otra mitad a las demandadas; b) Que el partidior no tuvo en cuenta las costas comunes de la partición, que

son de cargo de los interesados, a prorrata, y c) Que la legataria demandante, como dueña de la mitad del inmueble legado, tiene derecho a los frutos civiles proporcionales desde la muerte de las usufructuarias.

Surtida la articulación correspondiente, el Juez declaró infundadas las objeciones primera y tercera, probada la segunda, y dispuso se rehiciera la partición de acuerdo con la objeción aprobada.

Este proveído se notificó por estado el 16 de agosto de 1940. El 20 del propio mes, el apoderado de la parte actora fue notificado personalmente e interpuso recurso de apelación. El Juez negó la concesión del recurso, la reposición que se le pidió, y dispuso que le expidieran al apelante las copias solicitadas para recurrir de hecho ante el Tribunal Superior. Esta entidad consideró que el recurso de apelación había sido denegado con entera razón y devolvió los autos al Juzgado.

Rehecha la partición de acuerdo con lo dispuesto por el Juzgado, éste la aprobó, y apelada por el apoderado de la parte demandante esa decisión, el Tribunal Superior la confirmó en fallo del 18 de mayo de 1942, contra el cual se interpuso el presente recurso de casación, que hoy se estudia y decide.

Llámase la atención de manera apremiante, al hecho de que las decisiones relativas a la primera y tercera objeción, es decir, a las cuotas que corresponden a cada uno de los comuneros y a que la legitimaria demandante, como dueña de mitad del legado, tiene derecho a los frutos civiles en proporción a su cuota, son decisiones ejecutoriadas, puesto que el Juez no concedió el recurso de apelación contra ellas interpuesto ni accedió a la reposición, y el Tribunal, en recurso de hecho, consideró que las actuaciones del Juez se habían ajustado a derecho. Rehecha la partición de acuerdo con la segunda objeción aprobada y confirmada por el Juez, el Tribunal al conocer de esa sentencia, no tenía jurisdicción sino para revisarla en lo que dice relación a la objeción segunda que se declaró probada, de suerte que el Tribunal no tenía por qué considerar las objeciones primera y tercera.

Prevía esta advertencia, se pasa a estudiar el recurso.

El primer cargo que formula el recurrente es el de no estar la sentencia en consonancia con

las pretensiones oportunamente aducidas por las partes. Se apoya en que el sentenciador al desconocer que la demandante era dueña de la mitad de la casa legada, de acuerdo con la cláusula testamentaria, infringió las disposiciones de los artículos 471 y 472 del Código Judicial por no haberlos aplicado al caso del pleito o por haberlos aplicado de una manera indebida.

Es muy nutrida la jurisprudencia de la Corte respecto de la acusación por infracción de los artículos 471 y 472. En ella se ha sostenido y dicho que las disposiciones de esos mandamientos son reglas generales dadas por el legislador a los Jueces para la redacción de las sentencias y la manera de reconocer los derechos conferidos por la ley sustantiva, pero que estos preceptos, cuando por algún motivo hayan sido infringidos, no pueden por sí mismos motivar la infirmación de un fallo en casación, siendo como son de simple reflexión y orden para los Jueces, quienes si a ellos faltan, habrán infringido otras disposiciones que sí dan motivo a la casación; en ese caso, lo que debe atacarse es la infracción de esas disposiciones, no la de los artículos 471 y 472.

El segundo cargo que se alega es de que el Tribunal se abstuvo de conocer del asunto sometido a su decisión, reconociéndolo así en el fallo.

Fúndase esta causal en que el sentenciador, en auto de fecha 31 de marzo de 1939, apuntó que en la sentencia de partición se determinaría la cuantía del derecho que le correspondía a cada uno de los comuneros, y como sobre este extremo no se falló, incurrió en la causal apuntada por el recurrente.

Con relación a esta acusación, ha de recordarse que el Juez negó la objeción correspondiente a la cuantía que debía corresponderles a los comuneros en el valor del producto del remate, considerando que la suma producto de esa enajenación judicial, debía repartirse por iguales partes entre los comuneros, interpretando la cláusula del testamento, que así reza:

"Mi casa de esta ciudad, cuyos títulos quedan en mi escritorio (la dejo), a mis hermanas Joaquina Medina y Eudisia Medina, para que las disfruten como gusten durante su vida, sin venderla, pues inmediatamente después de su muerte, pasará a ser de mis sobrinas Emperatriz Medina y sus hermanitas, hijas de mi hermano doctor Juvenal Medina, existentes en la fecha de este testamento, y de mi sobrina Evangelina Zambrano Medina, hija de mi hermana Zoila Medina, viuda de Cipriano Zambrano, por partes iguales."

Esa decisión del Juez, como se ha visto, quedó ejecutoriada y por lo tanto en firme, de suerte

que el Tribunal no tenía jurisdicción para conocer de una objeción que había sido negada definitivamente por el Juez, sin que en ninguno de los recursos interpuestos contra ese proveído, prosperara, de donde se desprende que el Tribunal no podía fallar sobre una cuestión que no estaba a su estudio, por haber sido resuelta de manera definitiva e intocable, por el Juez de la instancia.

De esto se desprende que el fallador de Bogotá no tenía jurisdicción para estatuir nada sobre el derecho de cada comunero, y por ello no podía fallar una cuestión que no le fue sometida a su consideración.

Como tercer reparo, invoca el recurrente la violación del artículo 1209 del Código Civil en relación con el 1207, ya que la asignación conjunta a Emperatriz Medina y a sus hermanas, y a Evangelina Zambrano Medina, por partes iguales, debe entenderse que Emperatriz Medina y sus hermanas lo son de una parte o cuota, o sea la mitad, siendo la otra parte o cuota de la otra mitad de Evangelina Zambrano. Así razona el recurrente para fundar esta causal.

Se ha visto ya que ese asunto, dilucidado por el partidador y fallado por el Juez, de manera adversa a las pretensiones del recurrente, quedó ejecutoriado desde la primera instancia y por consiguiente escapaba a la jurisdicción del Tribunal.

Pero en el supuesto de que esta acusación tuviera algunos visos de legalidad, era indispensable, para que ella prosperara, que se hubiera acusado por error de hecho evidente en la interpretación de la cláusula del testamento, atrás citada. La simple lectura de esa disposición testamentaria y su clara redacción, no dan asidero para considerar que la interpretación dada por el partidador y por el Juez, acusara un evidente error de hecho.

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

1. No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el diez y ocho de mayo de mil novecientos cuarenta y dos.

2. Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

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

FILIACION NATURAL

(Siendo la doctrina de este fallo igual a la que contienen otras sentencias de la Corte cuya doctrina aparece extractada al principio de los referidos fallos, a ellos remitimos al lector).

LA DIRECCION

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

María Escolástica Pérez Mejía de Triana presentó el 22 de febrero de 1940 demanda ante el Juez Primero del Circuito de Ibagué, contra Luis María, Luis Felipe y Joaquín Mejía Arango, Rosa Bonilla de Mejía y Blanca Inés Mejía, para que se declarara que la demandante es heredera legítima de Antonio Mejía Arango en su calidad de hija natural de éste, y para que se declararan nulos o se reformaran los tres actos testamentarios del expresado Antonio Mejía Arango, por cuanto la actora sostiene que siendo hija natural del causante los bienes de éste le pertenecen.

El hecho fundamental de la demanda, y que da base a las demás peticiones, las de nulidad o reforma de los actos testamentarios, es la declaratoria impetrada en el hecho primero, sobre que la demandante es hija natural de Antonio Mejía Arango, no en virtud de un reconocimiento previo de tal carácter, sino que la demandante intenta en este juicio obtener la declaración a su favor de filiación natural respecto de Antonio Mejía Arango, quien falleció antes de que se iniciara esta litis.

La demandante señaló como demandados a los hermanos de Antonio Mejía Arango, a quienes éste instituyó herederos en su testamento.

El Juez *a quo* reconoció la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería de la parte demandada y negó todas las peticiones de la demanda.

Apelada la sentencia por la parte vencida, el Tribunal Superior de Ibagué, en fallo de 10 de abril de 1942, la confirmó.

Interpuesto el recurso de casación por la parte demandante, concedido y tramitado debidamente, pasa a decidirse.

El Tribunal de Ibagué motiva y funda así su sentencia:

“La jurisprudencia colombiana sobre filiación natural, formada con posterioridad a la vigencia de la Ley 45 de 1936, en repetidas ocasiones ha admitido la tesis de que es causa extintiva de la acción para investigar la paternidad, el fallecimiento del padre; y la honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia reciente, al disertar sobre lo que se acaba de consignar, expresó lo siguiente: ‘El estatuto patrio no fijó términos perentorios para el ejercicio de la acción; y en cambio, éste es el argumento básico de la tesis sustentada en este fallo, la Ley 45 si señaló de manera tácita o implícita la muerte del padre natural como causa de la extinción de la acción, como pasa a demostrarlo la Sala. El artículo 7º de la Ley 45 de 1936 dispone que son aplicables a las controversias sobre filiación natural los artículos 401, 403 y 404 del Código Civil....’ Los anteriores textos (los que acaban de citarse) son de tan diáfana claridad, que no es necesario acudir a reglas complicadas de hermenéutica para conocer e interpretar su sentido. Estatuven y consagran que en controversias de esta índole sólo es legítimo contradictor el padre contra el hijo o viceversa, y que siempre que esté comprometida la paternidad deberá intervenir el padre forzosamente, so pena de nulidad. En este expediente se ha venido debatiendo en su fondo y en su forma una cuestión de derecho muy semejante a la que le tocó dilucidar a la Corte Suprema cuando revisó dos juicios ordinarios sobre filiación natural, precedentes, uno del Tribunal Superior de Neiva y otro del Tribunal Superior de Santa Marta.... Ambas sentencias fueron casadas por la más alta autoridad del país, y por consiguiente, revocando los dos reconocimientos de hijos naturales por haberse demostrado suficientemente la procedencia de la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de los demandados, invocada en ambos procesos; tanto el un presunto padre como el otro habían fallecido antes de promoverse la correspondiente acción ordinaria sobre filiación natural, y en cada uno de los dos juicios absolvió el Supremo Tribunal a la parte demandada, por considerar que todas las personas señaladas como demandadas carecían de capacidad jurídica para ser parte en juicios civiles de esta índole..... Si uno de los recursos defensivos suplicados por los demandados al evacuar el traslado de la demanda tiene prosperidad, si la excepción de ilegitimidad de per-

sonería de que se ha tratado la encuentra precedente esta corporación, y si a la misma conclusión había llegado el fallo del Juzgado, lo aconsejado y lo que el procedimiento reclama es confirmar la sentencia recurrida....”

El recurrente, alegando la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, señala como violados los artículos 401, 403 y 404 del Código Civil por indebida aplicación al caso del pleito.

La argumentación del recurrente está basada en que estos artículos dan normas para la impugnación de la legitimidad y no son por ende aplicables cuando se trata de la declaración de paternidad natural. Dice el recurrente: “Con esta lógica clarísima, informada en consideraciones obvias, nuestro Código Civil trae los principios contenidos en los artículos 401, 402, 403 y 404, que dan normas sustantivas y procedimentales para los casos de impugnación de la legitimidad; es decir, para cuando se ventilen juicios tendientes a obtener que la legitimidad de que goza un individuo, que ya reside en su patrimonio moral por imperativo legal —no la que pretende que se le reconozca— es verdadera o falsa.”

Sentada esta premisa, el recurrente concluye 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. Y así tenía que ser, porque discutiéndose un estado ya establecido del hijo, su legitimidad, los dos extremos en la controversia claro que se conocen suficientemente y por propio ministerio de la ley..... No así en los casos en donde el proceso judicial va precisamente a investigar quién es el padre o quién es el hijo para reconocerlo así en el fallo. Injurídico e ilógico el pretender siquiera sostener que cuando se está investigando una filiación para reconocerla, pueda ser legítimo contradictor precisamente la persona que se desconoce y que se busca..... En ninguna parte dijo la Ley 45 que en los juicios aclarativos de filiación, como es el de que aquí se trata, debía el padre forzosamente intervenir, no podía decirlo; todo lo contrario, dijo simplemente que en los juicios de filiación son parte el hijo por sí mismo o representado por quien ejerza su patria potestad o su guarda, cuando es incapaz; la persona o entidad que haya cuidado de la crianza o educación del menor y el Ministerio Público.”

Como cargo subsidiario alega el recurrente violación de la ley por interpretación errónea de los artículos 401, 403 y 404 del Código Civil, en el supuesto de que fueran aplicables al caso del pleito y “la interpretación equivocada, según palabras del recurrente, consiste en entender que el legítimo contradictor a que se refiere la

ley no puede ser sino el supuesto padre natural, directamente, y no los herederos de éste.”

La Corte considera:

Cuando se planteó por primera vez ante la Corte un caso semejante al presente, esta corporación, tras prolijo estudio, sentó para interpretación del artículo 7º de la Ley 45 de 1936 y también para la interpretación de dicha Ley en lo que a la investigación de la paternidad natural corresponde, ciertas normas, que es pertinente tener en cuenta en la decisión de este asunto:

a) Anté el principio que contenía la antigua legislación francesa sobre prohibición de la investigación de la paternidad natural, como rección contra el abuso y el *chantage* que se presentó en Francia, por aplicación del principio *virgini proegnati creditur*, prohibición que luego modificó y atenuó la ley francesa de 1912, el Código Civil colombiano mantuvo principios de amplitud sobre tal investigación. La Ley 153 de 1887 limitó esa investigación y la condicionó en la forma y términos establecidos por los artículos 66 a 69 de dicho estatuto, y la Ley 95 de 1890, en su artículo 7º, estableció la presunción de reconocimiento por parte de la madre respecta de los hijos concebidos por ella, siendo soltera ò viuda. La limitación impuesta por el artículo 68 de la Ley 153, dejaba al presunto hijo natural casi imposibilitado legalmente para obtener el reconocimiento de su filiación natural por medio de la investigación de la paternidad, y la Ley 45 de 1936 vino a terminar con esa imposibilidad, dándole a quien se pretende hijo natural los medios legales adecuados para defender su situación, y por eso permitió la investigación de la paternidad y la declaración judicial de ella en los casos y términos establecidos por el artículo 4º de dicho estatuto, que en parte reprodujo los principios y normas de los artículos 328 a 330 del Código Civil, que habían sido derogados por la Ley 153 de 1887..

b) La Ley 45 de 1936 se inspiró en parte considerable en la ley francesa de 1912; pero se apartó de ella en cuanto al término durante el cual se puede demandar judicialmente la investigación de paternidad; al paso que la ley francesa limitó ese lapso, que no puede pasar de un año, contado desde la mayor edad del hijo, cuando durante su minoridad la persona que tenga su guarda no ha ejercitado esa acción, la ley colombiana (artículo 7º) se abstuvo de señalar tal plazo y lo condicionó en la forma establecida por los artículos 403 y 404 del Código Civil, de cuya interpretación y aplicación resulta que durante toda la vida del padre puede ejercitarse contra él la acción de investigación de la paternidad natural y contra los herederos

del padre, siempre que la acción se haya entablado en vida de éste.

c) Comparando el estatuto colombiano (artículo 7º citado) con otros similares que rigen en países de civilización jurídica avanzada, se concluye que el estatuto nacional mencionado es más generoso y más amplio que el de la mayoría de esos países. Los doctrinantes y los legisladores han visto muy claro que una acción judicial, no sólo sobre filiación natural sino todas las que atañen a la filiación en general, no deben tener un carácter de indefinidas, en cuanto al tiempo en que se ejercitan, por cuanto la estabilidad y tranquilidad de la familia, base de la sociedad, está de por medio y queda comprometida, y porque el estado civil de las personas no puede dejarse indefinidamente a la voluntad de la parte interesada, del hijo que pretende obtener la declaratoria de que es natural, para que entable la acción pertinente cuando a bien le parezca. El argumento consistente en que si el hijo no ejercita esa acción durante la vida del padre por no verse expuesto a perder los auxilios que éste le suministra, no tiene ningún valor jurídico ni es lógico en manera alguna, por cuanto si el hijo tiene las pruebas adecuadas para demostrar su filiación natural, los auxilios que el padre le suministra tendrán ya el carácter de legales y no de mera beneficencia, y el hijo obtendrá su estado civil de natural.

d) El legislador colombiano, sin duda, comprendió muy bien lo anterior, y si permitió que durante toda la vida del padre se pueda entablar contra éste la acción de investigación de la paternidad, limitó el ejercicio de tal acción en la forma como lo disponen los artículos 403 y 404 del Código Civil, o sea que el pretendido hijo natural tiene toda la vida del padre para ejercitar su acción, y que muerto aquél esa acción no termina por morir el padre antes del fallo, siempre, eso sí, que la demanda se haya entablado durante la vida del padre.

e) En materia de plazos para entablar demandas relativas al estado civil de las personas, en lo que respecta a la filiación, la ley es estricta y fija términos perentorios como los establecidos por los artículos 217, 221, 222 y 223 del Código Civil, y aun más: la acción de impugnación de la legitimidad viviendo el padre no corresponde sino a éste, quien debe entablarla dentro de un término muy corto y fatal. La fijación de esos plazos, cortos y precisos, depende, como ya se expresó, de la estabilidad de la familia y de la firmeza del estado civil, por lo cual se preocupa mucho el legislador, y con razón, y es de observar que respecto de los pretensos hijos naturales, en que se ventila una cuestión del estado civil, el legislador colombiano es más amplio en cuanto al término para

ejercitar la acción, toda la vida del padre, que cuando ese estado civil se relaciona con la filiación legítima, sesenta días, por regla general, desde que el padre tuvo conocimiento del nacimiento del hijo.

Los artículos 403 y 404 del Código Civil tienen una operancia directa en los juicios sobre investigación de la paternidad natural, no por el concepto de principio general únicamente, sino por disposición expresa del legislador, que en el artículo 7º de la Ley 45 de 1936 estatuyó que las reglas de los artículos 395, 398, 399, 401, 403 y 404 del Código Civil, se aplican también al caso de la filiación natural. Ahora bien: el artículo 403 establece que siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio so pena de nulidad. Ese artículo se refiere a la paternidad legítima y es aplicable a la natural, por disposición expresa de la ley, lo cual es incontrovertible. Luego cuando el padre no puede comparecer, porque ya falleció, el proceso no puede entabarse, so pena de nulidad; en otros términos, la acción queda extinguida, como se extingue en la legislación francesa cuando el hijo llegado a la mayor edad deja transcurrir un año, sin entablar la acción.

Y tan cierto es lo anterior, que el artículo 404, que es una excepción, confirma la regla por cuanto los herederos del presunto padre natural tienen aptitud legal para representar a éste, siempre que haya fallecido antes de la sentencia, pero no antes de la iniciación del juicio.

Y la anterior es la interpretación y alcance que la Corte le ha dado al artículo 7º de la Ley 45 de 1936 en relación con los artículos 403 y 404 del Código Civil, como puede verse de las sentencias de fechas 26 de abril de 1940 (*Gaceta Judicial*, tomo 49, página 249), 30 de junio de 1941 (*Gaceta Judicial*, tomo 51, página 616), 22 y 30 de septiembre y 18 de noviembre del año pasado, aún no publicadas.

Sostiene el recurrente que los artículos 401, 402, 403 y 404 del Código Civil dan normas para la impugnación de la legitimidad, pero que no son aplicables cuando se trata de la declaración de la paternidad natural. No puede la Corte aceptar este argumento, por lo siguiente: si bien es cierto que las normas de los artículos 401, 402, 403 y 404 se referían en principio a los fallos judiciales en que se ventila la legitimidad del hijo, también lo es que por expresa disposición del legislador, consagrada en el artículo 7º de la Ley 45 de 1936, son de aplicación para los juicios en que se ventila la cuestión de la filiación natural. De otra manera, no tendría aplicación ni menos operancia el citado artículo 7º, y el pensamiento del legislador quedaría

anulado. Obsérvese que la Ley 45 de 1936, en su espíritu y en su texto establece el principio de la investigación de la paternidad natural y da los medios adecuados para ello, pero no se refiere, no podía referirse a la impugnación de esa paternidad, porque habría entonces que partir de la base de que tal paternidad está ya declarada, voluntaria o judicialmente. Cuando se impugna la legitimidad del hijo, es porque éste tiene el carácter de legítimo en virtud de la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrat*, lo que indica que en esos juicios es necesaria una situación jurídica preconstituida, un estado civil, que va a desvirtuarse judicialmente. En la Ley 45 de 1936 se contempla la situación contraria, o sea la de un estado civil, el estado civil del hijo natural, que va a establecerse o que se pretende establecer.

La tesis del recurrente lo lleva a afirmar que es "injurídico e ilógico el pretender siquiera sostener que cuando se está investigando una filiación para reconocerla, pueda ser legítimo contradictor precisamente la persona que se desconoce y se busca."

No comparte tampoco la Corte esta conclusión, que es contraria a los principios generales que rigen el sistema procesal, que pugna con el derecho de defensa y que viola el texto constitucional que enseña que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio. Una demanda, cualquiera que sea su naturaleza, no se entabla sino precisamente contra el que niega o desconoce el derecho que invoca el demandante; el demandado, en ese caso, es el legítimo contradictor en el pleito, y por eso cuando la acción no se ejercita contra éste, fatalmente el litigio es desfavorable al demandante por falta de personería en el demandado. Luego en un juicio sobre investigación de la paternidad, la acción debe dirigirse contra el presunto padre, que desconoce o niega tal paternidad, y mal podría dirigirse contra ninguna otra persona. El principio anterior aparece aún más incontrovertible, en tratándose de las relaciones de familia, del estado civil de las personas, en que sólo pueden ser parte, taxativamente, las personas directamente interesadas o afectadas por ese estado. Por eso en tratándose de la impugnación de la legitimidad, sólo el padre puede demandarla, y la demanda contra el hijo, cuando el padre vive, y muerto éste, sólo la demandan, también contra el hijo, las personas indicadas expresamente por la ley, que es a quienes compete la acción.

Además del principio que acaba de mentarse, existe el texto legal claro y expreso, consignado en el numeral 7º de la Ley 45 de 1936, que se

refiere a los artículos 403 y 404, y el texto del primero establece que el legítimo contradictor es el padre contra el hijo o el hijo contra el padre.

En las sentencias citadas en este fallo, quedaron expuestas las razones en que se apoyó la Corte, en la interpretación de los artículos 403 y 404 del Código Civil, y es inoficioso repetir las. Partiendo de la base de que el padre es legítimo contradictor en los juicios sobre investigación de paternidad, y de que muerto éste lo representan sus herederos, cuando aquél ha fallecido antes de la sentencia, la Corte ha sostenido la doctrina de que muerto el contradictor legítimo, el padre, antes de que se entable el juicio sobre investigación de la paternidad, la acción queda extinguida.

Además, interpretando también los textos mencionados, ha decidido unánimemente que la acción que puede ejercitar el que se pretende como hijo natural, no pasa a los herederos de éste, y es oportuno además agregar que la Corte, unánimemente también, fijó el alcance del artículo 12 de la Ley 45 de 1936, en sentencia de fecha 12 de agosto de 1941 (*Gaceta Judicial*, tomo LII, número 1978, página 180), en la cual sostiene que la intervención que la ley da al Ministerio Público en los juicios sobre investigación de la paternidad, no lo convierte en contradictor legítimo, como lo sostuvo el Tribunal de Medellín, cuya sentencia casó la Corte en el fallo que acaba de citarse.

No siendo fundados pues los cargos hechos contra la sentencia recurrida, ésta debe permanecer en pie. Los argumentos aducidos por el Magistrado disidente del Tribunal de Ibagué, han sido estudiados en los fallos citados en esta sentencia, y la Corte ha negado a la conclusión de que carecen de fuerza jurídica y legal, contra la doctrina que ha sostenido esta corporación en tales fallos y que sostiene hoy de nuevo, en esta sentencia.

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

Sin costas en el recurso.

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

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

SALVAMENTO DE VOTO

de los señores Magistrados doctores Hinestrosa y Salamanca.

Con ocasión de las diversas sentencias proferidas por la Sala de Casación Civil, citadas en la que precede, hemos advertido nuestro disenso en torno de la cuestión central de la procedencia de la acción consagrada en la Ley 45 de 1936, contra los herederos del presunto padre natural cuando ha muerto éste antes de la iniciación del juicio.

Las razones fundamentales de nuestro personal parecer han sido ya expuestas y publicadas,

en forma que consideramos inoficioso reproducirlas nuevamente con oportunidad de la sentencia en que la mayoría de la Sala reitera su doctrina, y respecto de la cual nos limitamos a dejar a salvo nuestro voto en el sentido que ya se conoce.

Febrero 20 de 1943.

Ricardo Hinestrosa Daza—Hernán Salamanca.
Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO. APRECIACION DE LAS PRUEBAS EN CASACION. APRECIACION DE LOS INDICIOS.

1.—Al tratarse de revisar en casación la apreciación de las pruebas por el Tribunal, se ha usado con frecuencia el vocablo soberanía, un tanto exagerado y ocasionado por lo mismo a conceptos equívocos. No llega la facultad de aquél a ese extremo, y por esto los litigantes tienen y han tenido la de acusar tal apreciación por error que, cuando es de hecho, ha de aparecer de modo manifiesto en los autos, y cuando de derecho, consiste en que en ella se ha faltado a lo que sobre la misma, esto es, sobre estimación y valoración de tal o cuales pruebas, establece la ley. Esa ha sido la doctrina de la Corte. Para la apreciación de los indicios ha de distinguirse entre los antecedentes y la presunción que en éstos se apoya. Aquellos antecedentes han de establecerse plenamente por mandato del artículo 661 del Código Judicial. Las deducciones que de ellos deriva el juzgador implican una labor mental de que, en su caso, se deduce la convicción necesaria para decidir. El artículo 664 de esa obra, referente al caso de una sola presunción, refiere al “juicio del Juez” y termina refiriéndose a “su convencimiento”. Tanto esa disposición como el artículo 662 de allí y el 665 exigen gravedad, precisión y conexión de los indicios entre sí,

tal como lo hace el Código Civil en su artículo 1768, en lo tocante a la aludida labor mental, no sólo para deducir de ciertos antecedentes cierta presunción, sino también para relacionar éstas entre sí. Claro es que si esa labor se realiza en forma de dar una conclusión que, como advirtió la Corte en sentencia de 13 de julio de 1942, pugne con la realidad de los hechos, o esté ausente el elemento causalidad, indispensable en lógica, ese resultado no puede sostenerse ni respaldarse. Pero, hecha esta salvedad, la naturaleza y calidad de la prueba indicial imponen en casación las limitaciones que ha hecho presentes la Sala en ese fallo y en el de 20 de octubre del mismo año. Claro es que estas calidades de precisión y concordancia de los indicios no pueden tener una medida, por decirlo así, matemática, que marque el punto en que esa exigencia se llena o falta.

2.—El artículo 601 del Código Judicial contiene una regla general sobre apreciación de las pruebas. Cuando a ella se falta, se incurre en el consiguiente error, y si por éste se quebranta la ley sustantiva, se produce el motivo 1º de los del citado artículo 520.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Cursó en primera instancia en el Juzgado Civil del Circuito de Buga, y en segunda en el Tribunal Superior de allí, el juicio ordinario de Telésforo Lozano Potes contra su hermana Ana Gertrudis y su marido José Joaquín Rengifo, a fin de infirmar la compraventa solemnizada el 17 de mayo de 1929 por escritura número 449, ante el Notario de esa ciudad, en la que aparece don Francisco Lozano Lozano transfiriendo a aquel título a su prenombrada hija los inmuebles allí determinados, por precio que él declara recibido en moneda corriente.

El Juzgado, en su fallo de 25 de mayo de 1940, declara inexistente ese contrato y que lo que en ella aparece transferido y la demanda precisa no salió del patrimonio del señor Lozano, a cuya sucesión pertenece y deben los demandados devolverle, así como pagarle sus frutos a partir de la muerte del vendedor, a razón de \$ 60 mensuales. La sentencia los condena en costas y ordena cancelar la inscripción de aquella escritura en el registro.

Es de recordarse que la demanda está fechada el 18 de septiembre de 1939 y notificada a los demandados al día siguiente.

En el Tribunal, adonde subió el asunto por apelación de los demandados, entró al despacho para sentencia el 21 de marzo de 1941, y ella, con visible retardo, se dictó el 21 de mayo de 1942. Habiendo confirmado la del Juez, los demandados interpusieron casación, recurso que va a decidirse.

Los conceptos del demandante, acogidos en su mayor parte en esos fallos, se resumen así: don Francisco no tuvo ánimo de vender ni su hija Gertrudis de comprar, y no hubo entrega de lo vendido al comprador ni pago del precio al vendedor, todo ello porque lo que éste buscaba era aparecer en insolvencia, ante el peligro de persecución de sus bienes por los acreedores de un fiado suyo.

Las pruebas que condujeron a las referidas conclusiones de las sentencias consisten: en la declaración de don Francisco en su testamento en el sentido afirmado ahora por el demandante, la que corrobora las quejas de aquél aseveradas por sus confidentes al declarar aquí como testigos; en haber conservado don Francisco hasta su muerte la casa que dijo vender, habitándola en parte y percibiendo los cánones de arrendamiento del resto, y en la manera como la señora demandada y su marido justifican su negativa

a otorgarle escritura a don Francisco, en cuanto aducen motivos que excluyen y contradicen la afirmación de pago al contado en dinero efectivo hecha en la escritura.

Hallando en cada uno de estos hechos un indicio y relacionando éstos entre sí, fue como el Juzgado llegó, y con él el Tribunal, a fallar como queda dicho.

El abogado recurrente acusa por el motivo 1º de los del artículo 520 del Código Judicial, formulando como cargos la violación de las disposiciones sustantivas que cita, en virtud de error en la apreciación de las pruebas, las que analiza una a una con tal fin.

Al tratarse de revisar en casación la apreciación de las pruebas por el Tribunal, se ha usado con frecuencia el vocablo *soberanía*, un tanto exagerado y ocasionado por lo mismo a conceptos equivocados. No llega la facultad de aquél a ese extremo, y por esto los litigantes tienen y han tenido la de acusar tal apreciación por error que, cuando de hecho, ha de aparecer de modo manifiesto en los autos, y cuando de derecho, consiste en que en ella se ha faltado a lo que sobre la misma, esto es, sobre estimación y valoración de tal o cuales pruebas establece la ley.

“Cuando se trata de valorar y estimar la prueba indiciaria —dijo la Corte en sentencia de esta Sala de 13 de julio último, rememorando y reafirmando lo dicho por ella en otros fallos— no se comete por el juzgador error de hecho sino en casos especiales, en que su interpretación repugna con la evidencia clara y manifiesta que arrojan los autos. Se deduce rectamente esto de las normas que modelan la estimación de este medio probatorio, en especial del artículo 672 del Código Judicial. En casación no es procedente la acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de los indicios, sino en casos especiales en que su interpretación por el juzgador ha sido tan absurda que pugna con la manifiesta evidencia de los hechos....”

Análogamente se expresó esta Sala en sentencia de 20 de octubre, también del año próximo pasado. Estos fallos no se han publicado aún en la *Gaceta Judicial*. Entre otros que si lo han sido cabe citar el de 9 de abril, igualmente de 1942. (*Gaceta Judicial*, volumen LII, página 303).

Sabido es que ha de distinguirse entre los antecedentes y la presunción que en ellos se apoya. Aquéllos han de establecerse plenamente por mandato del artículo 661 del Código Judicial. Las deducciones que de ellos deriva el juzgador implican una labor mental de que, en su caso, se deduce la convicción necesaria para decidir. El artículo 664 de esa obra, referente al caso de una sola presunción, defiere al “jui-

cio del Juez" y termina refiriéndose a "su convencimiento."

Tanto esa disposición como el artículo 662 de allí y el 665 exigen gravedad, precisión y conexión de los indicios entre sí, tal como lo hace el Código Civil en su artículo 1768, en lo tocante a la aludida labor mental, no sólo para deducir de ciertos antecedentes cierta presunción, sino también para relacionar éstas entre sí.

Claro es que si esa labor se realiza en forma de dar una conclusión que, como advirtió la Corte en su sentencia parcialmente transcrita, pugne con la realidad de los hechos, o esté ausente el elemento causalidad, indispensable en lógica, ese resultado no puede sostenerse ni respaldarse. Pero, hecha esta salvedad, la naturaleza y calidad de la prueba indicial imponen en casación las limitaciones que ha hecho presentes esta Sala en sus referidos fallos.

En el presente juicio, como ya se vio, el sentenciador analizó determinados antecedentes, cuya comprobación estimó satisfactoria, dedujo de ellos, en su conjunto, el convencimiento referido y, sobre esta base, levantó su decisión.

Si hubiese fallado por obra tan sólo de la declaración del señor Lozano en su testamento, la decisión carecería de respaldo, ante el solo artículo 1759 del Código Civil que fuese. Y como las declaraciones de testigos sobre las quejas de este señor respecto de su hija por no otorgarle ella escritura en que le devolviese sus aludidos bienes, no son sino una corroboración del concepto de Lozano expresado en esa cláusula testamentaria, a más de lo dicho se tendría que se habría pecado contra el artículo 667 del Código Judicial, puesto que se tomaría como pluralidad de indicios lo que no es sino uno solo.

El testamento fue cerrado y se otorgó el 17 de abril de 1931 y se protocoló con las diligencias de apertura y publicación el 30 del siguiente junio. En su copia traída a los autos con la demanda se lee lo atinente al contrato aquí contenido. Dice el testador que la escritura fue simulada, y que aunque reza un pago total, esto no es verdad, porque sólo recibió el de la tienda. Y como explicando el porqué de estas manifestaciones, agrega: "Para si lo tienen a bien los interesados en mi sucesión, solucionen lo más conveniente si fuere el caso y se distribuya proporcionalmente este valor según sus derechos, o bien que mi citada hija Gertrudis les ceda lo que estime les corresponde." (Folio 7, cuaderno 1º).

El Tribunal no incurrió en el error de ajustar su fallo a esta sola prueba, dando por verdadero el decir del vendedor y satisfaciéndose con esto, sino que simplemente encontró ahí un indicio cuya fuerza acentúa en atención a la circunstancia en que hizo esa manifestación Lozano,

pues se trataba de la solemnidad de un testamento otorgado al borde de su tumba.

El recurrente no ve en esta manifestación, aun hecha en ese acto, y en las quejas del mismo Lozano ante sus amigos, cuyos testimonios se han levantado en el proceso, sino un desequilibrio senil, dada la muy avanzada edad de don Francisco.

Bien se ve que ésta es una de las diversas interpretaciones que pueden imaginarse y presentarse, y bien se ve asimismo que la sola circunstancia de idearse, así sea con fundamento, una interpretación distinta de la que el sentenciador ha deducido, no basta para conceptuar que ésta sea errónea. En otras palabras, aun dentro de la lógica caben interpretaciones distintas de un mismo hecho y, en cuanto de ella no se salgan, no puede decirse que la escogida por el juzgador sea la que ha de desecharse. Las disposiciones de la ley procedimental atrás citadas dan al Juez la potestad de que se ha hablado y, por otra parte, las que reglamentan el recurso de casación imponen las limitaciones consiguientes al deber del recurrente de demostrar error, ya de derecho, ya de hecho, tal como se ha recordado también aquí.

El hecho básico, el antecedente está plenamente comprobado con la copia del testamento, en cuanto éste contiene la transcrita declaración de don Francisco. Al respecto hasta sobran los aludidos testimonios. No cabe, pues, pensar en error de hecho; tampoco en que lo haya de derecho por encontrar el sentenciador un indicio en las afirmaciones del vendedor hechas en aquel momento y circunstancias. Repítese que el Tribunal no decidió con esta sola base, sino que en ella encontró un indicio, en cuya deducción bien se ve que la lógica no está ausente.

Las declaraciones de testigos a que se hace referencia se hallan en el cuaderno 2º (folios 48 a 52) y en el 4º (folios 15 a 17).

Otro de los indicios en que el Tribunal se fundó consiste en la discrepancia entre la declaración de la escritura sobre pago del precio y las afirmaciones sobre éste hechas por los demandados en sus cartas oportuna y debidamente traídas al proceso, y en las posiciones absueltas por ellos a petición del actor. La señora Gertrudis respalda su negativa a devolverle a su padre los bienes que éste dijo venderle, invocando la herencia materna de ella y lo que por esta causa él le debía, por lo cual sugiere una dación en pago ante la cual no cabe lo que de éste dijo la escritura; y su marido habla análogamente de que con ésta hacia el señor Lozano a su hija la restitución de lo que por años le había retenido (cuaderno 2º, folios 13, 26, y 5 a 8).

La escritura dice en lo pertinente: "Que el precio de esta venta es la cantidad de diez y seis mil pesos (\$ 16.000.00) oro legal colombiano, que el exponente confiesa tener recibido de manos de la compradora en moneda corriente y a su entera satisfacción...." (Cuaderno 1º, folio 1 vuelto).

El Tribunal encuentra en las referidas declaraciones de los demandados una confesión, no de cuanto el demandante sostiene contra la compraventa; pero sí de lo que éste aduce como uno de los hechos fundamentales de su demanda acerca de algo tan trascendental en este contrato como es el precio y su pago. En el hecho en sí, como antecedente, a esto se limita el Tribunal, y como esa discrepancia salta a la vista, mal puede hallarse error en la apreciación de estas pruebas. Y a su turno, no se le halla tampoco en que de ese hecho deduzca un indicio contra la veracidad del contrato.

El otro indicio en que el sentenciador se funda consiste en haber conservado el vendedor las referidas casas hasta su muerte. De los varios elementos probatorios aducidos por el demandante para acreditar este hecho, el recurrente se refiere de modo especial a las declaraciones de la señora Escobar de Henao y señorita Henao, acogidas como elementos de juicio por el Tribunal, para anotar que ellas se refieren a época anterior a la escritura, en cuanto afirman que el señor Lozano les exigió la entrega de la casa, de la que eran inquilinas suyas. A más de que estas declaraciones no son prueba única, porque hay otras, se observa que no pierde su fuerza probatoria aquel testimonio en el sentido en que lo acogió el Tribunal, porque la desocupación no fuese inmediata, esto es, porque para llegar a ella mediase un lapso más o menos largo a partir de cuando el arrendador la exigió. Más todavía: si esas dos declaraciones se descartasen, quedarían en pie los demás comprobantes de la conservación de esa casa en manos de Lozano, a pesar de haberle otorgado escritura de venta a su hija.

Esto se refiere a una de las dos casas que se formaron de la que como una sola figura allí. Respecto de la otra no se ha puesto en discusión su conservación en aquellas manos, es decir, las del vendedor, quien la habitó hasta su muerte.

El recurrente sostiene o al menos propone como explicación de este hecho el afecto de la hija por su padre anciano. Esta es una de las múltiples inteligencias que pueden darse a aquel hecho; y cabe observar lo mismo que ya se observó sobre la interpretación de otro de los indicios, a saber: cuando el sentenciador deduce lógicamente y con incuestionable relación de causalidad cierto indicio, no es aceptable calificar de errónea esa deducción por la sola

circunstancia de que en lo posible quepa formular una deducción diferente. Y si ello es así en tesis general, con más veras lo es dentro del recurso de casación, en donde es preciso demostrar error de hecho o de derecho en la forma tantas veces aquí recordada, y sólo así puede la Corte variar la apreciación hecha por el Tribunal.

Los artículos del Código Civil por cuyo quebrantamiento acusa el recurrente, son:

El 1602, por invalidarse sin causa legal la compraventa materia del litigio. Ya se vio que sí hay causa suficiente, dada la apreciación de indicios hecha por el Tribunal y que no puede alterarse por la Corte;

El 1626, por negar un pago hecho. Ya se vio que en fuerza de esa apreciación de indicios y de la confesión de los demandados sobre el pago, asignándole forma y fuente distinta de la aseverada en la escritura, no puede variarse el concepto del Tribunal adverso a la declaración que en ésta se hace sobre pago al contado y en moneda corriente;

El 1757, porque el Tribunal exonera al demandante de la carga de la prueba. Ya se vio que si la suministró este litigante y que no puede variarse la apreciación que de ella hizo la sentencia acusada;

El 1759, en cuanto el fallo desconoce la fuerza probatoria plena que contra sus otorgantes tiene la escritura pública referida. Ya se vio cómo y por qué se justifica la invalidación de la compraventa;

El 1761, en cuanto se necesitaria documento privado expresivo de obligación, y no lo hay. Ya se vio cuál es el conjunto de indicios de que derivó su convicción el Tribunal y, por otra parte, que las cartas y posiciones de los demandados infirman la declaración escrituraria sobre pago en dinero al contado; y, sobre todo, en relación con esta disposición legal, ya se vio que el Tribunal ve en ello una confesión, como efectivamente lo es, de que el pago no se efectuó, al menos en la forma expresada en ese instrumento; si, pues, hay una confesión sobre esté detalle en esas cartas y éste es uno de los hechos fundamentales de la demanda, no se ve quebrantada esa disposición;

El 1768, en cuanto exige que las presunciones judiciales sean graves, precisas y concordantes, y no lo son las deducidas por el Tribunal. Lo dicho ya aquí sobre este tema hace ver inadmisibles el cargo. Apenas habrá para qué agregar que estas calidades de gravedad, precisión y concordancia no pueden tener una medida por decirlo así matemática, que marque el punto en que esa exigencia se llena o falta, y que no puede variarse en casación la estimación de la prueba de indicios sino en los casos que ya se pusieron

de presente, entre los cuales no se halla el de estudio.

Acusa también el recurrente de violación de los artículos 91 y 93 de la Ley 153 de 1887, el primero de los cuales rechaza la prueba de testigos para alterar un acto o contrato contentivo de obligación mayor de \$ 500, y el segundo, si concede excepción a este precepto, la limita requiriendo principio de prueba por escrito. El cargo consiste en que el Tribunal admite prueba de testigos contra lo declarado en la escritura de compraventa, no habiendo ni siquiera ese elemento que le dé entrada.

El cargo no es admisible, porque, a más de que en primer lugar obran las declaraciones de las partes contratantes, en su testamento la del vendedor y en cartas y posiciones las de la señora compradora y su marido, estas cartas si constituyen principio de prueba por escrito en la forma y medida aquí ya analizada.

Acusa también de violación de los artículos 601, 637, 698 y 699 del Código Judicial.

El 601 contiene una regla general sobre apreciación de las pruebas. Cuando a ella se falta, se incurre en el consiguiente error, y si por éste se quebranta la ley sustantiva, se produce el motivo 1º de los del citado artículo 520. Esto es lo que ha hecho aquí el abogado recurrente. Como se ha visto, el Tribunal no incurrió en tal error.

El 637 señala la fuerza probatoria de los documentos privados. Ellos consisten aquí en las aludidas cartas, que vinieron en debida forma. No se justifica el cargo.

El 698 dispone lo que allí se lee sobre testigos de oídas. No es procedente el cargo, ni el de violación del artículo 699, porque el Tribunal al estudiar las declaraciones de testigos que depone sobre las quejas del señor Lozano no ve en ese dicho la prueba de la verdad de los hechos motivo de la queja, sino simplemente de que

Lozano se quejaba, y este proceder del Tribunal está autorizado cabalmente por esta última disposición. Además, aunque este cargo pudiese prosperar, no incidiría en casación, porque del concepto de Lozano quedaría en pie y sería suficiente su transcrita declaración testamentaria.

Tampoco se acepta el cargo fundado en que ha debido acogerse y se rechazó la excepción de cosa juzgada. Para fundarla se adujo la sentencia negativa de las pretensiones actuales del mismo demandante en juicio incoado por él en nombre propio, fallo debido a su carencia de personería para obrar por sí y, consiguientemente, no exhaustivo, pues cabalmente por esa falta de personería, el juzgador no estudió ni decidió la acción misma, no pudo entrar en el fondo. En contraste con lo ocurrido entonces, en este juicio Lozano Potes demanda en nombre de la sucesión del señor Lozano Lozano y para ella, como heredero de este señor. De paso se observa que esta calidad no se controvierte ni discute.

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 Buga el veintiuno de mayo de mil novecientos cuarenta y dos.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publiquese, cópiese y notifíquese.

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





REIVINDICACION

Es doctrina de la Corte la de que disuelta la sociedad conyugal, mientras no se verifique la liquidación y partición del caudal social, ninguno de los cónyuges puede reivindicar para sí, a título de gananciales, un bien que fue de la sociedad, o cuota determinada de él; y, por consiguiente, tampoco pueden ejercitar esta acción sus herederos o causahabientes. La acción previa procedente, cuando no se reivindica para la sociedad, es la de liquidación y partición, a fin de determinar lo que a cada uno de los partícipes correspondé.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaias Cepeda).

Los señores Germán y Graciela Mejía G. demandaron, por medio de apoderado y a nombre de la sucesión ilíquida de Hipólito Mejía U., el 18 de abril de 1938, ante el Juez Civil del Circuito de Sevilla, a los señores Luis Duque, Heriberto Gómez Jiménez, Jesús Antonio Gómez B. y María Trujillo de Gómez, para que se declare que pertenecen a la sucesión ilíquida de Hipólito Mejía U., representada por los demandantes y por Francisco Antonio Mejía G., las propiedades determinadas en el hecho 5º de la demanda; para que se les ordene entregar las respectivas propiedades, dentro del término que se les señale; para que se condene a cada demandado a pagar los frutos civiles de la correspondiente propiedad, desde la fecha en que la adquirió, y para que se les condene a pagar las costas del juicio.

Subsidiariamente pidieron que se resuelva que la indicada sucesión tiene mejor derecho que los demandados a que se le haga por el Personero Municipal la adjudicación de los lotes a que se refiere la acción.

Los hechos fundamentales de la demanda pueden sinterizarse así:

El señor Hipólito Mejía U., hallándose casado con la señora María del Carmen García, adquirió por compra que hizo al señor Isaias García, según consta en la escritura número 80, del 26 de agosto de 1913, otorgada en la Notaría de Zarzal, la totalidad de la finca sobre que versa

el pleito, la cual se dividió posteriormente en las distintas propiedades que hoy se quieren reivindicar.

Germán, Graciela y Francisco Antonio Mejía García, son hijos legítimos de Hipólito Mejía U. y de María del Carmen García de Mejía.

El causante de la sucesión, Hipólito Mejía U., falleció el 23 de febrero de 1914.

La señora María del Carmen García de Mejía, sin liquidar la sociedad conyugal que había formado con su marido Hipólito Mejía U., ni la sucesión de éste, transfirió a Isaias García, a título de dación en pago, varios inmuebles, entre ellos el que se trata de reivindicar, por escritura número 322, del 14 de mayo de 1915, otorgada en Pereira.

Admitida la demanda y corridos los traslados correspondientes, los demandados contestaron oponiéndose a la acción intentada; propusieron algunas excepciones perentorias, entre ellas la de "ilegitimidad de la personería sustantiva de los demandantes, por carencia de título para ejercitar la acción", la de "petición antes de tiempo y de modo indevido", la de "carencia de acción", y la de prescripción.

Los demandados denunciaron el pleito a sus respectivos antecesores en el dominio de las propiedades, de los cuales se hicieron parte en el juicio los señores Ricardo Angel y Arcadio Valencia.

Además, los demandantes desistieron del pleito contra el señor Heriberto Gómez Jiménez, por lo que hace a la finca poseída por él, según el hecho 5º de la demanda, desistimiento que fue admitido oportunamente.

Agotada la tramitación de primer grado, el Juez del conocimiento falló el pleito por sentencia de fecha doce de junio de mil novecientos cuarenta, así:

"1º La sucesión ilíquida de Hipólito Mejía U., representada por los herederos Germán, Francisco Antonio y Graciela Mejía García, es dueña exclusiva de los siguientes lotes de terreno ubicados en el área urbana de esta ciudad, por los linderos siguientes: a) Un lote de ocho metros de frente por veinticuatro de centro, que se determina así: Norte, predio de Arcadio Valencia, hoy de Jesús Antonio Gómez y señora; Sur, Calle Real o carrera del Pijao; Este, calle pública; y

Oeste, casa y solar de José Dolores López; y b) Un lote de doce metros de frente por ocho de centro, distinguido así: por el Oriente, calle 6ª; Occidente, predio de José Dolores López; Norte, propiedad de Heriberto Gómez Jiménez; y Sur, propiedad de Luis Duque.

Como consecuencia de la declaración anterior, condénase al señor Luis Duque y a los señores Jesús Antonio Gómez B. y Matilde Trujillo de Gómez a entregar, el primero, el lote marcado con la letra a), y los dos últimos, el lote marcado con la letra b), dentro del término de tres días de la ejecutoria de esta sentencia, a la sucesión de Hipólito Mejía.

3º Los demandados, como poseedores de buena fe, tendrán el derecho de retención sobre las mejoras que hubieren puesto en los lotes mencionados, para cuyo avalúo, así como el de los frutos civiles que están obligados a abonar, se procederá de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial.

4º Decláranse no probadas las excepciones perentorias de carencia de acción y de prescripción, propuestas por los demandados al contestar la demanda.

No se hace condenación en costas."

De este fallo apeló la parte demandada, y tramitado el recurso con las ritualidades propias de la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga lo confirmó en todas sus partes, sin condenar en costas, por sentencia del diez y nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

Tanto el Juez de la primera instancia como el Tribunal hallaron fundada la demanda, por haberse enajenado la finca de que se trata sin haberse liquidado previamente la sucesión de Hipólito Mejía.

El soporte principal de la sentencia del Tribunal está sintetizado en el siguiente párrafo:

"Ahora bien: si como aparece demostrado, Hipólito Mejía falleció el 23 de febrero de 1914 y su sucesión se halla aún ilíquida, no se ve cómo la cónyuge Carmen García pudo eficazmente disponer de un inmueble que hacía parte de un acervo en el cual apenas tenía las acciones correspondientes a su calidad de cónyuge superviviente. En efecto, muerto Hipólito Mejía sus bienes quedaron en una comunidad formada por su cónyuge y por sus herederos legítimos, y ninguno de ellos por sí podían enajenar eficazmente cosa alguna perteneciente a la comunidad, antes de que por medio de la partición el derecho o acción del enajenante se hubiera concretado y determinado en la cosa enajenada. De esto se concluye, como bien lo observó el señor Juez *a quo*, que la venta hecha por Carmen García fue de cosa ajena, pues como cón-

yuge sobreviviente no podía enajenar como cuerpo cierto ninguno de los bienes pertenecientes a la sucesión de su marido, porque antes de la partición de ésta existe una verdadera comunidad de cosa universal entre los herederos del causante y su cónyuge superviviente.

Por tanto, la enajenación de Carmen García está sometida a las reglas de los artículos 752, 779, 1401 y 1871 del Código Civil, sobre la validez y consecuencias de la venta de cosa ajena."

EL RECURSO

Contra la sentencia, del Tribunal interpuso recurso de casación la parte demandada, el que se pasa a decidir hoy, por hallarse debidamente preparado.

El señor apoderado del recurrente, con apoyo en la primera de las causales que señala el artículo 520 del Código Judicial, acusa la sentencia como violatoria de ley sustantiva y formula contra ella cuatro cargos, a saber:

I. Violación de los artículos 946, 1781, ordinal 5º, 1821, 1825 a 1830 y 1325 del Código Civil.

Sostiene el recurrente que como la demanda no fue promovida en nombre de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida que existió entre los señores Hipólito Mejía y Carmen García de Mejía, sino en nombre de los herederos de aquél, no se reúnen en el juicio los elementos requeridos conforme a los artículos 946 y 1325 del Código Civil para que pueda prosperar la acción.

El recurrente estudia ampliamente este aspecto, y hégo dice:

"Antes de efectuada la liquidación ninguno de los cónyuges puede ser considerado como dueño exclusivo de ninguno de los bienes que forman el haber social, de la misma manera que mientras una herencia permanece ilíquida ninguno de los herederos es dueño exclusivo de ninguno de los bienes de la sucesión, ni de parte determinada de ellos.

Por consiguiente, antes de verificarse la liquidación y partición del caudal social, ninguno de los cónyuges puede reivindicar para sí un bien que forma parte de ese caudal, y no teniendo esa acción los cónyuges, tampoco pueden ejercitarla sus herederos o causahabientes."

II. Error de derecho en que incurrió el Tribunal al decidir el pleito como si se tratara de venta de cosa ajena, error que lo llevó a violar los artículos 779 y 1401 del Código Civil, por errónea interpretación y aplicación indebida; 752 y 1781, por haberlos aplicado al caso del pleito, siendo inaplicables, y 1832, en relación con el 779 y con el 1401 del mismo Código, por no haberlos aplicado siendo aplicables para decidir que en el caso de que se trata no hubo venta de cosa ajena.

III. Error de hecho en que incurrió el Tribunal por no tener en cuenta la partida de matrimonio de Hipólito Mejía con Carmen García, y la escritura por la cual adquirió aquél el inmueble que se persigue, documentos que sirven para demostrar que dicho inmueble entró a formar parte de los bienes de la sociedad conyugal Mejía-García. Dice el recurrente que como consecuencia de este error el Tribunal violó las disposiciones legales antes citadas.

IV. Error de derecho en que incurrió el Tribunal al no declarar probada la excepción de prescripción, porque confundió la suspensión con la interrupción de ella, siendo así que son dos fenómenos jurídicos completamente diferentes. Sostiene el recurrente que en virtud de ese error la sentencia viola los artículos 2518, 2525, 2529 y 2530 del Código Civil.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

En concepto de la Sala son fundados los cargos de violación de ley sustantiva y de error de derecho, por las razones que a continuación se indican:

Teniendo en cuenta la fecha en que se verificó el matrimonio de Hipólito Mejía con María del Carmen García, y la de adquisición por Mejía de la finca sobre que ha versado el pleito, es incuestionable que dicha finca entró a formar parte del haber de la sociedad conyugal formada por aquéllos, conforme a lo dispuesto en el artículo 1781 —ordinal 5º— del Código Civil. De consiguiente, disuelta la sociedad conyugal dueña del inmueble, por muerte de Mejía, era indispensable proceder a la liquidación y partición del haber social, lo mismo que a la del haber de la sucesión de Mejía, para saber a quién o quiénes correspondía tal inmueble, con arreglo a lo ordenado en los artículos 1820, 1821 y siguientes del Código Civil, en relación con los 1398 y siguientes de la misma obra.

Enajenada la finca por la señora García de Mejía sin el lleno de aquellos requisitos legales, dispuso de cosa que pertenecía a la sociedad conyugal de que se ha hablado, y, por tanto, la acción de reivindicación ha debido iniciarse a nombre de la referida sociedad conyugal y para ella, porque mientras no se liquide su haber no puede saberse a quién corresponde la finca, ni, por lo mismo, si hubo venta de cosa ajena, según lo estatuido en los artículos 779 y 1401 del Código Civil.

No habiéndose iniciado la acción a nombre de la sociedad conyugal, no pueden hallarse reunidos los elementos que exigen los artículos 946 y 1325 del Código Civil para que aquélla pueda prosperar.

En corroboración de esta tesis el recurrente cita algunas jurisprudencias de esta misma Sala, que para mayor abundamiento conviene transcribir:

“Disuelta la sociedad conyugal, mientras no se verifique la liquidación y partición del caudal social, ninguno de los cónyuges puede reivindicar para sí, a título de gananciales, un bien que fue de la sociedad, o cuota determinada de él; y por consiguiente, tampoco pueden ejercitar esta acción sus herederos o causahabientes. La acción previa procedente, cuando no se reivindica para la sociedad, es la de liquidación y partición, a fin de determinar lo que a cada uno de los partícipes corresponde.” (Tomo I, número 3450).

“El heredero no puede reivindicar para la herencia bienes que hacían parte de la sociedad conyugal del causante, aunque no demandó sino la mitad de una finca de esa sociedad, mientras no se haya liquidado ésta y adjudicado la mitad del inmueble a los herederos del cónyuge difunto.” (Tomo II, número 2154).

“Los herederos del cónyuge difunto no pueden reivindicar para sí, sino para la sociedad conyugal, los bienes raíces que adquirió el causante a título oneroso durante el matrimonio. Si no reivindican para la sociedad conyugal, la acción es improcedente, pues mientras no se haya liquidado y partido ésta, no puede decirse que tales bienes pertenezcan al cónyuge sobreviviente y a los hijos del finado, particularmente.” (Tomo II, número 2166).

Acerca del punto que ha venido estudiándose, dice el señor apoderado de los opositores al recurso que es un medio nuevo, que no puede alegarse en casación, porque no fue objeto de discusión en las instancias del juicio.

A esto observa la Sala, de un lado, que tratándose, como se trata, de una cuestión de puro derecho, no cabe calificarla como medio nuevo, y, de otro, que habiendo propuesto oportunamente los demandados las excepciones perentorias de “ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora”, y de “carencia de acción”, que en el presente caso vienen a confundirse y a tener una misma causa, es claro que desde un principio se sometió a la consideración de la justicia el extremo jurídico atrás analizado. Y no importa que los demandados no hubieran explicado detenidamente los fundamentos legales de las excepciones propuestas, porque el juzgador tiene la obligación de declarar probadas, aun de oficio, las excepciones perentorias que encuentre debidamente justificadas, exceptuando la de prescripción, que debe siempre alegarse (artículo 343 del Código Judicial).

Con fundamento en lo dicho, debe prosperar el recurso de casación, para infirmar la sentencia del Tribunal y declarar probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante, absolviendo a los demandados de los cargos de la demanda, para lo cual sirven de base al fallo de instancia las razones que han quedado expresadas.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, con fecha diez y nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, y previa revocatoria de la de primer grado, pro-

ferida por el señor Juez Civil del Circuito de Sevilla el doce de junio de mil novecientos cuarenta, falla este pleito así:

Primero. Declárase probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante, y, en consecuencia, se absuelve a los demandados de los cargos de la demanda.

Segundo. Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

ACCIONES DE NULIDAD Y RESOLUCION.—ESTIPULACION POR OTRO.—RENTA VITALICIA.

1.—Ya ha decidido esta Corte que la acción de nulidad ejercitada como principal y la resolutoria como subsidiaria, son extremos que pueden hacerse valer de acuerdo con el artículo 209, numeral 3º, del Código Judicial, que permite 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. El mandamiento contenido en el artículo 209 del Código Judicial es, a pesar de su colocación, el código de leyes adjetivas, un precepto sustantivo, acusable en casación por su quebrantamiento, porque desconocer acciones que aun cuando entre sí son incompatibles y contrarias, pero que han sido propuestas una como principal y otra como subsidiaria, o unas principales y otras subsidiarias, es cosa que va al fondo de la cuestión y que resuelve sobre derechos sustantivos invocados por las partes, o mejor dicho, falla el pleito desconociendo de plano, por una cuestión meramente procedimental, derechos de vital importancia para los litigantes.

2.—En la estipulación por otro, el estipulante y el prometiende no contraen obligaciones recíprocas de ninguna clase, al paso que

en el contrato de renta vitalicia ambos contratantes se obligan recíprocamente. Esta modalidad, que es esencial, distingue un contrato del otro.

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

(Ponente: Magistrado doctor José Miguel Arango).

El apoderado judicial del presbítero Luis María Figueroa, demandó, en juicio civil, a Eladio y Olga María Nieto, para que la justicia declarara:

1º Que es absolutamente nulo por dolo, por parte del demandado Eladio Nieto, el contrato de compraventa que consta en la escritura pública número 522, de 14 de noviembre de 1924; 2º Que por consecuencia de la declaración anterior las cosas deben volver al estado que tenían antes de celebrar el contrato mencionado, restituyendo los demandados la casa y solar correspondiente de acuerdo con las prestaciones fijadas por la ley; 3º Que Figueroa no está obligado a devolver la suma de \$ 1.500 oro, que figuran como precio en el contrato de venta, porque éste en realidad no recibió precio alguno por la casa vendida.

Subsidiariamente se solicitó: a) Que se resolviera el contrato de que habla la escritura citada por no haber cumplido el comprador con la obligación de suministrar a la señora Eleuteria Carrero lo necesario para su congrua subsistencia, obligación contraída por Nieto en el contrato a que se ha aludido; b) Que deben restituír el inmueble con sus frutos naturales y civiles y pagar los perjuicios por el incumplimiento del contrato; c) Que en virtud de la resolución del contrato el demandante tiene acción de dominio contra terceros adquirentes, y que por lo mismo son ineficaces tanto el remate de la finca en la ejecución del doctor Rafael Espinosa contra Nieto, celebrado el 25 de julio de 1927, como la venta que el rematador Eusebio Villamizar hizo a Olga María Nieto por la escritura número 341, del 3 de agosto de 1927.

El Juez de la instancia consideró que la acción intentada por el presbítero Figueroa sobre nulidad absoluta del contrato ya mencionado, no podía prosperar, porque ella no era absoluta sino relativa, y ésta no se había hecho valer en juicio. Desconoció también la acción resolutoria por ser "petición improcedente, dada la fisonomía del acto jurídico que encarna, a todas luces, una estipulación alimentaria a favor de la señora Eleuteria Carrero, dejando en firme tal obligación por parte del promitente Eladio Nieto para con la beneficiaria en referencia."

Así, en estos términos está concebida la parte resolutoria del fallo.

Ambas partes apelaron de este proveído, y el Tribunal Superior de Pamplona, que conoció del asunto en segundo grado, en sentencia de 11 de febrero de 1942, revocó en todas sus partes el fallo apelado, y en su lugar dispuso: "Declarar la existencia de la excepción de petición de modo indebido, y absolver en consecuencia a los demandados de los cargos de la demanda."

Esta decisión se fundó en que las acciones incoadas son contradictorias y se excluyen, no pudiendo en consecuencia ejercitarse en una misma demanda.

El señor apoderado del presbítero Figueroa interpuso el correspondiente recurso de casación, que le fue concedido, y que hoy se estudia y decide, previas las consideraciones que siguen:

En dos memoriales funda el recurrente su recurso: el uno presentado ante el Tribunal Superior, y el otro ante esta Superioridad, ambos en tiempo, y alega como causal principal la violación de los artículos 343 y 209 del Código Judicial, a consecuencia del error de hecho y de derecho en que incurrió el sentenciador al considerar que la acción de nulidad, que se hizo valer como principal, y la de resolución como subsidiaria, eran opuestas, se excluían y no podían instaurarse en un mismo libelo de demanda.

Para la Sala la causal alegada prospera. Ya esta Superioridad, en varios fallos, que el recurrente cita y comenta, ha decidido que la acción de nulidad ejercitada como principal y la resolutoria como subsidiaria, son extremos que pueden hacerse valer de acuerdo con el artículo 209, numeral 3º, que permite 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.

Estos requisitos confluyen en el presente negocio. Si se reconoce la acción de nulidad absoluta y así se declara en el fallo, no hay para qué entrar a considerar la subsidiaria de resolución, porque probada la primera, el contrato deja de tener existencia jurídica y ya no podría, en esta situación, declararse resuelta una convención que ha dejado de tener vida jurídica. Si, por el contrario, se desecha la acción de nulidad, ha de considerarse, por esta decisión, que el contrato subsiste, jurídicamente hablando, y ese estado legal, bien puede resolverse, si se comprobare alguna de las circunstancias que la ley establece para la resolución de los conciertos o pactos civiles.

Considera la Sala que el mandamiento contenido en el artículo 209 del Código Judicial es, a pesar de su localización en el Código de leyes adjetivas, un precepto sustantivo, acusable en casación por su quebrantamiento, porque desconocer acciones que aun cuando entre si son incompatibles y contrarias, pero que han sido propuestas la una como principal y la otra como subsidiaria, o unas principales y otras subsidiarias, es cosa que va al fondo de la cuestión y que resuelve sobre derechos sustantivos invocados por las partes, o mejor dicho, falla el pleito desconociendo de plano, por una cuestión meramente procedimental, derechos de vital importancia para los litigantes.

En reciente fallo de esta Sala, de 10 de diciembre del año pasado, que aún no ha sido publicado en la *Gaceta Judicial*, se dijo:

"Estima la Corte que tampoco es fundada la decisión de la sentencia que considera demostrada la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda, y que hace consistir el Tribunal en que se han interpuesto en una misma demanda dos acciones o remedios contrarios e incompatibles entre si, como son a su decir las de la inexistencia por simulación y la de resolución por incumplimiento de la misma convención.

"A juicio de esta Sala, se ha interpretado equivocadamente el artículo 209 del Código Judicial. Habiéndose incoado esas dos acciones en forma eventual y subordinada, presentándose la primera como principal y la segunda como

subsidiaria, no hay en realidad incompatibilidad ni contradicción en el ejercicio sucesivo de esas dos acciones, ya que no habiéndose demostrado que ese pacto fuera simulado sino que tuvo o pudo tener una causa u objeto y un consentimiento real y lícito, bien podría suplicarse entonces, en forma subsidiaria, que se le declarara resuelto por falta del pago del precio.”

Esta tesis ya la había sostenido la Corte, entre otros, en el fallo de casación de 24 de marzo de 1942, *Gaceta Judicial*, tomo 53, página 259.

Esto es suficiente para infirmar el fallo materia del recurso, y la Sala, como Tribunal de instancia, asienta como base de su decisión, estas consideraciones:

Aun cuando el demandante pide que se declare absolutamente nulo por dolo el contrato celebrado entre Nieto y el presbítero Figueroa, ha de entenderse que la acción instaurada es la de nulidad relativa, no absoluta, como lo sostiene el Juez de instancia, porque el dolo, que vicia el consentimiento, no engendra aquella sino esta nulidad. Entre los hechos aducidos como fundamento de la demanda está el de que el demandado Nieto tuvo la intención positiva de inferir injuria a la propiedad del presbítero Figueroa, valiéndose de medios fraudulentos para obligarlo a celebrar el contrato materia de la demanda.

Como el dolo no se presume sino en los casos previstos por la ley, debe en los demás probarse, y esta es una obligación que le incumbe al demandante.

No se invocó ni un objeto o causa ilícita en la celebración del contrato materia de la litis, ni se alega omisión de algún requisito o formalidad de las que las leyes prescriben para el valor del acto o contrato en consideración a su naturaleza y no a la calidad de las partes contratantes, que son las únicas nulidades absolutas que reconoce la ley.

Tocándole al demandante comprobar el dolo alegado como fundamento de su acción de nulidad, hay que advertir que no cumplió con esa formalidad al presente. Acompañó como pruebas, para esa demostración, dos cartas firmadas por la señora Eleuteria Carrero, en las que suplica al presbítero Figueroa que le otorgue al señor Eladio Nieto, su compadre, la correspondiente escritura de la casa, porque el señor Nieto la ha tratado con muchas atenciones, lo mismo que su familia, y abriga la esperanza de que él verá por ella hasta su último día.

Las cartas mencionadas no fueron reconocidas por la Carrero, quien dijo que no sabía firmar y que no había recomendado a nadie para que las escribiera en su nombre. La tacha de falsedad no se sustanció, y no aparece demostrado por otros medios que el señor Nieto hu-

ciera escrito esas cartas, suplantando la firma de la señora Carrero, ni que las hubiera hecho escribir por otra persona, ni que él, ni ningún recomendado suyo las hubieran hecho llegar a manos del presbítero Figueroa, para que así pudiera decirse que Nieto usó de medios fraudulentos para inducir a Figueroa a que le hiciera escritura de la casa. Sin esta probanza no puede decirse que Nieto hubiera tenido intención positiva de inferir injuria a la propiedad del presbítero Figueroa, que es lo que constituye el dolo. (Artículo 63 del Código Civil).

Faltando esa comprobación, la nulidad del contrato por esa circunstancia, es decir, por falta de pruebas, no puede prosperar.

En cuanto a la acción resolutoria por incumplimiento de la cláusula contractual, que reza: “Que el precio de esta venta es el de \$ 1.500 oro legal, que el exponente tiene recibidos a su entera satisfacción de mano del comprador, quien queda obligado, como adición del precio de esta venta, a suministrar a la señora Eleuteria Carrero mientras ésta viva, lo necesario para su congrua subsistencia, obligación ésta que si el comprador no cumpliere estrictamente quedará de hecho resuelto el contrato de compraventa y los bienes, objeto de él, pasarán de nuevo a ser de propiedad del actual vendedor.” Cabe advertir que en autos no hay constancia de que el señor Nieto cumpliera o se haya allanado a cumplir esa estipulación.

La carta que figura en el proceso de 28 de enero de 1926, dirigida al presbítero Figueroa y firmada a ruego por Eladio Nieto, en que éste declara que le había suministrado a la señora una suma que monta \$ 359.46, en cumplimiento de la obligación contraída para con el presbítero Figueroa, fue desconocida por Nieto, quien la tachó de falsa. Tampoco se sustanció la correspondiente articulación sobre falsedad, de manera que Nieto tampoco ha demostrado que cumplió o estaba presto a cumplir la obligación de pasarle a la señora Carrero lo necesario para su congrua subsistencia.

Así las cosas, se presenta el problema jurídico de saber si esa cláusula a favor de la Carrero es una estipulación por otro, de acuerdo con el artículo 1506 del Código Civil, o si ella entraña la constitución de una renta vitalicia, de conformidad con el artículo 2287 del Código Civil.

El Juez de la instancia consideró que era una estipulación por otro, y que por tanto la señora Carrero era la única que podía demandar.

Para la Sala el contrato celebrado por Figueroa con Nieto es más bien el de la constitución de una renta vitalicia, que el de una estipulación por otro. En este contrato el estipulante y el prometiende no contraen obligaciones recíprocas de ninguna clase, al paso que en el contrato

de renta vitalicia ambos contratantes se obligan recíprocamente. Esta modalidad, que es esencial, distingue un contrato del otro, y ella se cumple totalmente en el contrato Figueroa-Nieto, en donde ambos se obligaron recíprocamente, y como en este contrato expresamente se estipuló que si no se cumpliera con la obligación de pagar la renta, el contrato se resolvía, es el caso de dar aplicación a esa cláusula contractual, aplicando el artículo 2294 del Código Civil.

Sea o no sea el contrato Figueroa-Nieto una estipulación por otro o una constitución de renta vitalicia, es lo cierto que en él figura de manera expresa una cláusula resolutoria para caso de no pagarse por Nieto la pensión estipulada, y se ha comprobado que éste no cumplió esa obligación, de donde se desprende, sin lugar a duda, que ese contrato debe resolverse en cumplimiento de la cláusula resolutoria expresa.

Aparece de autos, puesto que Nieto era el obligado a dar la prueba sobre el cumplimiento de la cláusula atrás mencionada, que éste no ha cumplido ni se ha allanado a cumplir la obligación contraída para con la señora Carrero, y en faltando esa comprobación, prospera la acción resolutoria.

En posiciones confesó Nieto que desde enero de 1926 para acá no le había dado nada a Eleuteria Carrero, primero, porque no tenía por qué darle, puesto que nada le debía, y segundo, porque estaba muy pobre y no tenía nada para regalar.

Con esta confesión pura y simple se comprueba que Nieto no cumplió una de las obligaciones contraídas en la escritura número 552, y por tanto ese contrato habrá de resolverse, pero como el presbítero Figueroa no recibió los \$ 1.500 de que habla la escritura en mención, como se comprueba, con la confesión de Nieto, aquél, al resolverse el contrato, no está obligado a devolver la mencionada suma. Esa confesión reza:

“Yo no le entregué dinero al presbítero Luis María Figueroa, porque él tenía que darme a mí un giro por valor de \$ 1.500.” Esta confesión está modificada por un hecho o excepción que debe probar el confesante, cual es el no haber entregado el precio, porque el presbítero Figueroa tenía que darle un giro por \$ 1.500, y como esa prueba no existe en autos, hay que considerar la confesión tal como se hizo, pura y simple.

Esta confesión de Nieto está en contradicción con lo confesado al responder a la tercera pregunta de otra nómina de posiciones que se le hizo absolver, donde dijo:

“Es cierto que en el acto mismo de firmarse la escritura, o sea allí dentro del local de la Notaría, no entregué suma alguna al presbítero Luis María Figueroa, pues, como lo he dicho ya,

el precio de la casa lo tenía pago. En cuanto a la clase de moneda en que hice el pago, explicaré así: Lo que le di al Padre Figueroa se lo di en plata y en billetes allá en mi casa y en distintas ocasiones, pues se lo di por partes y no puse testigos, puesto que los pagos se los hacía a una persona en mi concepto muy honorable.”

La demanda se dirigió también contra Olga María Nieto, pero como ésta adquirió la casa en litis por compra hecha a Eusebio Villamizar por escritura número 341, de fecha 3 de agosto de 1927, y éste la hubo por remate en la ejecución que el doctor Rafael Espinosa seguía contra Nieto, y estos pactos, cuya resolución fue demandada igualmente, conservan toda su fuerza como títulos traslativos de dominio, puesto que, en primer lugar no se ha demandado a los señores Espinosa y Villamizar, y sin su audiencia no pueden resolverse los contratos por los cuales adquirieron el dominio de la casa que el presbítero enajenó a Nieto, y en segundo lugar al proceso no se ha traído la copia de ese instrumento, de suerte que no habiéndose comprobado su existencia legal, por ausencia de probanzas, sobre ellos nada se puede dictaminar al presente, por la justicia.

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

1º Infírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pamplona, de fecha once de febrero de mil novecientos cuarenta y dos.

2º Revócase la sentencia proferida por el señor Juez de Chinácota, de fecha primero de agosto de mil novecientos cuarenta.

3º Declárase resuelto el contrato celebrado entre el presbítero Luis María Figueroa y Eladio Nieto, que consta en la escritura pública número quinientos cincuenta y dos, otorgada ante el Notario Principal del Circuito de Chinácota, por no haber cumplido Nieto con la obligación de suministrar a la señora Eleuteria Carrero lo necesario para su congrua subsistencia.

4º El presbítero Figueroa no está obligado a devolver a Nieto el precio de la venta, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

5º Absuélvese a la demandada Olga María Nieto de todos los cargos de la demanda.

6º No se hace condenación en costas.

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

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

RESPONSABILIDAD BANCARIA POR EL PAGO DE CHEQUES FALSOS

El inciso 3º del artículo 60 de la Ley 63 de 1936 se refiere especialmente a honorarios de peritos que hayan verificado avalúos en juicios mortuorios, o en otros, y no tiene, por lo mismo, carácter general, ni es jurídico aplicarlo a otra clase de peritazgos.

La regla general que hace al Banco responsable por el pago de cheques falsos, conforme a lo dispuesto en el artículo 191 de la Ley 46 de 1923, no tiene otra limitación que la que nace de no darle aviso al Banco de la falsedad de los cheques dentro del término de un año, indicado allí.

El fundamento jurídico de la norma consignada en el artículo 191 de la Ley 46 de 1923, sobre instrumentos negociables, no puede ser otro que la obligación de cuidado que corresponde a los Bancos para defender el dinero que sus clientes les confían, mediante el control que pueden y deben ejercer con relación a la identidad de la firma de sus consignatarios, ya sea para obtener chequeras, ya para el pago de sus cheques. Este aspecto fundamental de la responsabilidad bancaria, vinculado a la demostración de una culpa por descuido o negligencia en el control del uso de la firma de los clientes, es cuestión de hecho que en cada caso hará variar el concepto de la responsabilidad y su alcance, y que, por tanto, ha de considerarse siempre a efecto de que la aplicación del citado precepto legal que hace responsables a los Bancos por el pago de cheques falsos, no resulte simplemente mecánica y como tal expuesta a soluciones injustas.

Corte Suprema de Justicia—Salá de Casación Civil—Bogotá, once de marzo de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda).

El Juez 29 Civil de este Circuito falló el cinco de abril de mil novecientos cuarenta la demanda ordinaria que el señor Arturo Andrade Ospina, por medio de apoderado, presentó contra el National City Bank of New York, Sucursal de esta ciudad, en el sentido de absolver al demandado de los cargos de la demanda y de condenar en costas al actor.

Este había pedido que se declarara que el referido Banco le retenía indebidamente la cantidad de \$ 3.305, proveniente de consignaciones hechas en su cuenta corriente, desde el día en que se cargó a esa cuenta el valor de unos cheques falsos; que, en subsidio, se declarara la falsedad de tales cheques; que, como consecuencia de cualquiera de las declaraciones anteriores, se condenara al Banco a reintegrarle en su cuenta corriente, o a pagarle al demandante, la indicada cantidad de \$ 3.305, junto con los perjuicios consiguientes, que estimó en una suma igual al 18% anual de interés, desde que se dispuso del dinero para pagar los cheques falsos, y que se le condenara en costas.

El Juez *a quo* absolvió al Banco, porque consideró que el actor no había probado los hechos fundamentales de su demanda.

Apelado aquel fallo por el demandante y cumplidas las ritualidades propias de la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo confirmó en todas sus partes, sin hacer condenación en costas, por sentencia fechada el 29 de septiembre de 1941.

Los fundamentos de la decisión del Tribunal son los siguientes:

“Como la base de la acción es la falsificación de los cheques, entraremos a estudiar si ésta se halla probada en los autos.

El señor Juez dijo en la sentencia apelada: ‘El equipo probatorio del actor es a todas luces insuficiente, desde luego que no produjo medio alguno capaz de establecer la falsedad de los cheques cubiertos por el Banco demandado; las posiciones absueltas por el señor Gordon no dan asidero para declarar probado hecho alguno fundamental de la demanda, y por lo que respecta a la certificación expedida por un empleado del Banco de Colombia, el Juzgado, a más de tenerla como inocua, desde luego que por sí sola nada prueba, debe tenerla como inválida, ya que ella no tendría más valor que el de la deposición de testigo con pretermisión de las formalidades legales indispensables para revestirla de validez.’ Esta apreciación es real: ninguna prueba se trajo a los autos que viniera a demostrar la falsedad de los cheques cargados a la cuenta del señor Andrade.

Las posiciones absueltas por el señor Oscar Nogard no dan ninguna luz sobre la falsedad.

Las copias expedidas por el señor Secretario del Juzgado primero Superior, tomadas del proceso contra Carlos Callejas y presentadas el 1º de marzo del año en curso al Tribunal por el señor Andrade, no pueden estimarse como prueba por no haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto. (Artículo 597, numeral 3º, del Código Judicial).

La diligencia de inspección ocular sobre el sumario seguido contra Carlos Callejas por estafa, en que fue denunciante el señor Arturo Andrade, verificada el 28 de marzo de 1941, tampoco demuestra nada sobre la falsedad. (Cuaderno número 6, folios 36 vuelto a 39 vuelto).

En cuanto al dictamen pericial rendido por los doctores Jesús Antonio Uribe y Benjamín Muñoz Giraldo, como no se han pagado los honorarios de este último perito, a pesar de requerimiento hecho por auto de 29 de julio de 1941, no puede tenerse como prueba conforme al inciso 3º del artículo 60 de la Ley 63 de 1936.

Siendo los cheques instrumentos negociables (artículo 1º de la Ley 46 de 1923), deben presumirse auténticas las firmas (artículo 4º ibidem.), y siendo ello así y no estando probada la falsedad, no puede prosperar la acción. Por consiguiente, no es el caso de estudiar la excepción perentoria propuesta por la parte demandada."

EL RECURSO

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el señor apoderado del actor, el cual debe decidirse hoy, por hallarse legalmente preparado.

Aunque la demanda de casación es bastante deficiente y ajena a la técnica del recurso, verificado un estudio atento y cuidadoso de ella, es preciso concluir que acusa la sentencia por violación de preceptos legales sustantivos y por errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal al apreciar las pruebas que obran en autos, lo que equivale a decir que el recurrente se apoya en la primera de las causales que señala el artículo 520 del Código Judicial.

Como preceptos violados indica los artículos 632, 593, 597 y siguientes y 722 del Código Judicial, y 191 de la Ley 46 de 1923. Considera, además, que se interpretó erróneamente el inciso 3º del artículo 60 de la Ley 63 de 1936.

Estima el recurrente que el Tribunal dejó de apreciar las diversas pruebas que obran en el expediente, a las que, consecuentemente, dejó de darles el valor legal que les corresponde, por lo cual confirmó la sentencia absolutoria de primer grado.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

La Corte considera:

Según el artículo 4º de la Ley 46 de 1923, los cheques son instrumentos negociables y las firmas puestas al pie de ellos se presumen auténticas. De consiguiente, quien alegue su falsedad debe probarla.

De acuerdo con el artículo 191 de la misma Ley, "todo Banco será responsable a un depositante por el pago que aquél haga de un cheque falso, o cuya cantidad se haya aumentado, salvo que dicho depositante no notifique al Banco, dentro de un año después de que se le devuelva el comprobante de tal pago, que el cheque así pagado era falso, o que la cantidad de él se había aumentado."

En el presente juicio sostiene el demandante que son falsas las firmas puestas al pie de los cheques números 133826, del 14 de octubre de 1932, por \$ 240; 133827, del 20 de octubre de 1932, por \$ 375; 133828, del 31 de octubre de 1932, por \$ 970, y 133832, del 10 de noviembre de 1932, por \$ 1.720, que fueron pagados por el Banco demandado y cargados a la cuenta corriente del señor Arturo Andrade Ospina, cuestiones estas dos últimas que no se discuten.

Afirma también el demandante, y no lo contradice la parte demandada, que aunque aquél tenía en uso la chequera del Banco marcada con los números 131176 a 131225, de la cual estaban todavía sin usar los cheques correspondientes a los números 131214 a 131225, el 24 de septiembre de 1932 el Banco entregó a un individuo de nombre Juan Contreras, quien presentó una carta firmada por Arturo Andrade Ospina, que resultó apócrifa, la chequera marcada con los números 133825 a 133875, chequera que quedó registrada al folio 45 del libro respectivo del Banco. A esta última chequera pertenecían los cheques relacionados atrás, que el demandante tacha de falsos.

Entre las varias pruebas alegadas por el actor para demostrar la falsedad de tales cheques, se encuentra la siguiente:

El dictamen pericial, grafológico, rendido por los señores Jesús Antonio Uribe y Benjamín Muñoz Giraldo, ante el Tribunal el 14 de abril de 1941, que en lo pertinente dice:

"Las partes en juicio discuten sobre la autenticidad de las firmas que dicen *Arturo Andrade Ospina* en estos documentos:

a) El cheque número 133826, de 14 de octubre de 1932, girado a *Miguel Soto*, por \$ 240.00, y pagado por el National City Bank en Bogotá el 15 de octubre de 1932.

b) El cheque número 133827, de 20 de octubre de 1932, girado a *Miguel Soto V.*, por \$ 375.00, pagado por el mismo Banco en Bogotá el 24 de octubre de 1932.

c) El cheque número 133828, de 31 de octubre de 1932, girado a *José Barragán*, por \$ 970.00, y pagado por el mismo Banco en Bogotá el 3 de noviembre de 1932.

d) El cheque número 133832, de 10 de noviembre de 1932, girado a *Luis Ospina*, por \$ 1.720.00, y pagado por el mismo Banco en Bogotá el 11 de noviembre de 1932.

e) La firma al pie de la carta fechada el 24 de septiembre de 1932, por medio de la cual se pide al Banco una chequera para el servicio del firmante *Arturo Andrade Ospina*. En la chequera entregada a *Juan Contreras*, mediante tal autorización para recibirla, fueron girados los cheques relacionados bajo los ordinales a), b), c) y d). La carta mencionada en el punto e) reposa adherida al folio 45 del libro de registro de entrega de chequeras, perteneciente a la entidad demandada.

Los cheques enumerados bajo las letras a), b), c) y d) forman los folios 27, 28, 29 y 30 del sumario número 2590, iniciado contra *Carlos Callejas* por el delito de estafa, por denuncia de don *Arturo Andrade Ospina*. Este sumario pertenece hoy al archivo del Juzgado Primero Superior de Bogotá."

Los peritos, después de hacer un análisis detallado y minucioso de las firmas tachadas de falsas, concretan su concepto así:

"Por todas las razones expuestas, presentamos al señor Magistrado la siguiente conclusión: Las firmas que dicen *Arturo Andrade Ospina* en los documentos relacionados bajo los ordinales a), b), c), d) y e) de la primera página del presente dictamen no son auténticas."

Puesto en conocimiento de las partes el peritazgo anterior, el señor apoderado del Banco pidió una aclaración que los peritos rindieron el 12 de septiembre, que no tiene mayor importancia y que no desvirtúa la conclusión terminante a que llegaron, antes transcrita.

El Tribunal no tuvo en cuenta, ni, por tanto, apreció legalmente la prueba anterior, acerca de la cual dijo en la sentencia:

"En cuanto al dictamen pericial rendido por los doctores *Jesús Antonio Uribe* y *Benjamin Muñoz Giraldo*, como no se han pagado los honorarios de este último perito a pesar de requerimiento hecho por auto de 29 de julio de 1941, no puede tenerse como prueba conforme al inciso 3º del artículo 60 de la Ley 63 de 1936."

El citado inciso 3º es del siguiente tenor:

"El Juez determinará de oficio el valor de los honorarios en el auto por medio del cual ordene

correr traslado a las partes de la diligencia de avalúos, y ellos sólo se deben a partir de la fecha de dicho auto. Pero no podrá aprobarse ninguna diligencia de avalúos en juicio mortuario, ni tenerse como prueba la (diligencia de avalúos) que se practique en otro juicio, sin que haya constancia en autos del pago o arreglo satisfactorio de los honorarios periciales."

Como se ve, este inciso se refiere especialmente a honorarios de peritos que hayan verificado avalúos en juicios mortuarios, o en otros, y no tiene, por lo mismo, carácter general, ni es jurídico aplicarlo a otra clase de peritazgos. De consiguiente, el Tribunal lo interpretó equivocadamente, y esa interpretación lo llevó a no tener en cuenta la prueba pericial antes analizada, o, en otros términos, lo hizo incurrir en el error de hecho que implica el no apreciar dicha prueba, y en el de derecho correlativo, por no haberle dado su valor legal.

Por no apreciar esa prueba y no darle su valor legal, el Tribunal violó los artículos 656, 722, 593 y 597 del Código Judicial, y 191 de la Ley 46 de 1923, todos los cuales tienen carácter sustantivo.

En concepto de la Sala, la indicada prueba pericial, que constituye un indicio grave o vehementemente, unido a otros, tales como el de ser apócrifa la carta por medio de la cual *Juan Contreras* obtuvo la chequera del Banco en donde fueron girados los cheques falsos; el hecho de que el mismo *Juan Contreras*, que parece ser *Juan Callejas*, contra quien se siguió una investigación, se presentó a la Agencia del Banco de Colombia en Chapinero y obtuvo que le abrieran una cuenta corriente con el nombre de *Miguel Soto V.*, en la cual cuenta fueron consignados los cheques falsos, y la circunstancia especial de que *Miguel Soto V.* no volvió a presentarse a la Agencia del Banco de Colombia, ni a mover su indicada cuenta desde que se rechazó un último cheque por \$ 1.840, forman prueba plena o completa de la falsedad de los cheques controvertidos y llevan a la conclusión de que son fundados los cargos formulados contra la sentencia acusada, la cual habrá de ser, por ello, infirmada.

Al entrar en instancia la Corte basa su fallo, en parte, en las razones que han quedado expresadas, pero es necesario estudiar dos extremos que han sido materia del debate, a saber:

a) El señor apoderado del Banco alegó que la acción que pudiera tener el demandante estaba prescrita, porque él no hizo al Banco la notificación de que los cheques en litigio eran falsos, dentro del término de que trata el artículo 191 de la Ley 46 de 1923.

No tiene razón el demandado a este respecto.

De las posiciones rendidas por el señor Gerente del Banco, que obran en autos, así como de otras pruebas, y especialmente del denuncia criminal puesto por Andrade Ospina el 14 de junio de 1932 ante el Juez 8º de la Policía Judicial para que se averiguara el delito o los delitos que hubieran podido cometerse en relación con ese asunto, se deduce sin lugar a duda que el Banco fue notificado y advertido en tiempo de la falsedad de los cheques. Por tanto, no puede declararse probada la excepción de prescripción propuesta por el demandado.

b) Según el concepto pericial de los señores Uribe y Muñoz Giraldo, antes copiado, son falsas, o no son auténticas, las firmas puestas al pie de los cuatro cheques sobre que ha versado el pleito, pero como el señor Arturo Andrade Ospina firmó la conformidad de cuenta pasada por el Banco con fecha 31 de octubre de 1932, conforme a la cual y al extracto remitido por el Banco, en el que aparecen cargados los cheques números 133826, por \$ 240, y 133827, por \$ 375, sólo le quedaba a Andrade Ospina en poder del Banco, en la fecha indicada, la cantidad de \$ 4.776.64, que aquél aceptó como corriente, el Banco alega que quedó relevado de toda responsabilidad, en lo tocante al pago de los dos cheques que acaban de citarse.

La prueba de estos hechos se deduce de la inspección ocular practicada por el Tribunal el 28 de marzo de 1941, visible al folio 37 y siguientes del Cuaderno número 6.

Además, el señor Andrade Ospina al absolver unas posiciones pedidas por el Banco, el 5 de septiembre de 1934, dijo:

A la cuarta pregunta: "Diga cómo es cierto que con fecha treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos treinta y dos (1932) usted firmó una conformidad de cuenta a favor del National City Bank of New York, que dice lo siguiente: 'Por la presente certifico que he examinado los asientos de mi cuenta corriente, según extracto que me tienen remitido, y que los cheques pagados por ese Banco y anotados en dicho extracto son auténticos y debidamente cargados, encontrando de conformidad el saldo que arroja en treinta y uno de octubre de mil novecientos treinta y dos, de cuatro mil setecientos setenta y seis pesos con sesenta y cuatro centavos (\$ 4.776.64) a mi favor', contestó: Es cierto, pero, como ya lo dije, esto lo hice sin estudiar previamente la cuenta, y lo hice porque se me exigió en el Banco al cobrar un cheque que me mandara la conformidad."

La regla general, que hace responsable al Banco por el pago de cheques falsos, conforme a lo dispuesto en el artículo 191 de la Ley 46 de 1923, que atrás quedó copiado, no tiene otra limitación que la que nace de no darle aviso al

Banco de la falsedad de los cheques dentro del término de un año, indicado allí; pero como, por una parte, la confesión hecha por el demandante Andrade Ospina, que tiene la fuerza de plena prueba y que no aparece desvirtuada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 606 del Código Judicial, debe perjudicarlo a él, que no ha debido dar su aceptación sin examinar detenidamente su cuenta, lo que implica un error de conducta de su parte que favorece al Banco, y, de otra, algún efecto práctico debe producir en favor del Banco y en contra del cliente respectivo la aceptación o conformidad del saldo de su cuenta dada por éste a aquél, la Sala estima que el Banco, por tales circunstancias, quedó exento de responsabilidad por el pago de los cheques números 133826 y 133827.

Como respecto del pago de los cheques números 133828, por \$ 970, y 133832, por \$ 1.720, no existen las mismas circunstancias anotadas, es claro que la regla general sobre responsabilidad del Banco debe tener pleno cumplimiento y su valor debe ser devuelto o pagado por éste al demandante, junto con sus intereses legales desde la fecha en que se contestó la demanda, por no haberse acreditado otra clase de perjuicios. (Artículo 964, inciso final, y 1617 del Código Civil).

El fundamento jurídico de la norma consignada en el artículo 191 de la Ley 46 de 1923, sobre instrumentos negociables, no puede ser otro que la obligación de cuidado que corresponde a los Bancos para defender el dinero que sus clientes les confían, mediante el control que pueden y deben ejercitar con relación a la identidad de la firma de sus consignatarios, ya sea para obtener chequeras, ya para el pago de sus cheques. Este aspecto fundamental de la responsabilidad bancaria, vinculado a la demostración de una culpa por descuido o negligencia en el control del uso de la firma de los clientes, es cuestión de hecho que en cada caso hará variar el concepto de la responsabilidad y su alcance, y que, por tanto, ha de considerarse siempre a efecto de que la aplicación del citado precepto legal que hace responsable a los Bancos por pago de cheques falsos, no resulte simplemente mecánica y como tal expuesta a soluciones injustas. En el caso presente, como está demostrado en los autos, el descubrimiento de la falsedad de la firma del señor Andrade Ospina, en cheques girados en chequera solicitada con firma falsa al Banco, se hizo por iniciativa del propio Banco, que advirtió desemejanzas en la firma que lo hicieron sospechar el fraude, hasta el punto de consultar con su cliente antes de pagar el cheque por \$ 1.840, lo cual demuestra por sí solo la falta de cuidado que permitió la realización del fraude con los cuatro cheques

pagados anteriormente, porque da lugar a pensar que un examen atento y una confrontación de firmas con ocasión de la solicitud de cheque, habría revelado, como lo reveló después al Banco, el mecanismo delictuoso que alcanzó a operar contra éste, usando falsamente la firma de su cliente señor Andrade. Pero la circunstancia, a que ya se hizo referencia, de que el demandante hubiera manifestado al Banco su conformidad con el corte de su cuenta corriente en fecha en que ya aparecían cobrados algunos de los cheques falsos, cosa que Andrade explica como descuido de su parte en el estudio del extracto bancario, es reveladora y constitutiva evidentemente de una culpa por parte del cliente, que retardó cuando menos el descubrimiento del fraude y que debe modificar, por el fenómeno de la compensación culposa, la responsabilidad del demandado, disminuyéndola, como se hace, en la cuantía que monta el valor de los cheques falsos comprendidos hasta la fecha en que Andrade expresó su conformidad al Banco.

Tampoco es el caso de hacer condenación en costas, porque no ha habido temeridad de parte del Banco al oponerse a la acción intentada contra él.

En mérito de las consideraciones que antecedan, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha veintinueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, y

previa revocatoria de la que dictó el Juez 2º Civil de este Circuito el cinco de abril de mil novecientos cuarenta, falla este pleito así:

Primero. Declárase no probada la excepción de prescripción, propuesta por la parte demandada.

Segundo. Condénase a The National City Bank of New York, Sucursal de Bogotá, a pagar al señor Arturo Andrade Ospina la cantidad de dos mil seiscientos noventa pesos (\$ 2.690) moneda corriente, valor de los cheques falsos números 133828, del 31 de octubre de 1932, por \$ 970, y 133832, del 10 de noviembre de 1932, por \$ 1.720, que fueron indebidamente pagados por el Banco y cargados a la cuenta corriente del indicado señor Andrade Ospina.

Tercero. Condénase al mismo Banco a pagar al señor Arturo Andrade Ospina el valor de los intereses legales de la expresada cantidad de \$ 2.690, desde el 11 de agosto de 1938, fecha de la contestación de la demanda, hasta el día en que se verifique el pago.

Cuarto. Absuélvese al citado Banco de los demás cargos que contra él se formularon en la demanda que dio origen a este pleito.

Quinto. Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

FILIACION NATURAL

De acuerdo con los artículos 7º de la Ley 45 de 1936 y 403 y 404 del Código Civil, la persona del padre presunto es el único contradictor legítimo; de suerte que, en faltando él, ya no hay contradictor posible, lo que vale tanto como decir que su muerte determina la caducidad de la acción, pues únicamente si se ha notificado a él la demanda, cabe que sea representado a su muerte por sus herederos y que siga con éstos el juicio y haya, en su caso, sentencia favorable al demandante. Esto último, conforme al artículo 404. El 403 señala como legítimo contradictor en la cuestión de paternidad al padre, cuando es contra el hijo, y a éste cuando es contra aquél, y en su inciso 2º dice: "Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo, deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad." Esta ha sido la doctrina acogida por la mayoría de la Sala de Casación Civil de la Corte; mas los Magistrados disidentes han opinado que ese artículo 403 no cierra el camino a la responsabilidad de los herederos por obligaciones de su causante y, sobre esta base y en fuerza de otras consideraciones concurrentes, expuestas detalladamente en los respectivos salvamentos de voto, sostienen que la muerte del causante sin haber sido demandado no determina la caducidad de la acción, y que ésta puede válidamente entablarse contra tales herederos; más aún: que es una vez muerto el padre cuando, salvo contadas excepciones, ella es procedente por necesidad.

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

Va a decidirse el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del Tribunal de Buga de 29 de julio último, confirmatoria de la de 31 de marzo de 1941, en que el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo decidió en favor de María Ester y Ernesto J. Vinasco la demanda que dirigieron contra Miguel Ángel Rojas Q., a fin de que se les declarase hijos naturales del finado Asnoraldó Quintero, de quien es heredero el demandado.

El problema capital de este pleito y, con él, del presente recurso, consiste en si la muerte del presunto padre extingue o nó la acción establecida con el expresado fin por la Ley 45 de 1936.

Como es sabido, este problema, materia de persistentes debates y estudio, ha tenido, aunque con votos disidentes, solución uniforme en los varios fallos dictados por esta Superioridad en pleitos análogos o, por mejor decir, idénticos al presente en lo relativo a tema tan trascendental.

De esas sentencias están publicadas en la *Gaceta Judicial*: la de 26 de abril de 1940 (volumen XLIX, páginas 249 a 286, y volumen LI, páginas 43 a 80), y la de 30 de junio de 1941 (volumen LI, páginas 616 a 640); y no se han publicado aún allí las de 22 y 30 de septiembre y 18 de noviembre de 1942 y la de 20 de febrero de 1943.

La circunstancia de ordenar esa Ley 45 en su artículo 7º que se apliquen a estos juicios los artículos 403 y 404 del Código Civil, ha sido el principal, entre los varios fundamentos aducidos en esos fallos, para que la Sala por mayoría haya sentado y sostenido la solución a que se viene aludiendo, la que puede resumirse así: la persona del padre presunto es el único contradictor legítimo; de suerte que, en faltando él, ya no hay contradictor posible, lo que vale tanto como decir que su muerte determina la caducidad de la acción, pues únicamente si se ha notificado a él la demanda, cabe que sea representado a su muerte por sus herederos y que siga con éstos el juicio y haya, en su caso, sentencia favorable al demandante. Esto último, conforme al artículo 404.

El 403 señala como legítimo contradictor en la cuestión de paternidad al padre, cuando es contra el hijo, y a éste cuando es contra aquél, y en su inciso 2º dice: "Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo, deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad."

Juzgado y Tribunal en el presente caso optaron por la tesis expuesta en los salvamentos de voto aludidos ya aquí, los cuales, en lo que hace al tema cardinal en cuestión, acentuando la diferencia entre una paternidad legítima preexistente, al menos de manera legalmente presunta, y una paternidad natural por establecerse y declararse, estiman que este artículo 403 no cierra

el camino a la responsabilidad de los herederos por obligaciones de su causante y, sobre esta base y en fuerza de otras consideraciones concurrentes, detalladamente expuestas en esos salvamentos, sostienen que la muerte del causante sin haber sido demandado no determina la caducidad de la acción y que ésta puede válidamente entablarse contra tales herederos; más aún: que es una vez muerto, el padre cuando, salvo contadas excepciones, ella es procedente por necesaria.

En este pensamiento insisten hoy los suscritos Magistrados Salamanca e Hinestrosa.

El abogado recurrente con todo acierto dentro de la aludida doctrina de mayoría, formula en primer lugar el cargo de violación de los citados artículos 403 y 404 del Código Civil, en relación con el 7º de la Ley 45 de 1936, que los hace aplicables a estos juicios.

Como efectivamente la sentencia recurrida pugna con estas disposiciones en la faz o ante la interpretación que al problema da esa doctrina, el cargo debe acogerse, y como, de otro lado, su prosperidad determina, en fuerza del artículo 538 del Código Judicial, que no se consideren los restantes, se tiene que lo dicho es bastante a infirmar el fallo del Tribunal y a la vez a motivar el de instancia que ha de reemplazarlo. A este último fin conviene agregar que

en realidad el cargo prospera, porque a la luz de la doctrina citada como prevalente, carece de personería para responder de la acción incoada el individuo a quien aquí se demandó, puesto que, por más que se haya comprobado su calidad de heredero del presunto padre, no es la persona misma de éste.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el veintinueve de julio último, y revocando la de treinta y uno de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, dictada por el Juez Civil del Circuito de Roldanillo, falla este pleito así: Declárase probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería de la parte demandada; en consecuencia, no há lugar a ninguna de las declaraciones formuladas como parte petitoria de la demanda inicial, de cuyos cargos se absuelve a la parte demandada.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

Acción para el pago de una suma de dinero.—Nulidades alegadas en casación.—Intervención del Sindico Recaudador en los juicios de sucesión.

1.—La causal de casación a que se refiere el numeral 6º del artículo 520 del Código Judicial no comprende toda clase de nulidades de que adolezca o pueda adolecer un proceso, sino únicamente la consagrada en los tres numerales del artículo 448 *ibidem.*, y siempre que no haya sido sancionada. Por eso, como lo ha sostenido la Corte en múltiples fallos, las demás nulidades no son alegables en casación ni viables en el recurso, y es en las instancias donde pueden proponerse y alegarse. Cuando no sucede esto, la Corte no puede considerarlas. La nulidad de que trata el numeral 3º del artículo 448 citado, se refiere a las personas en quienes

radica la personería en un proceso, de manera que hace indispensable la comparecencia de ellas en el juicio, a efecto de que siendo oídas, puedan deducirse, en cuanto haya lugar en derecho, las pretensiones contenidas en una demanda, lo cual es obvio, porque no puede tramitarse un proceso ni menos dictarse un fallo sin que la parte que puede ser perjudicada por él haya comparecido al juicio. Por eso existe el principio general de que una sentencia no perjudica sino a quienes han sido partes en el juicio. Estas no son sino el demandante y el demandado (artículo 227 del Código Judicial), que al asumir el papel que les corresponde

en el juicio, actor y opositor, quedan vinculadas procesalmente y sometidas al fallo en derecho que dicte el Juez competente. La nulidad establecida por el numeral 3º del artículo 448 del Código Judicial no se refiere sino a quienes son parte en el juicio, en el sentido que acaba de expresarse, de modo que el numeral 6º del artículo 520 *ibidem.*, o sea la causal 6ª de casación, no es viable ni tiene operancia sino cuando se refiere a la falta de citación o emplazamiento de las personas en quienes por radicar la personería han debido ser llamadas al juicio.

2.—La citación y comparecencia del Síndico Recaudador del impuesto sobre sucesiones no tiene otro fundamento ni otro fin sino el de asegurar y hacer efectivo el impuesto sobre donaciones y defender los intereses del Fisco al respecto, contra todo fraude o maniobra que pueda perjudicar los intereses de aquél. En ese principio se inspiran, entre otros, los artículos 936, 937, 943 a 949 del Código Judicial. Recaudado el impuesto, el Síndico nada tiene que ver más en el juicio de sucesión. Esto lleva a concluir que ni siquiera en tales juicios es parte el Síndico propiamente dicha. Luego la omisión de la formalidad del aviso, a que se refiere el artículo 79 de la Ley 63 de 1936 no da base para la casación, ni cae dicha omisión dentro de la causal 6ª ni dentro de ninguna de las consagradas por el artículo 520.

La interpretación y alcance del artículo 79 de la Ley 63 de 1936 restringe la norma a los juicios y a las gestiones durante las cuales sobreviene la muerte del litigante o gestor, y cuando eso acaece debe hacerse saber la existencia del asunto respectivo al Síndico Recaudador para que entonces éste la haga valer y tome nota de ella en el juicio de sucesión para avaluarla, a fin de deducir el impuesto, que es lo que interesa al Síndico, o para abrir el juicio de sucesión, cuando esto no se hubiere verificado. Pero cuando para demostrar la personería como heredero, en un juicio cualquiera, se presentan las copias del caso, tomadas del juicio de sucesión, no puede interpretarse el artículo 79 citado en el sentido de que en el nuevo juicio, que nada tiene que ver con la sucesión, debe cumplirse la diligencia referida. La conclusión contraria llevaría al extremo inadmisibles, de hacer necesaria o indispensable la citación de ese empleado, en la mayoría de los procesos civiles.

3.—Para que una acusación sea viable en casación es necesario no sólo señalar el error de hecho o de derecho en que incurrió el

fallador al apreciar las pruebas, sino también señalar los artículos de la ley sustantiva que por ese error fueron violados. No basta pues el señalamiento del error, sino que es necesaria la indicación de las disposiciones violadas o quebrantadas o infringidas por ese error, por cuanto, como lo dice el recurrente y es exacto, en casación no se contemplan sino dos extremos: la sentencia, enfrentada a la ley, en virtud de la acusación. Así, por vía de ejemplo, no basta acusar un fallo por violación de una disposición sobre pruebas, que tienen carácter de sustantivas, si no se cita la disposición, también sustantiva, que por esa infracción haya podido ser quebrantada. Si en un juicio reivindicatorio, verbigracia, el demandante acusa el fallo únicamente por infracción del artículo 630 del Código Judicial y se detiene ahí, aun cuando esa infracción se comprobaba, no podría por eso sólo casarse la sentencia, por cuanto faltaría saber cuál otra disposición sustantiva se quebrantó por la no aplicación del artículo 630. La no aplicación de esta norma pudiera llevar, en el caso puesto como ejemplo, a la violación, por infracción, de los artículos 669 y 946 del Código Civil.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Los antecedentes e historia del presente litigio están relacionados de una manera sintética y exacta por el Tribunal Superior de Bogotá, en la siguiente forma: "El 17 de diciembre del año de 1759 se verificó ante la Real Audiencia de Santa Fe de Bogotá el remate público de las tierras denominadas 'Resguardos de Pueblo Viejo de Cuisiana', de la antigua jurisdicción de los llanos de Santiago de las Atalayas, hoy Corregimiento del Municipio de Sapatosa, en la Provincia de Sugamuxi, del Departamento de Boyacá, mediante adjudicación hecha al señor Domingo Ortiz por la suma de cincuenta patacones, según acta pertinente en donde también se lee, que los terrenos materia de la subasta formaban en cabida una extensión más o menos igual a tres estancias y media de ganado mayor (732 Hs. 8.142 m.c.). En la misma acta de remate, Ortiz, el rematador, dijo transferir y traspasar 'el derecho, acción, dominio y señorío así adquirido' al doctor Julián Jiménez, que fue quien en definitiva recibió el título de adjudicación de los bienes de la subasta pública. (Véanse folios 4 a 7 del cuaderno principal).

“Vino luégo una innumerable serie de tradiciones referentes al dominio de estas tierras de los llanos de Santiago, hasta llegar a radicarse en cabeza de la sociedad colectiva que giraba en Bogotá con el nombre de “Barrera Neira & Cia.”, entidad que recibió con título, que mediante adulteraciones y falsedades cuyo origen no interesa al resultado del presente fallo, tuvo la virtud de convertir aquéllas tres estancias y media de ganado mayor, únicas que fueron rematadas, y a las que refiere la alindación del documento del folio ya citado, en un inmenso latifundio de más de un millón de hectáreas, respetado o tenido como de propiedad privada no sólo por los particulares sino por las diferentes autoridades del Gobierno Nacional.

“Así las cosas, don Alfonso Uscátegui, en memorial al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, fechado el 25 de noviembre de 1920 (folio 4 vuelto del cuaderno principal), hizo esta solicitud de copia:

‘Señor Ministro de Gobierno.—E. S. D.

Amparado por el artículo 320 de la Ley 4ª de 1913, sobre régimen político y municipal, solicito del Despacho al digno cargo de usted, que a continuación del presente memorial se me expida copia auténtica del remate verificado por Domingo Ortiz, ante la Real Audiencia de Santa Fe de Bogotá el 17 de diciembre de 1759 y del traspaso que éste hizo del dominio de las tierras rematadas, en 1760, al señor Julián Jiménez Ortiz, denominadas ‘Santiago de las Atalayas’. Las citadas diligencias se encuentran en el Archivo de la Colonia y me consta haberlas visto allí.

‘Bogotá, 25 de noviembre de 1920.

‘Señor Ministro,

(Firmado), *Alfonso Uscátegui*”

“La anterior petición fue radicada en el Ministerio del ramo bajo el número 9587, y el Archivero, por orden del Ministro, expidió la copia solicitada; no otra, que la auténtica del remate hecho ante la Real Audiencia en el año de 1758 por Domingo Ortiz, y en el que fue materia las tres estancias y media de ganado mayor de que se ha hecho mérito.

“Ya en poder del peticionario Uscátegui la referida copia y precisadas las enormes diferencias resultantes de su comparación con lo rezado en el título de ‘Barrera Neira & Cia.’, se celebró entre los señores General Jorge Martínez L. y Alfonso Uscátegui el contrato que a continuación se copia:

“Conste que Jorge Martínez L. y Alfonso Uscátegui han celebrado el siguiente contrato: Martínez L. se compromete a iniciar, sostener y sacar avante, por su cuenta, todas las gestiones

necesarias para hacer efectivo el derecho que acreditan las pruebas contenidas en las copias expedidas de orden del Ministerio de Gobierno según el registro número 9587, de 26 de noviembre de 1920; Alfonso Uscátegui se reserva el derecho al cincuenta por ciento (50%) de las utilidades que produzcan las acciones legales que haga Martínez efectivas con dichos documentos; y Uscátegui cede el diez por ciento (10%) del cincuenta por ciento que se reserva, y que Martínez L. le reconoce, al señor don Manuel Delgado Uribe.

‘En fe de lo pactado se firma este documento ante testigos, a 21 de enero de 1921, en Bogotá, por triplicado.

‘(Firmados), *Jorge Martínez L.—Alfonso Uscátegui—Testigo, Julio de la Torre—Testigo, Pablo E. Lee.*’

“Como tiempo después aconteciera el fallecimiento de Alfonso Uscátegui, el General Martínez entregó al padre de éste, Manuel Uscátegui Toro, uno de los ejemplares del documento antes copiado, con esta anotación: ‘Entrego este ejemplar del contrato que celebré con el finado don Alfonso Uscátegui, a su legítimo padre señor don Manuel Uscátegui T., por cuanto él es el único heredero forzoso de su hijo Alfonso, y la persona que en el juicio de sucesión respectivo tendrá derecho a percibir el producto en efectivo que correspondería a su hijo de acuerdo con el contrato.

‘Bogotá, septiembre 22 de 1921.

(Firmado), *Jorge Martínez L.*”

“El 24 de noviembre del año siguiente, 1922, don Manuel cedió la mitad del porcentaje que le correspondía en el contrato como representante de su hijo Alfonso, y que éste hubo de reservarse en el negocio con Martínez L., a sus hijos Luis Felipe y doña María Josefa Uscátegui, suscribiendo al efecto al pie del mismo documento original, la nota de cesión o traspaso que notificada y aceptada sin reservas por el cocontratante de Alfonso, General Martínez L., dice: ‘De la participación que me corresponde en el presente documento, cedo una cuarta parte a mi hija María Josefa Uscátegui y otra cuarta parte a mi hijo Luis Felipe Uscátegui. Si por alguna circunstancia en este negocio hubiere que reconocer comisiones, es entendido que éstas se repartirán de acuerdo con los derechos que quedan reconocidos en el presente documento, el que firmo con mi puño y letra en Bogotá, a veinticuatro de noviembre de mil novecientos veintidós.

‘(Firmados), *Manuel Uscátegui T.—Aceptado, Jorge Martínez L.*

‘Bogotá, noviembre 24 de 1922.’

“El resultado de todas estas ocurrencias, y siguiendo el simple texto del documento que ha venido citándose, evidencia que las utilidades que se derivaran de las gestiones del General Martínez, con base en la copia de que se ha hablado —la del remate— deberían repartirse en dos grandes partes iguales, una para Martínez, otra para Manuel Uscátegui T.; de su parte, Uscátegui, aisladamente y cumpliendo lo convenido en el documento contentivo del contrato Uscátegui-Martínez, obtenido el resultado del negocio debía entregar a cada uno de los señores Samuel Delgado Uribe, Luis Felipe y María Josefa Uscátegui, las participaciones que tuvo a bien concederles de lo que a él viniere a corresponderle, participaciones singulares iguales en cuantía a las siguientes proporciones: a Samuel Delgado Uribe, un diez por ciento del total de su participación; a los señores Luis Felipe y María Josefa, y a cada uno, una cuarta parte de lo que le restare a don Manuel una vez deducida la participación cedida al señor Delgado Uribe. Es decir, globalmente, reducida toda la utilidad del negocio a cien partes, debían corresponderle a Martínez L. cincuenta tantos, a Samuel Delgado Uribe diez, a Manuel Uscátegui veinte, a María Josefa diez, y a Luis Felipe los diez restantes.

“El General Martínez L., investido de la personería del Estado por contrato fechado el 22 de diciembre de 1922, con tesorero afán y venciendo difficilísimos inconvenientes, llevó a feliz término las diligencias judiciales que iniciara, encaminadas a hacer volver al patrimonio nacional el inmenso latifundio que a virtud de títulos falsificados eran poseídos por la sociedad de comercio ‘Barrera, Neira & Cia.’, ya que, efectivamente, las autoridades correspondientes atendieron la denuncia de este bien oculto propuesta por el General Martínez L., y porque el título de aquel remate hecho ante la Real Audiencia por José Domingo Ortiz, volvió a su cierta y exacta proporción, y, en fin, porque los millares de hectáreas restantes, riquísimas todas en terrenos petrolíferos, entraron de nuevo al patrimonio nacional, como así resulta de la diligencia de entrega de aquellos terrenos en donde funcionarios del Gobierno recibieron del Juez correspondiente, el de Orocué, y por comisión de este Tribunal, la inapreciable riqueza sujeta en parte a la controversia de estos autos. El pleito iniciado por el General Martínez L. culminó en sentencia favorable a sus pedimentos, como así resulta del proveído final de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 15 de noviembre de 1937, reproducida en autos.

“Agotados todos estos trámites judiciales, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dictó la Resolución número 53, de 9 de marzo de 1938

(cuaderno número 3, folio 22), por la cual determinó la forma como debía liquidarse la participación que en el negocio fallado a favor del Estado correspondía al contratista Martínez L., autor de la denuncia del bien oculto, y quien celebró, se repite, el contrato de fecha 22 de diciembre de 1920, encaminado a hacer volver aquellas propiedades al patrimonio nacional.

“Ya legalizada esta última incidencia, Samuel Delgado Uribe y los Uscáteguis parece que requirieron particularmente al General Martínez L. a efecto de definir la situación nacida de los mutuos derechos de que da cuenta el contrato privado base de estos autos; mas sucedió que el General Martínez hubo de alegar a los reclamantes que nada les debía, porque dizque ningún vínculo contractual podía surgir del contrato que los mismos alegaban como causa del reclamo. En razón de este acto, el contrato fue convencionalmente simulado, no creador por tanto de ninguna obligación civil a favor del aparente cocontratante don Alfonso, quien por ende, al morir nada pudo transmitir a su padre don Manuel como deducible de la artificiosa, simulada y mentirosa convención presentada innoblemente en este proceso judicial por los presuntos cesionarios y herederos de aquel difunto padre.”

LA DEMANDA

“En vista del giro del asunto, los cesionarios de Manuel Uscátegui, señores Samuel Delgado Uribe, Luis Felipe y María Josefa Uscátegui, por medio de su apoderado doctor Jesús A. Guzmán, en su propio nombre el primero, y los Uscáteguis en este mismo carácter y como herederos de don Manuel, en memorial al Juzgado 3º Civil de este Circuito, optaron por demandar en juicio ordinario de mayor cuantía al General Jorge Martínez L., para que con su citación y anuencia se hicieran estas declaraciones:

“Primera. El documento privado suscrito por Alfonso Uscátegui y Jorge Martínez L., en Bogotá, el 21 de enero de 1921, protocolizado por escritura número 1607 de 1937, otorgada ante el Notario 3º de este Circuito, se refiere al denuncia de un bien oculto del Estado, consistente en los terrenos conocidos con el nombre de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana.

“Segunda. En consecuencia, María Josefa Uscátegui y Luis Felipe Uscátegui, como herederos y cesionarios de Alfonso Uscátegui y de Manuel Uscátegui, tienen derecho hasta el cuarenta por ciento (40%), y Samuel Delgado Uribe, como cesionario de Alfonso Uscátegui, al diez por ciento (10%) de las utilidades brutas, en dinero o en especie, que hayan producido o que produz-

can las gestiones realizadas o que realice el demandado, relativas al bien oculto ya mencionado.

“Tercera. Condénase al señor General Jorge Martínez L. a pagar, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, a María Josefa Uscátegui y a Luis Felipe Uscátegui, como herederos y cesionarios de Alfonso Uscátegui, el cuarenta por ciento (40%), y a Samuel Delgado Uribe, como cesionario de Alfonso Uscátegui, el diez por ciento (10%) de la cantidad de \$..... (la que de las pruebas resultare), que es la mitad de la suma total que en dinero ya ha recibido el demandado por concepto de negociaciones referentes al bien oculto ya descrito.

“Cuarta. Condénase al señor General Jorge Martínez L. a reconocer y pagar a María Josefa Uscátegui y a Luis Felipe Uscátegui, como herederos y cesionarios de Alfonso Uscátegui y de Manuel Uscátegui, hasta el cuarenta por ciento (40%), y a Samuel Delgado Uribe, como cesionario de Alfonso Uscátegui, el diez por ciento (10%), en dinero o en especie, del total de lo que a favor del demandado liquide la Nación como participación por el reintegro al patrimonio nacional del bien oculto consistente en los terrenos de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana.

“Quinta. Condénase al General Jorge Martínez L. a pagar a los demandantes el valor de los perjuicios que hayan sufrido por razón del desconocimiento de su derecho, y las costas de este juicio.”

El demandado General Martínez negó el derecho invocado por los demandantes, se opuso a todas las peticiones consignadas en el libelo y propuso varias excepciones con el carácter de perentorias.

El Juez de primera instancia, 3º del Circuito de Bogotá, falló el pleito en sentencia de 6 de diciembre de 1931 declarando lo siguiente: El documento privado suscrito por Alfonso Uscátegui y Jorge Martínez L., el 21 de enero de 1921, protocolizado por escritura número 1607 de 1937, otorgado ante el Notario 3º de este Circuito, se refiere al denuncia de un bien oculto del Estado en los terrenos conocidos con el nombre de “Santiago de las Atalayas” y “Pueblo Viejo de Cusiana”. En consecuencia, María Josefa Uscátegui y Luis Felipe Uscátegui, como herederos y cesionarios de Alfonso y Manuel Uscátegui, tienen derecho hasta el cuarenta por ciento (40%), y Samuel Delgado Uribe, como cesionario de Alfonso Uscátegui, al diez por ciento (10%) de las utilidades brutas, en dinero o en especies que hayan producido o produzcan las gestiones rea-

lizadas o que realice el demandado relativas al bien oculto ya mencionado. Condénase al General Jorge Martínez L. a reconocer y pagar a María Josefa Uscátegui y a Luis Felipe Uscátegui, como herederos y cesionarios de Alfonso y Manuel Uscátegui, hasta el cuarenta por ciento, y a Samuel Delgado Uribe, como cesionario de Alfonso Uscátegui, el diez por ciento, en dinero o en especie, del total de lo que a favor del demandado liquide la Nación como participación por el reintegro al patrimonio nacional del bien oculto consistente en los terrenos de “Santiago de las Atalayas” y “Pueblo Viejo de Cusiana”.

Fueron negadas las demás declaraciones contenidas en el libelo.

El demandado interpuso apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y éste profirió sentencia el 20 de junio del año próximo pasado, confirmando la del inferior y adicionándola en el sentido de no declarar probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada.

El demandado interpuso recurso de casación, que le fue concedido. Tramitado el recurso, pasa hoy a resolverse.

El Tribunal estudió los varios aspectos que constituyen el litigio, en la siguiente forma:

Contrato del 21 de enero de 1921. Respecto de este pacto, el fallador concluyó esto: Alfonso Uscátegui fue la persona que tuvo conocimiento inicial de la existencia del posible bien oculto denunciado por el General Martínez L. El contrato se refiere al bien oculto “tierras de Santiago de las Atalayas”, y la base que las autoridades tuvieron en cuenta para hacer las declaraciones del caso fue la copia que Uscátegui obtuvo del Ministerio del ramo en 1920. El contrato celebrado entre Uscátegui y Martínez L., o sea el de 21 de enero de 1921, es cierto en su contenido, tiene causa legítima, no fue fruto de simulación y ésta además no está comprobada; las cesiones consentidas por Martínez L. sobre porcentaje a terceros no perjudican a éstos, caso de ser simulado el contrato.

Como se quiso relacionar, y con relación de causalidad, el contrato de 21 de enero de 1921, con el de 5 de febrero de 1925, celebrado entre Manuel Uscátegui y Jorge Martínez L., por el cual éste, previa la declaración de que recibió de Manuel Uscátegui \$ 9.850 en documentos de deuda interna denominados billetes de tesorería, emitidos por el Gobierno de la Nueva Granada en 1853, se compromete a gestionar ante el Gobierno y ante lo Contencioso Administrativo su reconocimiento y cambio por documentos de crédito público amortizables conforme a las leyes vigentes, el fallador estudió este extremo y lo resolvió negativamente, o sea que el

pacto de 5 de febrero de 1925 es independiente del contrato de 21 de enero de 1921.

Finalmente estudió y desechó las excepciones denominadas carencia de jurisdicción, inexistencia de la obligación, enriquecimiento sin causa, lesión enorme, petición de un modo indebido y petición antes de tiempo.

Son los anteriores los fundamentos de la sentencia recurrida, y sobre los que volverá la Corte, en el estudio de los cargos.

Invocando el numeral 6º del artículo 520 del Código Judicial, el recurrente, afirmando que no se cumplió con el precepto contenido en el artículo 79 de la Ley 63 de 1936, sostiene que "es nulo, de toda nulidad, por disposición expresa de la ley, todo el proceso".

El argumento que hace el recurrente al respecto es en síntesis éste: El juicio de sucesión de Manuel y Alfonso Uscátegui se abrió el 10 de septiembre de 1938 y en él se reconocieron como herederos a María Josefa y Luis Felipe Uscátegui Gutiérrez. El presente juicio se instauró el 18 de octubre de 1938, luego "era físicamente imposible que hubiera terminado el juicio de sucesión abierto el 10 de septiembre inmediatamente anterior, que no era posible que se hubiera cumplido con la facción de inventarios ordenada en el primer auto de aquel juicio (el de sucesión) ni cumplido el emplazamiento ni la citación también ordenada en dicha providencia".

Cita luego el artículo 79 de la Ley 63 de 1936, y concluye así: "Puedo asegurar que no se cumplió con el precepto de orden público contenido en el artículo 79 de la Ley 63 de 1936; es decir, que ni en la primera instancia ni en la segunda se ordenó dar aviso escrito y circunstanciado al Juez de la causa mortuoria o al Síndico Recaudador que deba intervenir en ésta; y que tampoco existe el auto que ha debido dictarse en cumplimiento de dicho precepto. Luego es nula la articulación (sic) judicial que se adelantó en contravención a este artículo, sin perjuicio de las sanciones en que incurre el Juez contraventor".

Visto el cargo anterior, la Corte considera:

1º La causal de casación a que se refiere el numeral 6º del artículo 520 del Código Judicial, no comprende toda clase de nulidades de que adolezca o pueda adolecer un proceso, sino únicamente la consagrada en los tres numerales del artículo 448 *ibidem*, y siempre que no haya sido sancionada. Por eso, como lo ha sostenido la Corte en múltiples fallos, las demás nulidades no son alegables en casación ni viables en el recurso, y es en las instancias donde pueden proponerse y alegarse. Cuando no sucede esto, la Corte no puede considerarlas.

2º La nulidad de que trata el numeral 3º del artículo 448 citado se refiere a las personas en quienes radica la personería en un proceso, de manera que hace indispensable la comparecencia de ellas en el juicio, a efecto de que siendo oídas, puedan deducirse, en cuanto haya lugar en derecho, las pretensiones contenidas en una demanda, lo cual es obvio, porque no puede tramitarse un proceso ni menos dictarse un fallo sin que la parte que puede ser perjudicada por él haya comparecido al juicio. Por eso existe el principio general de que una sentencia no perjudica sino a quienes han sido partes en el juicio. Estas no son sino el demandante y el demandado (artículo 227 del Código Judicial) que al asumir el papel que les corresponde en el juicio, actor y opositor, quedan vinculadas procesalmente y sometidas al fallo en derecho que dicte el Juez competente.

La nulidad establecida por el numeral 3º del artículo 448 del Código Judicial no se refiere sino a quienes son parte en el juicio, en el sentido que acaba de expresarse, de modo que el numeral 6º del artículo 520 *ibidem*, o sea la causal 6º de casación, no es viable ni tiene operancia sino cuando se refiere a la falta de citación o emplazamiento de las personas en quienes por radicar la personería han debido ser llamadas al juicio.

3º La citación y comparecencia del Síndico Recaudador del impuesto sobre sucesiones, no tiene otro fundamento ni otra finalidad sino el asegurar, y hacer efectivo el impuesto sobre donaciones y defender, los intereses del Fisco al respecto, contra todo fraude o maniobra que pueda perjudicar los intereses de aquél. En ese principio se inspiran, entre otros, los artículos 936, 937, 943 a 949 del Código Judicial. Recaudado el impuesto, el Síndico nada tiene que ver más en el juicio de sucesión. Esto lleva a concluir que ni aun siquiera en tales juicios el Síndico es parte propiamente dicha en ellos.

Para asegurar los derechos del Fisco, sin duda se dictó el artículo 79 de la Ley 63 de 1936. Dicha norma, estudiada en sí y en concordancia con las que acaban de citarse, del Código Judicial, no hacen del Síndico Recaudador parte militante en ningún juicio, en el sentido que ya quedó expresado y que es el que contempla el numeral 6º del artículo 520 del Código Judicial en relación con el artículo 448 *ibidem*. Luego se desprende como lógica consecuencia que la omisión de la formalidad del aviso a que se refiere el artículo 79, no da base para la casación, ni cae dicha omisión dentro de la causal 6º ni dentro de ninguna de las consagradas por el artículo 520.

4° La interpretación y alcance del mencionado artículo 79 restringe la norma a los juicios y a las gestiones durante las cuales sobreviene la muerte del litigante o gestor, y cuando eso acaece, debe hacerse saber la existencia del asunto respectivo al Síndico Recaudador, para que entonces éste, tomando nota de la acción o derecho que radicaba en cabeza del fallecido, la haga valer y tome nota de ella en el juicio de sucesión, para avaluarla, a fin de deducir el impuesto, que es lo que interesa al Síndico, o para abrir el juicio de sucesión, cuando esto no se hubiere verificado. Pero cuando para demostrar la personería como heredero, en un juicio cualquiera, se presentan las copias del caso, tomadas del juicio de sucesión, no puede interpretarse el artículo 79 citado en el sentido de que en el nuevo juicio, que nada tiene que ver con la sucesión, debe cumplirse la diligencia referida. La conclusión contraria llevaría al extremo inadmisibles de hacer necesaria o indispensable la citación de ese empleado, en la mayoría de los procesos civiles.

Estudiado por todos los aspectos posibles el cargo fundado en la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial, se concluye que es improcedente.

En el capítulo segundo de su demanda invoca el recurrente la causal primera de casación, y fundado en ella ataca el fallo por error de hecho en que a su juicio incurrió el Tribunal, y al respecto se expresa así: "El Tribunal estima en la sentencia recurrida que la denuncia de los bienes ocultos procedió de la copia fragmentaria y adulterada de que trata el documento de 1921 que sirvió de base a la demanda, que fue llevado al juicio ordinario contra Jorge Martínez L. y que obra en el cuaderno principal en la primera copia del documento privado protocolizado ante el Notario tercero del Circuito de Bogotá bajo el número 1607, de fecha 20 de septiembre de 1937, folios 8 y 9 del cuaderno principal de la primera instancia, número 1; y la copia a que se refiere fue llevada al juicio en copia de copias, según consta en el auto de fecha 31 de agosto de 1937 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, folios 4, 5, 6 y 7 del mismo cuaderno principal de la primera instancia, número 1."

Para que una acusación en el concepto en que lo hace el recurrente, pueda ser viable en casación, es necesario no sólo señalar el error de hecho o de derecho en que incurrió el fallador al apreciar las pruebas, sino también señalar los artículos de la ley sustantiva que por ese error fueron violados. No basta, pues, el señalamiento del error, sino que es necesaria la indicación de las disposiciones violadas o quebrantadas o in-

fringidas por ese error, por cuanto, como lo dice el recurrente, y es exacto, en casación no se contemplan sino dos extremos: La sentencia, enfrentada a la ley, en virtud de la acusación. Así, por vía de ejemplo, no basta acusar un fallo por violación de una disposición sobre pruebas, que tienen carácter de sustantivas, si no se cita la disposición, también sustantiva, que por esa infracción haya podido ser quebrantada. Si en un juicio reivindicatorio, v. g., el demandante acusa el fallo únicamente por infracción del artículo 630 del Código Judicial, y se detiene ahí, aun cuando esa infracción se comprobara, no podría por eso sólo casarse la sentencia, por cuanto faltaría saber cuál otra disposición sustantiva se quebrantó por la no aplicación del artículo 630. La no aplicación de esta norma pudiera llevar, en el caso puesto como ejemplo, a la violación, por infracción, de los artículos 669 y 946 del Código Civil.

No indica el recurrente en el capítulo que se estudia cuáles son las disposiciones sustantivas infringidas por el Tribunal ni en qué sentido, si por violación directa o indebida aplicación al caso del pleito o interpretación errónea.

Lo anterior sería base más que suficiente para desechar el cargo que se estudia, como lo ha hecho muchas veces la Corte en casos semejantes (artículo 531 del Código Judicial).

No obstante, quiere esta Corporación referirse a los varios extremos que aduce el recurrente en forma de argumentos, no sin antes recalcar entre la diferencia que existe entre un alegato de instancia, en el cual sería de recibo el estudio de esos argumentos, y el recurso de casación, cuya técnica no los admite en la forma como han sido propuestos.

Observa el recurrente que el contrato firmado entre él y Alfonso Uscátegui el 21 de enero de 1921 es posterior al celebrado entre el recurrente y la Nación el 22 de diciembre de 1920 sobre denuncia de bienes ocultos, y de ahí deduce que es "absurdo" que una gestión administrativa que ya había culminado con un contrato perfecto del año anterior, pudiera haberse fundado en un contrato privado celebrado el año siguiente.

La Corte observa: El argumento anterior no demuestra o no hace ver el absurdo o la imposibilidad a que se refiere el recurrente, si se tienen en cuenta los artículos 28 del Código Fiscal, 29 de dicha obra, 4° de la Ley 27 de 1935, que regían al tiempo de la celebración del contrato sobre denuncia de bienes ocultos, y que rigen hoy con algunas modificaciones, y de los cuales resulta que es después de celebrado el contrato sobre bienes ocultos con la Nación, cuando se

hace el denunció. Luego el denunció del bien oculto es siempre posterior al contrato.

Una de las razones, la marcada con la letra b), en que sustenta el recurrente el extremo de error de hecho en la apreciación del documento de 21 de enero de 1921, es la que sigue: "Porque el contrato simulado del año 21 dice: 'Martínez L. se compromete a iniciar, sostener y sacar adelante, por su cuenta, todas las gestiones necesarias para hacer efectivo el derecho que acreditan las pruebas contenidas en las copias expedidas de orden del Ministerio de Gobierno según registro número 9587 de 26 de noviembre de 1920', y las copias a que se refiere, que obran en el expediente en folios 4 a 7 del cuaderno principal, llevadas al juicio en copia de copias como ya se hizo notar, dicen: 'Archivo Nacional. Bogotá, 6 de diciembre de 1920. . . .', siendo natural que solamente aquel día principié a sacar las copias el amanuense, que no se pueden sacar en una hora ni en un día y muchas veces ni en una semana, porque los documentos originales se hallan escritos en la antigua letra que requiere expertos en su interpretación, habiendo sido el mismo señor Alfonso Uscátegui el amanuense que cometió los errores y los yerros oportunamente tachados por el recurrente."

El fallador de Bogotá estudió y apreció el pacto de 21 de enero de 1921, desde diferentes puntos de vista, y le dio la efectividad legal del caso, después de haber estudiado los extremos de simulación y nulidad, opuestos contra aquél y que no fueron acreditados en el proceso.

Dicho pacto es claro y no se presta a diversas interpretaciones ni hay en él expresiones ambiguas. No encuentra la Corte que el Tribunal hubiera incurrido en ningún error de hecho al apreciarlo, en la forma en que lo hizo. No alcanza a ver la Corte en qué pudiera consistir el error manifiesto de aquél, que alega el recurrente, consistente en que el pacto de 21 de enero de 1921 se refiera a las pruebas contenidas en las copias expedidas por orden del Ministerio de Gobierno, según registro 9587, de 26 de noviembre de 1920. Aunque sólo en ese día se hubieran principiado a sacar las copias por el amanuense, esa circunstancia no implica un error de hecho en la apreciación del contrato de 21 de enero de 1921, porque es evidente que el original cuya copia se expidió, existía ya en 20 de enero, y fue lo expresado en ese original lo que sirvió de base tanto para el contrato Martínez-Uscátegui como para la denuncia de los bienes ocultos. La copia de ese original pudo muy bien estar terminada después del 20 de noviembre, lo cual no implica que cuando se firmó el contrato de 21 de enero no estuviera ya expedida. Y este extremo es evidente, pues como el mismo recu-

rente lo afirma, y está comprobado en autos, las copias fueron expedidas el 6 de diciembre de 1920. Las partes pudieron muy bien referirse a la fecha en que tales copias se solicitaron y como fueron expedidas, el Tribunal al tener en cuenta esa circunstancia, no pudo incurrir en error de hecho. El contrato de 21 de enero de 1921 se refiere a esas copias, y las copias existen en los autos. Por otra parte, expedidas o no las copias, no aparece de manifiesto la evidencia contraria, que es lo que constituye el error de hecho.

La controversia a que se refiere el recurrente, con el Procurador General de la Nación, en que éste se opuso a las pretensiones del demandante, por lo cual éste "reconstruyó con nuevas copias el expediente que había desaparecido", no es circunstancia que en ninguna manera pudiera influir siquiera en un error de hecho en la apreciación del pacto precitado, por dos razones: a), porque según este pacto era obligación de Martínez L. iniciar, sostener y sacar adelante, por su cuenta, todas las gestiones necesarias para hacer efectivo el derecho que acreditan las pruebas contenidas en las copias expedidas por orden del Ministerio de Gobierno, y b), porque el documento original de donde se tomaron las copias fue, según aparece de autos, encontrado o señalado por Alfonso Uscátegui, y ese documento, no las copias, fue la base de la denuncia del bien oculto.

Las anteriores observaciones son pertinentes, a juicio de la Corte, para refutar el argumento contenido en el párrafo d) del capítulo de la demanda que se estudia, pues fue el hallazgo del original por Uscátegui la causa eficiente y determinante del contrato de denuncia de bienes ocultos y de que las pretensiones del recurrente y de la Nación hubieran triunfado.

En el capítulo tercero, el recurrente acusa la sentencia por violación del artículo 1502 del Código Civil, según el cual para que una persona se obligue a otra por un acto de declaración de voluntad, es necesario, entre otras circunstancias, que exista una causa lícita.

El argumento del recurrente es el que sigue: "En el presente caso no existe esa causa porque los documentos con que procedí judicialmente en nombre y representación de la Nación, que fueron múltiples y de la mayor excepción, no fueron las copias de que trata el documento privado en que se funda la demanda de los Uscáteguis y Delgado Uribe, copia infiel y adulterada como se comprobó en las inspecciones oculares. De manera que el bien oculto no resultó de esos papeles que sacó el señor Uscátegui como simple amanuense mío, resultando su trabajo nulo y contraproducente, sino de documentos y

pruebas múltiples levantadas exclusivamente por mí. El Tribunal desconoció esto y en ese concepto violó la disposición sustantiva."

La Corte considera: Al estudiar el Tribunal el extremo de quién tuvo inicial conocimiento del posible bien oculto, se expresa así: "No hay en autos antecedente oficial, prueba directa ni indirecta, indicio o conjetura que vagamente trate de establecer que antes de la petición de copia hecha por Uscátegui al Ministerio, persona alguna distinta se hubiera interesado en conocer el acta auténtica del remate de Domingo Ortiz. Fue Alfonso Uscátegui quien hizo al Ministerio ese primer requerimiento y con él obtuvo la copia, que pasada a manos de Martínez L. sirvió de base para la denuncia presentada en días inmediatos a la fecha de la copia."

El concepto básico del Tribunal consistente en que fue Alfonso Uscátegui quien descubrió o halló el acta auténtica del remate, ni ha sido impugnado en casación, ni está contradicho en los autos. Ese hallazgo o descubrimiento fue la base para la denuncia del bien oculto, fue la prueba que demostró que la sociedad Barrera, Neira & Cia. se había apropiado de una gran extensión de tierras que eran de la Nación, en lo que consistió el bien oculto.

Fue, pues, el hallazgo del documento, del acta, lo que configuró, lo único que podía configurar la existencia jurídica del bien oculto y no *per se*, las copias exactas o nó de tal documento o acta.

En posesión de ese dato, es decir, de la existencia de ese documento, el señor Uscátegui pactó con el General Martínez L. el contrato que vino a quedar consignado en el documento de 21 de enero de 1921. De ese pacto nació la siguiente prestación: Martínez L. se comprometió a sostener, por su cuenta, haciendo todas las gestiones del caso, el derecho derivado de tal documento, obteniendo por eso un porcentaje, que le entregó Uscátegui en compensación de sus servicios, y Uscátegui hacía eso, desprendiéndose de una parte de lo que pudiera corresponderle por el hallazgo que había hecho y que dio la clave para la denuncia del bien oculto.

Hubo, pues, contraprestaciones recíprocas que revelan el motivo de cada una de las partes para celebrar el contrato que de este modo tuvo y tiene causa. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato, enseña el artículo 1524 del Código Civil, en su inciso 2°.

Por este aspecto la acusación no tiene asidero legal, y en cuanto a que el recurrente hubiera tenido que sacar nuevas copias del documento original, por ser las sacadas por Uscátegui infieles o inexactas, si por una parte no demuestra falta de causa por lo ya dicho, por la otra,

de acuerdo con el pacto de 21 de enero citado, la obligación de Martínez L. era la de hacer todas las gestiones del caso para acreditar el derecho con las pruebas expedidas por el Ministerio de Gobierno, y dentro de su gestión estaba o cabía la de rectificar la exactitud de tales copias, porque él era quien llevaba la dirección y responsabilidad del asunto.

El capítulo cuarto lo titula el recurrente "*Enriquecimiento sin causa*", y funda así su concepto: "Nuestra ley sustantiva es tan sabia y tan precisa, que en un régimen de estricto derecho concede a los Jueces de derecho la gran atribución de apreciar y de aplicar el principio de que nadie puede enriquecerse con el trabajo ajeno, impidiendo el enriquecimiento sin causa, que aun antes de existir un precepto singular como es el artículo 79 de la Ley 63 de 1936, dejándoles la facultad de estimar y de aplicar este principio aun a los que heredan legítima y honestamente bienes taxativos inventariados en las sucesiones porque pueden impedir que se hagan valer legalmente en sumas mayores de las que fueron aceptadas al inventariarlos mediante justa apreciación en el juicio respectivo de sucesión.

"Las gestiones de Alfonso Uscátegui, cuya herencia se disputan mis demandantes, se redujeron a sacar por mi cuenta, como lo tengo dicho y probado hasta con la misma correspondencia privada que acompañaron con el libelo de demanda, copias de unos papeles del archivo que no me convenía sacar personalmente para no despertar las sospechas y la malicia de los habilísimos detentadores de los bienes nacionales, copias que Uscátegui no sacó fielmente como lo demostré en las inspecciones oculares practicadas por el mismo Tribunal. El señor Uscátegui no hizo más, pues ni siquiera logró conseguir del señor Agustín Jiménez los datos que poseía como Gerente de la sociedad Barrera, Neira & Compañía, ofreciéndole una participación que buscó valiéndose de la mutua amistad para salvar las acciones que tenía como socio, según lo dejé establecido al contestar la demanda, dejándose engañar como un niño. Esa fue toda su intervención y su único aporte en mis gestiones: El no intervino ni en las gestiones preliminares para la celebración del contrato que celebré con el Gobierno el 22 de diciembre de 1920; ni en la gestión previa administrativa; ni en la dilatada y controvertida que adelanté y sostuve ante el Organó Judicial; ni en ninguna de las múltiples actividades que yo he tenido que llevar a cabo durante este ya largo proceso que culmina con la celebridad, en el cual he gastado una enorme potencialidad de energías y un capital incalculable."

La Corte considera: El demandado y hoy recurrente, propuso entre otras excepciones la de enriquecimiento sin causa. El Tribunal estimó que esa figura jurídica no es oponible como excepción, concepto exacto e incontrovertible, que acoge la Corte y que no ha sido atacado en casación.

Bastaría lo anterior para rechazar el cargo en que se ocupa la Corte. No obstante, por vía de estudio, se observa: Aun suponiendo que la acusación fuera de recibo en casación, no prosperaría, porque ya se vio que el contrato de 21 de enero de 1921, entre Uscátegui y Martínez L., tiene causa, y que de ese pacto se derivan contraprestaciones recíprocas, lo cual excluye la acción de *in rem verso*, la cual está configurada por los elementos a que se refiere la sentencia de esta Corte, de fecha 6 de octubre de 1937. (*Gaceta Judicial*, número 1930).

El extremo de la simulación de dicho pacto no fue demostrado en casación, y no hay ningún argumento legal que tenga eficacia para desvirtuar la conclusión a que llegó el Tribunal al respecto.

Caso de que se hubiera demostrado que Uscátegui no cumplió con sus obligaciones emanadas del pacto, correspondería al recurrente la acción pertinente del caso, pero vuelve a observar al respecto la Corte, que aparece, extremo no desvirtuado, que fue Alfonso Uscátegui quien halló el documento que dio origen a la denuncia del bien oculto, y que según el contrato de enero de 1921 era al General Martínez L. a quien correspondía adelantar todas las gestiones relativas a obtener la efectividad de ese bien oculto. Indudablemente Uscátegui se desprendió del cincuenta por ciento de sus acciones, o derecho, a favor de Martínez L., a trueque de que éste hiciera las gestiones del caso encaminadas a obtener la efectividad del derecho que emanaba

para la Nación del documento encontrado o hallado por Uscátegui.

Si el recurrente funda su concepto, de enriquecimiento sin causa, en el sentido de que el pacto de 21 de enero tiene como base o causa el negocio de los billetes de tesorería, es un extremo que está desvirtuado en los autos y a que se refiere el Tribunal fallador para desecharlo, con argumentos ajustados a la ley. En esta parte del fallo tampoco ha encontrado la Corte que el sentenciador haya incidido en errores de hecho o de derecho.

El cargo que se estudia no puede, por lo tanto, prosperar.

La parte final de la demanda de casación denominada "*Conclusiones legales y morales*", son apreciaciones del recurrente, pero no entrañan un cargo en casación ni caen dentro de ninguna de las causales del artículo 520 del Judicial. Son, sin duda, apreciaciones respetables y personales del recurrente, pero sin eficacia legal para romper la sentencia que debe quedar en pie en virtud de todo lo dicho en el presente fallo, en que el problema se ha resuelto, enfrente de las acusaciones del recurrente, que es lo que compete a la Corte.

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

Las costas son de cargo del recurrente.

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

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



Enajenación de bienes de los cónyuges bajo el imperio de la Ley 28 de 1932.

Los bienes que eran sociales para el 1º de enero de 1933, y que no tenían por qué dejar de serlo ante el solo hecho de regir la nueva ley, no pueden enajenarse, ya bajo ella, sino por ambos socios mientras dure la sociedad y no haya habido liquidación que los traspase a uno solo de los dos; de ahí que sean infirmables y aun se hayan infirmado enajenaciones de bienes en esa situación hechas por el marido sin el concurso de la mujer, o por ésta sin el concurso del marido. En contraste con esos bienes, los adquiridos por uno de los consortes a cualquier título durante el matrimonio bajo la vigencia de la nueva ley, son de la libre disposición del respectivo adquirente, de suerte que para la validez de su enajenación no se requiere la concurrencia o intervención del otro.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaias Cepeda)

Se pasa a decidir hoy el recurso de casación interpuesto por Zenón M. Rosero contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, fechada el veintiséis de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, confirmatoria de la que dictó el Juez 2º Civil de ese Circuito el veinticinco de julio del mismo año, que absolvió a Alejandro Guerrero de los cargos de la demanda de reivindicación presentada contra él por Rosero.

La señora Amalia Bermúdez de Rosero, casada con Zenón M. Rosero desde 1913, adquirió por compra que hizo al señor Francisco Salas E., por escritura número 32, del 31 de enero de 1934, otorgada en la Notaría Segunda de Pasto, una casa situada en dicha ciudad y determinada como allí se indica.

Posteriormente, por escritura número 44, del 7 de febrero de 1941, otorgada en la Notaría Primera de la misma ciudad de Pasto, Amalia Bermúdez de Rosero vendió la citada casa al señor Alejandro Guerrero B.

Zenón M. Rosero, en el concepto de que la casa entró a formar parte de los bienes de la

sociedad conyugal formada por él con Amalia Bermúdez y que ésta no podía disponer de ella, demandó a Guerrero, a nombre de dicha sociedad y pidió que se declare que la casa pertenece a la misma sociedad, que se ordene a Guerrero restituirla y que se le condene en costas.

El Juez y el Tribunal consideraron que habiendo sido adquirida por Amalia Bermúdez de Rosero con posterioridad a la vigencia de la Ley 28 de 1932, podía ella, en virtud de su plena capacidad jurídica y de lo estatuido en el artículo 1º de la citada Ley, disponer de la casa por sí sola.

EL RECURSO

Con apoyo en la primera de las causales señaladas en el artículo 520 del Código Judicial, el demandante Rosero acusa la sentencia del Tribunal como violatoria, por infracción directa, de los artículos 1781, 1782 y 1783 del Código Civil y de la Ley 28 de 1932, ésta por aplicación indebida e interpretación errónea. Agrega que el Tribunal dejó de apreciar la prueba testimonial que figura en autos, y que si la apreció lo hizo erróneamente, de donde se deduce que acusa también la sentencia por errores de hecho y de derecho en la apreciación de esa prueba.

Se considera:

La Corte ha estudiado, amplia y detenidamente, en multitud de sentencias que adelante se citarán, la interpretación y el alcance que deben darse a la Ley 28 de 1932.

Conforme a esa doctrina y al texto literal del artículo 1º de la citada Ley, es de toda evidencia que la señora Amalia Bermúdez tenía pleno derecho y capacidad jurídica suficiente para administrar y enajenar libremente la casa sobre que versa el pleito. De consiguiente, es muy claro que la señora de Rosero podía, por sí sola, disponer legítimamente de ella, y, por lo mismo, resulta incuestionable que la acción iniciada por Rosero no tiene fundamento legal.

Un caso enteramente similar al presente estudió la Sala, en sentencia de fecha veinte de abril de mil novecientos cuarenta y dos, que corre publicada a las páginas 339 y siguientes de la *Gaceta Judicial*, números 1984 y 1985, y como nada nuevo se podría agregar aquí, y la misión

principal de la Corte es unificar la jurisprudencia, se reproducen a continuación los párrafos pertinentes de ese fallo:

“La Ley 28 de 1932 dio lugar a comentarios múltiples, interpretaciones diversas y graves dificultades en nuestro Foro, ya considerada en sí misma, ya en relación con el Código Civil. A varias de esas dificultades atendió esta Sala en su sentencia de 20 de octubre de 1937 (*Gaceta Judicial*, t. XLV, págs. 630 y siguientes). Los pleitos relacionados con esos problemas que posteriormente han llegado a la Corte, han determinado en cada caso nuevo estudio de las más de esas cuestiones, sin que haya modificado los conceptos que entonces expresó, por más que, cual corresponde a sus deberes de sentenciador, en tal estudio haya estado siempre lista a corregir un yerro, en cuanto en su labor desprevenida llegue a convencerse de haber incurrido en él. Entre esas cuestiones figuran las que una vez más se le presentan ahora con motivo del recurso en cuya decisión está, y acontece que ahora tampoco halla motivo para recoger o modificar sus aludidas conclusiones y conceptos.

“Así, por ejemplo, no halla que la facultad de libre disposición otorgada por esa Ley en su artículo 1º, se limite a los bienes que hayan sido materia de la liquidación autorizada en su artículo 7º; ni encuentra circunscrita esa libre disposición a los bienes que constituían adquisiciones personales y no sociales, a la luz del Código.

“Por el contrario, ese artículo 1º dice:

‘Durante el matrimonio, cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera...’

‘Como se ve, aquella potestad dispositiva se confiere a cada cónyuge sobre toda adquisición del mismo, sin distinción ni salvedad alguna en lo atañedor a adquisiciones posteriores al 1º de enero de 1933, para concretar la reflexión al caso singular de este pleito.

‘Los bienes que la Ley encontró adquiridos ya ese día tenían, cada cual, la situación que correspondía a las disposiciones legales hasta entonces vigentes, y así, podían ser unos de la sociedad, otros del marido, otros de la mujer; y es claro que los sociales no podían dejar de serlo por el solo hecho de entrar esa Ley en vigor. Desaparecida la administración exclusiva del marido, quedaron en la administración conjunta de él y la mujer restablecida por la misma Ley 28, y del propio modo para su enajenación vino a necesitarse el concurso de la mujer, ya que el marido dejó de ser el dueño de los bienes sociales

que era ante terceros, según el artículo 1806 del Código. Claro es que los bienes que eran propios de la mujer o del marido entraron a aquella libre disposición personal establecida por la nueva Ley, lo que no introducía novedad para los del marido, pero sí cambió fundamentalmente lo atañedor a los de la mujer, a lo que concurre, por su lado, la plena capacidad civil que la nueva Ley a ésta otorgó.

“Si los consortes quieren acabar con esa situación de necesaria intervención de ambos, en que quedaron los bienes sociales existentes para cuando la nueva Ley entró a regir, ella en su artículo 7º les ofrece el medio sencillo de la liquidación provisional que conferirá a cada socio título sobre los que se le adjudiquen, los cuales, adquiridos por él así y ya bajo la Ley nueva, pasan por ende a la situación establecida en la parte transcrita de su artículo 1º.

“Però las adquisiciones nuevas o, por mejor decir, las posteriores al 1º de enero de 1933, fecha en que la nueva Ley entró a regir, no necesitan de esaliquidación antedicha, la que les viene de suyo por ministerio de ese mismo artículo 1º.

“Los bienes que eran sociales para dicho 1º de enero y que, como ya se dijo, no tenían por qué dejar de serlo ante el solo hecho de regir la nueva Ley, no pueden enajenarse, ya bajo ella, sino por ambos socios mientras la sociedad dure y no haya habido liquidación que los traspase a uno solo de los dos; de ahí que sean infirmables y aun se hayan infirmado enajenaciones de bienes en esa situación, hechas por el marido sin el concurso de la mujer o por ésta sin el concurso del marido. En contraste con esos bienes, los adquiridos por uno de los consortes a cualquier título durante el matrimonio bajo la vigencia de la nueva Ley, son de la libre disposición del respectivo adquirente, de suerte que para la validez de su enajenación no se requiere la concurrencia o intervención del otro.

“Las reglas de derecho a que obedece el artículo 71 de nuestro Código Civil obligan a reconocer que en cuanto haya incompatibilidad u oposición entre disposiciones del mismo y la Ley 28, es ésta por su posterioridad la que debe prevalecer y aquéllas las que han de entenderse reformadas o abrogadas. En lo que unas y otra coexistan, debe buscarse la debida correspondencia y armonía a que el Código se refiere en su artículo 30.

“Por eso, subsistiendo el régimen legal de sociedad conyugal entre marido y mujer, constituida por el mismo hecho del matrimonio, y habiéndose de reputar sociales los bienes que durante ella adquiriera cualquiera de los cónyuges a título oneroso, según el transcrito nume-

ral 5º del artículo 1781, y teniendo, por otra parte, cada cónyuge la libre disposición de los bienes que durante el matrimonio adquiriera, al tenor del artículo 1º de la Ley 28, en lo pertinente transcrito aquí también, la Corte conceptuó en su citada sentencia de 20 de octubre de 1937, y ha insistido en conceptuar en las que posteriormente ha dictado sobre este tema, que tales bienes han de figurar como sociales en la liquidación de la sociedad, en cuanto para entonces no haya ejercitado su potestad de libre disposición el cónyuge que las haya adquirido. Así se concilian esa calidad de sociales que les da el Código y esta libre disposición que a cada cónyuge confiere la Ley. Y esta conciliación no es simplemente resultado de una labor interpretativa, sino ordenamiento de la misma Ley, la cual en la primera parte o primer miembro de su artículo 1º establece esa libre disposición y en el segundo miembro del mismo artículo agrega: 'pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación'.

"Por su pertinencia al caso de autos se entresacan y trasladan los siguientes párrafos de la referida sentencia de 20 de octubre:

'... antes de la disolución de la sociedad, ni el marido tiene derecho sobre los bienes de la sociedad manejados por la mujer, ni ésta tampoco sobre los bienes de la sociedad manejados por aquél, dándole así (la Ley 28) a cada uno de los esposos, la calidad de dueño que antes competía exclusivamente al marido, a cuyo fin hubo de crearse la doble administración de los bienes, cuyo carácter de sociales no viene a revelarse ante terceros sino al disolverse la sociedad.'

'Un inmueble adquirido hoy por la mujer a título oneroso durante el matrimonio, constituye un bien social que ella puede enajenar y administrar libremente en fuerza de su plena capacidad, pero virtualmente susceptible, en su carácter de bien social, de constituir uno de los elementos integrantes de la masa partible, como activo de la sociedad conyugal, si a tiempo en que ésta se disuelva no ha sido enajenado.'

'La mujer casada y mayor posee plena capacidad civil desde la fecha citada (1º de enero de 1933), por ministerio de la propia Ley que se la confirió sin atenuaciones ni reservas, comoquiera que la capacidad de la mujer para administrar sus bienes rígese inmediatamente por la ley posterior (artículo 23 de la Ley 153 de 1887). En virtud de esa capacidad, la mujer está actualmente investida de toda personería.'

'La administración de la sociedad conyugal competía exclusivamente al marido. Pero era un administrador que ante terceros dejaba de serlo para adquirir la calidad de dueño de los bienes sociales:... Además, como jefe de la sociedad conyugal administraba libremente no sólo los bienes sociales sino también los bienes propios de la mujer... El artículo 1808 recalca que la mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad.'

'La Ley 28 de 1932 consagró un nuevo régimen patrimonial entre esposos, cerrando así el tradicional sistema hasta entonces imperante.'

"Habiéndose aludido a la insistencia de la Sala en sostener las opiniones expuestas en ese fallo de 20 de octubre de 1937, cuandoquiera que se le han vuelto a presentar los problemas mencionados, conviene citar las sentencias respectivas. Ellas son: la de 29 de marzo de 1939 (G. J., tomo XLVII, páginas 731 y 732); la de 18 de abril de ese año (G. J., tomo XLVIII, páginas 40 y 41), la de 2 de agosto de 1940 (G. J., tomo XLIX, páginas 483 y siguientes); la de 28 de septiembre del mismo año de 1940 (G. J., tomo L, páginas 343 y siguientes); la de 10 de julio de 1941 (G. J., tomo LI, páginas 798 y siguientes), y la de 24 de marzo de 1942 (G. J., tomo LIII, páginas 259 y siguientes).

"De lo expuesto se deduce, en suma, que si el cónyuge —marido o mujer— adquirente de un bien, después del 31 de diciembre de 1932, lo enajena por sí solo antes de disolverse la sociedad conyugal, ejercita un derecho que la ley le confiere o atribuye."

Sostiene también el recurrente que el Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho por no haber tenido en cuenta, o por haber apreciado erróneamente, la prueba testimonial que obra en autos, con la cual se propuso demostrar que el dinero con que la señora de Rosero compró la casa, fue suministrado por el actor, quien lo reunió en virtud de ahorros hechos de su sueldo, que conforme a la ley, pertenecía a la sociedad conyugal.

Fuera de que esa prueba no tiene fuerza legal suficiente para desvirtuar la que arroja la escritura pública por medio de la cual se adquirió la casa, si ella pudiera tener valor en presencia de lo dispuesto en los artículos 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887, sólo serviría para comprobar que Rosero tiene un crédito a su favor y a cargo de la sociedad conyugal formada por él y la señora de Rosero, o a cargo de ésta, que habrá de tenerse en cuenta al liquidar la sociedad.

No son, por lo dicho, fundados los cargos formulados contra la sentencia del Tribunal, la cual no debe ser infirmada.

Acción de resolución de un contrato. — Exceptio non adimpleti contractus. — Su alcance, origen y naturaleza jurídica.

Es inaceptable la tesis de que para que pueda oponerse eficazmente la excepción de contrato no cumplido se requiere que el excepcionante haya cumplido o se allane a cumplir por su parte las obligaciones que le corresponden. Este principio, así expresado en forma absoluta, es la negación jurídica de la *exceptio non adimpleti contractus*, reconocida por el artículo 1609 del Código Civil, y con la cual el resultado que precisamente se busca es el de que "cada uno de los contratantes puede negarse a ejecutar su prestación mientras no reciba la respectiva contraprestación, para llegar de esa suerte a obtener que la convención se ejecute dando y dando." No es necesario para el uso legítimo de esta excepción, no tratándose de obligaciones de sucesión determinada, el previo cumplimiento del excepcionante, puesto que de acuerdo con el principio general ninguna de las partes está obligada a cumplir sin haber recibido al propio tiempo lo que se le debe. Lo que sucede, según lo enseñan los tratadistas, es que para excepcionar por contrato no cumplido es preciso proceder con buena fe, porque de otro modo la excepción debe ser rechazada y condenado el reo a cumplir la prestación demandada. "No podrá negarse al cumplimiento aquel que por un acto de que es responsable haya impedido al deudor el cumplimiento de su obligación o que haya justificado con su incumplimiento la negativa de éste a cumplir", dicen Planiol y Ripert, tomo 6º, número 454.

Ya en sentencia de la Sala de Casación, de fecha 29 de febrero de 1936, se estudiaron y expusieron las reglas jurídicas especiales conforme a las cuales deben cumplir sus

prestaciones los obligados por contratos bilaterales, tendientes todas, dentro de la norma fundamental de la fuerza obligatoria de los contratos consagrada en el artículo 1602 del Código Civil, a conservar la simetría contractual o equilibrio de los intereses de las partes, exigida por la reciprocidad o correlación de las obligaciones surgidas de la convención bilateral. Allí se expuso, además, el origen, la naturaleza, alcance y funcionamiento de la llamada *exceptio non adimpleti contractus*.

La forma de condena condicional de la sentencia, que equivale a decir: el reo no cumpla mientras el actor no cumpla, o cumpla si el otro cumple, no encaja dentro de nuestro sistema jurídico contractual, en el cual la acción de cumplimiento se rechaza por prematura, puesto que si el acreedor no ha cumplido por su parte la obligación que le incumbe, su demandado no está en mora de cumplir lo pactado, y no estando en mora, su prestación no es exigible. Sería jurídicamente irregular la condena al pago de una obligación sin exigibilidad.

La defensa fundada en contrato no cumplido pertenece indudablemente a la categoría de las excepciones dilatorias, puesto que con ella no se persigue la exoneración de la deuda sino suspender o retardar temporalmente la pretensión del demandante para obtener la ejecución completa y recíproca de las obligaciones bilaterales, como lo anotan Ennecerus y Von Tuhr. Equivale, por su estructuración y funcionamiento, a la excepción de petición antes de tiempo. La fórmula decisoria que propugna el recurrente de condenar al cumplimiento simultáneo de actor y reo de sus recíprocas pres-

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, con fecha veintiséis de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

taciones, tiene pleno fundamento en el derecho alemán, como lo advierten los precitados tratadistas, porque de acuerdo con el artículo 322 del Código Civil de Alemania, el demandado en ejecución de un contrato sinalagmático por la prestación que debe no podrá negarse a cumplir mientras no se le pague a él la contraprestación correspondiente, sino que será condenado a la ejecución simultánea con lo que su actor le deba. Pero dentro de nuestro régimen legal no cabe ensamblar esta solución condenatoria, en cuya no adopción por el Tribunal sentenciador no ha habido ningún quebranto ni menosprecio de la ley sustantiva. A Von Tuhr, refiriéndose al precitado artículo 322 del Código alemán, le parece "esta institución un tanto pedante y entorpecedora para el régimen ejecutivo de las obligaciones."

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca)

ANTECEDENTES

Los señores Elias Juan, en representación de "E. & M. Juan", James W. Crump, en representación de "James W. Crump & Co., S. en C.", y Nicolás del Castillo, en su propio nombre, celebraron en Cartagena, el 26 de octubre de 1935, un contrato que consignaron en documento privado y en el cual, en lo pertinente, estipularon:

"Primero. Los suscritos damos fe de ser en esta ciudad los únicos agentes vendedores de las casas productoras de automóviles y camiones marca Ford, Lincoln, Chevrolet, Plymouth, De Soto, Crysler y Fargo, así: los señores James W. Crump & Co., S. en C., de los automóviles y camiones Chevrolet; los señores E. & M. Juan, de los automóviles y camiones Ford y Lincoln, y Nicolás del Castillo S., de los automóviles Plymouth, De Soto, Crysler y de los camiones Fargo.... Segundo. Los suscritos nos comprometemos en forma recíproca a no establecer ninguna clase de competencia entre nosotros mismos, en relación con la venta de los automóviles y camiones que agenciamos, respecto al precio de ellos, los cuales serán fijados de conformidad con lo acordado en la cláusula octava del presente contrato.... Cuarto. Cuando uno de nosotros tenga que recibir vehículos de segunda mano, a buena cuenta del precio de uno o más nuevos que venda, deberá dar aviso inmediato de dicha operación a las demás partes contratantes, no siéndole permitido a la parte vendedora recibir, como parte del precio de la venta, un vehículo de segunda mano por valor mayor

al que le fije el señor Elias Juan, sin embargo de poderlo recibir por menor suma de la indicada por éste, o no recibirlo: Quinto. El señor Elias Juan estará obligado a entregar a la parte vendedora un comprobante por escrito en que conste el precio que le asigne a cada uno de los vehículos de segunda mano que la primera tenga que recibir en la forma indicada en la cláusula anterior, detallando en dicho comprobante la marca, número, modelo y demás requisitos que sean necesarios para determinar dicho vehículo. La parte vendedora, a su vez, entregará a Elias Juan un comprobante por escrito en que conste la suma por la cual recibe o se compromete a recibir el referido vehículo de segunda mano. Sexto. En el caso de que sea E. & M. Juan la que tuviera que recibir vehículos de segunda mano en la forma indicada en la cláusula cuarta, dicho automóvil o camión será justipreciado por Elias Juan, pero la mencionada firma E. & M. Juan estará en la obligación de entregar a las demás partes contratantes un comprobante por escrito en que conste la suma por la cual recibe o se compromete a recibir el referido vehículo.... Décima. Los señores James W. Crump & Co., S. en C., estarán obligados, en virtud del presente convenio, a entregar a 'E. & M. Juan', por concepto de bonificación, la suma de \$ 150 O/L. inmediatamente después de la venta de cada vehículo por aquellos agenciados. Undécima. El señor Nicolás del Castillo estará obligado, en virtud del presente contrato, a entregar a 'E. & M. Juan', por concepto de bonificación, la suma de \$ 150 O/L., inmediatamente después de la venta de cada vehículo por aquél agenciados. Duodécimo. 'E. & M. Juan' estarán obligados a entregar a cada uno de los señores James W. Crump & Co., S. en C., y Nicolás del Castillo S., por concepto de bonificación, la suma de \$ 75 O/L., inmediatamente después de la venta de cada vehículo marca Ford y Lincoln.... Décimasexta. Cada una de las partes contratantes se compromete a tener en la calle un empleado vendedor...."

En libelo fechado el 22 de mayo de 1936, repartido al Juzgado 1º Civil del Circuito de Cartagena, Elias Juan, como socio administrador de "E. M. Juan", afirmando que de su parte ha estado cumpliendo las obligaciones contractuales que le corresponden y que Nicolás del Castillo y "James W. Crump & Co., S. en C.", habían infringido el contrato no sólo por omisiones sino por actos positivos violadores de sus estipulaciones, demandó a éstos para que se declare la resolución del contrato con la correspondiente indemnización de perjuicios.

No sólo se opusieron los demandados a las pretensiones del actor, sino que, afirmando ha-

ber ellos cumplido el contrato e incumplídotlo su demandante, promovieron contra "E. & M. Juan" sendas demandas de reconvección, en que piden, en síntesis, que se declare que "E. & M. Juan" están obligados a cumplir el contrato del 26 de octubre de 1935; que deben pagar a cada uno de los contrademandantes la suma de \$ 5.325 por concepto de bonificaciones sobre los vehículos vendidos por el demandado desde el 1º de noviembre de 1935 hasta el 30 de mayo de 1936; que deben pagar a cada uno de los demandantes \$ 75 por cada uno de los vehículos que el demandado vendió desde el 31 de mayo hasta el 1º de noviembre de 1936, y que está obligado a pagar a cada uno de los demandantes, por concepto de pena y perjuicios, la suma de \$ 2.000.

El actor principal negó los hechos de las contrademandas y se opuso a las pretensiones de sus contrademandantes, trabándose de esta manera la litis que fue decidida en primera instancia por el Juzgado del Circuito en sentencia de 24 de enero de 1939, en la cual se decretó la resolución del contrato y se absolvió a "E. & M. Juan" de las demandas de reconvección.

SENTENCIA RECURRIDA

La apelación interpuesta por la parte desfavorada llevó el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, donde se surtió el segundo grado del juicio que terminó con la sentencia de 18 de diciembre de 1941, en la cual se revocó la apelada y en su lugar se decidió:

"No se declara resuelto el contrato de 26 de octubre de 1935, celebrado entre los señores E. & M. Juan, Nicolás del Castillo y James W. Crump & Co., como tampoco se hacen las condenas consecuenciales demandadas.

"Los señores E. & M. Juan no están obligados a cumplir el aludido contrato de 26 de octubre de 1935, ni las prestaciones consecuenciales enumeradas en las respectivas contrademandas, en la forma allí expresada.

"No hay especial condenación en costas."

El Tribunal examina y analiza todas las pruebas aducidas por las partes y llega a la conclusión de que está plenamente establecido que tanto "E. & M. Juan", como "James W. Crump & Co." y Nicolás del Castillo, todos los que celebraron el contrato que sirve de origen a las acciones incoadas, han incurrido igualmente en violación de sus obligaciones contractuales; y sobre esta situación de hecho afirma la absolución total de demandado y contrademandados con fundamento en la tesis jurídica de que habiendo incumplimiento recíproco por parte de todos los contratantes, ninguno de ellos está en mora de

cumplir lo pactado, y por tanto es improcedente tanto la acción resolutoria ejercitada en la demanda principal como la acción de cumplimiento incoada en las demandas de reconvección.

EL RECURSO

Contra la sentencia del Tribunal interpusieron oportunamente recurso de casación ambas partes, que la Corte declaró admisible. El de la parte demandante, por haberse presentado la situación del artículo 532 del C. J., fue declarado desierto en providencia del 6 de agosto del año retropróximo (folio 12 del cuaderno de la Corte); de modo que sólo está a la consideración de esta Superioridad el recurso interpuesto por la parte demandada.

Se funda éste en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial y en su demanda fundamental se indican como violados por la sentencia los artículos 1609 del Código Civil, por errónea interpretación y aplicación indebida, y 1602 y 1546 de la misma obra, "por no haberlos aplicado, siendo aplicables, y por no haber ordenado, con fundamento en ellos, el cumplimiento del contrato."

Afirma el recurrente que el Tribunal adujo las violaciones contractuales en que incurrió "E. & M. Juan" para negarle la acción resolutoria del contrato, y que por tanto faltó a la lógica al no tener en cuenta las mismas violaciones para negarle, en relación con la acción de cumplimiento ejercitada por Castillo y Crump & Co., la excepción de contrato no cumplido, ya que legalmente se requiere para oponer eficazmente esta defensa que el excepcionante haya cumplido o se allane a cumplir, por su parte, las obligaciones que le corresponden. Al negar la resolución, lógicamente ha debido el Tribunal ordenar el cumplimiento del contrato. Al declarar fundada la excepción de contrato no cumplido y absolver en consecuencia a los demandados, da la sentencia a esta excepción un alcance que no le corresponde, puesto que en el caso de que sea fundada, su efecto no puede ser la desestimación de la demanda sino la condena al demandado de cumplir su prestación simultáneamente a la contraprestación del actor, como se deduce de la naturaleza misma de la excepción.

Se considera:

Sea lo primero advertir, para determinar exactamente la cuestión de derecho que se plantea en el recurso, que la decisión absolutoria de la sentencia se funda en el hecho demostrado, no combatido en casación con ningún cargo por errónea apreciación probatoria, de que ninguna de las partes contratantes dio adecuado ni oportuno cumplimiento a sus obligaciones recípro-

cas. Es verdad que el Tribunal asienta que "E. & M. Juan" carecían de la acción resolutoria que intentaron por haber faltado al cumplimiento de algunas de sus obligaciones contractuales, pero no es menos cierto que al absolver a esta sociedad de las demandas de reconvención, afirmó que los contrademandantes carecían de la acción de cumplimiento del contrato porque los actores Crump & Co. y Del Castillo tampoco habían cumplido las prestaciones que les correspondían, de donde dedujo, a la luz del artículo 1609 del Código Civil, la falta de la mora indispensable para la prosperidad de la acción. Como resultado del análisis probatorio del proceso, el Tribunal consideró que en este caso hubo violación por parte de los tres contratantes por haber faltado todos al cumplimiento de las obligaciones que conforme al contrato se debían recíproca y simultáneamente por efecto de su relación e interdependencia.

Es inaceptable la tesis de la demanda de que para que pueda oponerse eficazmente la excepción de contrato no cumplido se requiere que el excepcionante haya cumplido o se allane a cumplir por su parte las obligaciones que le corresponden. Este principio, así expresado en forma absoluta, es la negación jurídica de la *exceptio non adimpleti contractus*, reconocida por el artículo 1609 del Código Civil, y con la cual el resultado que precisamente se busca es el de que "cada uno de los contratantes puede negarse a ejecutar su prestación mientras no reciba la respectiva contraprestación, para llegar de esa suerte a obtener que la convención se ejecute 'dando y dando'. No es necesario para el uso legítimo de esta excepción, no tratándose de obligaciones de sucesión determinada, el previo cumplimiento del excepcionante, puesto que de acuerdo con el principio general ninguna de las partes está obligada a cumplir sin haber recibido al propio tiempo lo que se le debe. Lo que sucede, según lo enseñan los tratadistas citados por el recurrente, es que para excepcionar por contrato no cumplido, es preciso proceder con buena fe, porque de otro modo la excepción debe ser rechazada y condenado el reo a cumplir la prestación demandada. "No podrá negarse al cumplimiento aquel que por un acto de que es responsable, haya impedido al deudor el cumplimiento de su obligación o que haya justificado con su incumplimiento la negativa de éste a cumplir". (Planiol y Ripert, t. 6, número 454). Huelga advertir que en este caso no se está en esta situación excepcional porque nada en el fallo acusado autoriza para pensar que el incumplimiento de "James W. Crump & Co." y de Nicolás del Castillo fuera causado por un acto de mala fe imputable a "E. & M. Juan", o que esta

sociedad hubiera justificado el incumplimiento de aquéllos por no haber cumplido una previa prestación a su cargo.

Entre otros pasajes de la sentencia, los que en seguida se copian muestran inequívocamente las conclusiones del Tribunal en punto de negligencia recíproca de las partes contratantes:

"...No aparece por ninguna parte en el proceso que se hubiera confeccionado y fijado la lista de los precios de los vehículos, por lo que se infiere que los contratantes no cumplieron este esencial compromiso que debió cumplirse apenas celebrado el contrato, y que, revela su importancia en la consideración de la mutua competencia que trataron de evitarse.

"Del análisis probatorio que viene expuesto se concluye con toda seguridad que el señor Del Castillo violó la cláusula 11 del contrato, porque habiendo realizado las ventas de que se hace mención, no pagó, inmediatamente efectuadas, como lo manda la cláusula, las bonificaciones a que estaba obligado.

"No aparece en el proceso que esta sociedad (James W. Crump & Co.) tuviera en el comercio un empleado vendedor de los vehículos que agenciaba.

"Tanto el señor Nicolás del Castillo como la sociedad James W. Crump violaron el contrato de 26 de octubre en varias cláusulas, muy especialmente en aquella que los obligaba al pago de las bonificaciones a los señores Juan por cada automóvil o camión que vendiesen.

"Sin embargo, ya se han visto y apuntado otras infracciones contractuales cometidas de parte y parte, las que harían llegar al mismo resultado de excepción de incumplimiento que cada una de aquéllas puede oponer a su opositora.

"En definitiva, para el Tribunal se presenta una especie de compensación de culpas en cuanto a la mora. Tanto los señores Juan como los demandados estuvieron en mora al no cumplir estrictamente con la obligación de pagarse las bonificaciones en la convención, aun haciendo caso omiso de la falta del requisito previo de la reconvención judicial de cada deudor por su acreedor respectivo para constituirlo en mora."

En sentencia de esta Sala, de fecha 29 de febrero de 1936 (G. J., tomo XLIII, páginas 342 y 343), se estudiaron y expusieron las reglas jurídicas especiales conforme a las cuales deben cumplir sus prestaciones los obligados por contratos bilaterales, tendientes todas, dentro de la norma fundamental de la fuerza obligatoria de los contratos consagrada en el artículo 1602 del Código Civil, a conservar la simetría contractual o equilibrio de los intereses de las partes exigida por la reciprocidad o correlación de

las obligaciones surgidas de la convención bilateral. Allí están expuestos el origen, la naturaleza, alcance y funcionamiento de la llamada *exceptio non adimpleti contractus*.

La parte que ha incumplido las obligaciones que le corresponden en un contrato bilateral, queda expuesta, de acuerdo con la ley, a la acción alternativa del artículo 1546 del Código Civil y a la excepción de contrato no cumplido del artículo 1609 *ibidem*; pero la primera de estas disposiciones, al conceder el derecho optativo al contratante diligente, la niega implícitamente al que no ha dado cumplimiento a sus obligaciones, como lo impone la buena fe, que es principio básico del derecho contractual, porque la ejecución simplemente unilateral de un contrato sinalagmático pugna con la justicia y es inconciliable con la economía y el espíritu de ese acto jurídico. La acción de cumplimiento (1546, inc. 2) corresponde exclusivamente al contratante que ha cumplido por su parte sus obligaciones contractuales, porque es de este cumplimiento de donde surge el derecho de exigir que los demás cumplan las suyas; de modo que para el ejercicio legalmente correcto de esta acción no basta que el demandado haya dejado de cumplir las prestaciones a que se obligó, sino que es indispensable también que se haya colocado en estado legal de mora, que es condición previa de la exigibilidad, para lo cual es preciso que el contratante demandante haya cumplido por su parte las obligaciones que el contrato bilateral le imponía o que está pronto a cumplirlas en la forma y tiempo debidos, porque de otra manera el demandado no sería moroso en virtud del principio consignado en el artículo 1609 del Código Civil, que traduce en fórmula positiva el aforismo de que "la mora purga la mora". En el caso de que todas las partes que celebraron el contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, para las cuales ni la ley ni el contrato señalan orden de ejecución, caso no especialmente previsto por la ley y contemplado en este pleito, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia, para todos, de las dos acciones que alternativamente concede el inciso segundo del artículo 1546 del Código Civil, situación ésta de involuntaria y estéril anomalía contractual que se prolongará hasta cuando alguno de los contratantes, cumpliendo con lo suyo, se habilite para demandar contra el otro la resolución o el cumplimiento contractual, o hasta cuando la prescripción ponga término a las indicadas acciones.

Respecto de la acusación final que contiene la demanda sobre la fórmula absolutoria que usó la sentencia al declarar que "E. & M. Juan" no

están obligados a cumplir el contrato de 26 de octubre de 1935 como se les pide en las demandas de reconvencción, lo mismo que la acción resolutoria principal, no hay duda, como lo afirma el recurrente, de que se trata de una negativa simplemente provisional, en manera alguna equivalente a una absolución exhaustiva de las acciones que legalmente se originan en el contrato sobre cuyo cumplimiento e incumplimiento recíprocamente afirmado e imputado por cada uno de los contratantes al otro, se han enfrentado las partes en este pleito. Pero a pesar de la naturaleza precaria de la situación jurídica planteada por la sentencia definitiva, respecto de la prestación de las obligaciones recíprocas nacidas del contrato cuestionado, la fórmula de la sentencia no puede ser la de que se condene al demandado en reconvencción a cumplir lo de su cargo simultáneamente a las prestaciones correspondientes a sus demandantes según el contrato, porque esta forma de condena condicional (pues equivale a decir: el reo no cumpla mientras el actor no cumpla, o: cumpla si el otro cumple) no encaja dentro de nuestro sistema jurídico contractual, en el cual, como ya se vio, la acción de cumplimiento se rechaza por prematura, puesto que si el acreedor no ha cumplido por su parte la obligación que le incumbe, su demandado no está en mora de cumplir lo pactado, y no estando en mora, su prestación no es exigible. Sería jurídicamente irregular la condena al pago de una obligación sin exigibilidad.

La defensa fundada en contrato no cumplido pertenece indudablemente a la categoría de las excepciones dilatorias, puesto que con ella no se persigue la exoneración de la deuda sino suspender o retardar temporalmente la pretensión del demandante para obtener la ejecución completa y recíproca de las obligaciones bilaterales, como lo anotan Enneccerus y Von Tuhr. Equivale, por su estructuración y funcionamiento a la excepción de petición antes de tiempo. La fórmula decisoria que propugna el recurrente, de condena al cumplimiento simultáneo de actor y reo de sus recíprocas prestaciones, tiene pleno fundamento en el derecho alemán, como lo advierten los precitados tratadistas, el primero de los cuales está citado en la demanda, porque de acuerdo con el artículo 322 del Código Civil de Alemania, el demandado en ejecución de un contrato sinalagmático por la prestación que debe no podrá negarse a cumplir mientras no se le pague a él la contraprestación correspondiente, sino que será condenado a la ejecución simultánea con la que su actor le deba. Ya se vio cómo de acuerdo con los principios de doctrina antes expuestos no es posible ensamblar

dentro de nuestro régimen legal esta solución condenatoria del derecho alemán propuesta por el recurrente, en cuya no adopción por el Tribunal no encuentra, por tanto, la Sala ningún quebranto ni menosprecio de ley sustantiva. A Von Tuhr, refiriéndose al precitado artículo 322 del Código Alemán, le parece "esta institución un tanto pedante y entorpecedora para el régimen ejecutivo de las obligaciones".

—

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por au-

toridad de la ley, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena el 18 de diciembre de 1941, que ha sido materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

✓ José Miguel Arango—Isaías Cepeda—Liborio Escallón—Ricardo Hiestrosa Daza—Hernán Salamanca—El Conjuez, Luis Benjamín Martínez. Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION PENAL

Se llama a juicio por abuso de autoridad a un ex-Gobernador que —renuente en auxiliar las providencias de un Juez en determinado proceso— ordenó además, cambiar la radicación de éste, contra el parecer explícito del respectivo Tribunal Judicial.

El dolo y su prueba en los casos de clara violación de la ley por un funcionario público.

I—Una cosa es aclarar, por los medios de interpretación, las palabras de la ley que se consideran oscuras o dudosas, o tratar del mismo modo de colmar un vacío que realmente existe en la ley, y otra muy distinta es explicar la ley, dentro de sus propios términos, a fin de establecer si existe o no relación entre la norma y el hecho que se presume contrario a ella. La ley penal es ciertamente de aplicación restrictiva, pero esto no quiere decir que sus normas no puedan y deban ser explicadas para justificar las conclusiones del Juez. Tampoco podría admitirse, sin incurrir en una confusión de ideas, que la incidencia desfavorable al caso controvertido, que pueda resultar de aquella explicación, cohiba al Juez para hacerla.

II—Los términos “arbitrario” e “injusto”, empleados en el artículo 171 del nuevo Código Penal, 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 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. El “acto arbitrario” no fue definido en disposición especial del nuevo Código. Mas tratándose de conceptos que tienen un significado propio en el tecnicismo del derecho penal, su definición no es indispensable. En la disposición que se comenta, el solo enunciado de los términos “acto arbitrario” —visto independientemente del “acto injusto”— inte-

gra los elementos del hecho punible y le da expresión a éste. III—Hay infracciones punibles en las cuales puede no concurrir propósito malicioso y que no exigen prueba específica de un dolo determinado. El artículo 1º del viejo Código decía que “es delito la voluntad y maliciosa violación de la ley por la cual se incurre en alguna pena”; y el artículo 2º establecía una presunción concebida en estos términos: “En toda violación de la ley se supone voluntad y malicia, mientras no se pruebe o resulte lo contrario”.

No adoptó el nuevo Código esas fórmulas en que la palabra “malicia” significaba “dolo”, sino que dijo en su artículo 12: “Las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29, son intencionales o culposas”. La intención puede ser relativa a la producción de los efectos del hecho voluntario o a la conciencia que el autor tenga del carácter punible o por lo menos antijurídico o antisocial de su acción.

Si un funcionario público emite una providencia abiertamente contraria al texto claro de la ley, ejecuta con ello un acto antijurídico y no puede presumirse que lo haya hecho sin tener conciencia de ello, pues la ignorancia de las leyes no sirve de excusa. Si respecto de alguien es inadmisibles la disculpa de que ignoraba la ley, es respecto de los más altos funcionarios administrativos que están encargados cabalmente de aplicarla, máxime tratándose de actuaciones tan trilladas como los cambios de radicación de procesos.

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

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Vistos:

El señor Roberto Quintero Tascón fue sumariado por el Juez del Circuito Penal de Tuluá, por el delito de lesiones personales en el señor Miguel J. Panezzo: éste era Secretario del Concejo Municipal de aquella ciudad, y miembro de la misma corporación era el señor Quintero.

Parece que el juzgador libró orden de prisión contra el sindicado, y que para cumplirla pidió al Gobernador del Departamento, en abril de mil novecientos treinta y nueve, que suspendiera a Quintero del cargo de Concejal. El Gobernador no accedió inmediatamente a tal solicitud del Juez.

Con fecha quince de mayo del mismo año, el Gobernador decretó el cambio de radicación del proceso seguido en Tuluá contra el señor Quintero Tascón, y ordenó que se siguiera en el Juzgado del Circuito Penal de Roldanillo. Ese cambio lo dispuso el Gobernador, no obstante el concepto que en sentido contrario había emitido el Tribunal Superior de Buga, por Acuerdo número 11, fechado el cinco de mayo de mil novecientos treinta y nueve.

Por último: el señor Roberto Quintero Tascón, Diputado a la Asamblea Departamental del Valle, contra quien el Juez de Tuluá había librado orden de prisión, orden que fue comunicada a las demás autoridades, se presentó a la sesión inaugural de la Asamblea, y se posesionó de su cargo, "a ciencia y paciencia del señor Gobernador", dice el denunciante, puesto que dicho alto funcionario fue quien efectuó la instalación de la Asamblea.

Estos tres cargos, imputados al señor doctor Demetrio García Vásquez en su calidad de Gobernador del Departamento del Valle, han sido la materia de una denuncia que ante la Corte presentó el señor Miguel J. Panezzo.

La Corte dispuso que se levantara investigación, y una vez practicadas las diligencias indispensables, hubo de cerrarse, con la aquiescencia del señor Procurador de la Nación.

Como el señor Magistrado, doctor Absalón Fernández de Soto, se declaró impedido —por amistad íntima con el Gobernador acusado— se sorteó Conjuez para reemplazarlo; el Conjuez sorteado, doctor Francisco Samper Madrid, falleció, y antes de proceder a nuevo sorteo de Conjuez, se separó definitivamente de la Corte el doctor Fernández de Soto; por ese motivo, ya no es el caso de designar otro Conjuez que sustituya

al anterior. Y puesto que el señor Procurador de la Nación emitió concepto de fondo en este asunto, la Corte entra a resolver sobre el informativo, para lo cual considera:

En estas diligencias sumarias obran las siguientes piezas:

a) Copia del Decreto de nombramiento del doctor Demetrio García Vásquez para Gobernador del Valle, y copia de la respectiva diligencia de posesión;

b) Copia de los telegramas del Juez del Circuito Penal de Tuluá al Gobernador, en que le comunica la orden de prisión expedida contra el mismo Quintero;

c) Copia del acta de instalación de la Asamblea Departamental del Valle, documento en el cual aparece que a dicho acto concurrió el Gobernador doctor Demetrio García Vásquez y que en esa misma sesión, a la vista de todo el mundo, ocupó su puesto de Diputado el señor Roberto Quintero Tascón;

d) Copia del concepto adverso del Tribunal Superior de Buga al cambio de radicación del proceso seguido contra el señor Quintero Tascón en el Juzgado del Circuito de Tuluá, y

e) Copia de la Resolución del Gobernador García Vásquez en la cual dispone radicar en el Juzgado de Circuito de Roldanillo el proceso de Quintero Tascón que venía cursando en el Circuito de Tuluá.

Por lo que se refiere al cargo de haberse negado el Gobernador a suspender a Quintero de sus funciones de Concejal, dice el señor Procurador Delegado, que tal actitud tiene como explicación el hecho de no haber remitido el Juez a la Gobernación copia del auto por el cual se ordenó detener al Concejal Quintero; y que aun cuando sea erróneo ese modo de entender la correspondiente disposición procedimental, "en el caso de autos, según parece, el señor Gobernador incurrió en la equivocación, fruto de la práctica de que se viene hablando...."

Respecto de la no captura del señor Quintero el día que en forma la más visible para las autoridades se presentó a la sesión inaugural de la Asamblea, el Gobernador acusado dice: "El señor Roberto Quintero Tascón se presentó sorpresivamente a la Asamblea, tomó posesión de su cargo, y cuando llegó el agente de la autoridad encargado de darle cumplimiento a la orden (de captura), el Presidente de la misma Asamblea se opuso a la efectividad del mandato, por hallarse el señor Quintero Tascón investido de un cargo, que lo hacía inmune y que requería determinado procedimiento para que un miembro de la Asamblea fuera detenido".

El señor Procurador Delegado comenta el incidente así:

“Posiblemente si hubo lenidad y muy poca expedición en los agentes de la policía encargados de cumplir la orden judicial, pero no hay prueba de que el Gobernador tuviera interés y hubiera contribuido en alguna forma para que se realizara esa especie de burla a la autoridad judicial. Y en tales condiciones, no hay asidero legal para exigirle responsabilidad al doctor García Vásquez por este hecho.”

Por último: sobre el cambio de radicación del sumario seguido a Quintero Tascón en el Juzgado de Circuito de Tuluá y que el Gobernador, doctor García Vásquez ordenó radicar en el Circuito de Roldanillo a pesar del concepto que el Tribunal Superior de Buga emitió en sentido adverso al cambio de radicación, el señor Procurador de la Nación dice:

“En cambio, el hecho de haberse apartado la resolución del concepto del Tribunal, es manifiestamente irregular, sin que pueda reputarse la conducta del Gobernador como delictuosa, por no encontrarse ningún elemento que indique que el doctor García Vásquez hubiera cometido esa equivocación de manera dolosa. Aún más, con la Resolución número 53, tantas veces nombrada, no se vulneró ningún derecho, no se causó ningún perjuicio a los particulares o a la administración de justicia en general.”

“Por último, la acción del Gobernador acusado no encaja rigurosamente en ninguno de los preceptos que determinan los delitos, pues el único que se le aproxima es el de abuso de autoridad, pero esta infracción requiere que el acto arbitrario cometido por el funcionario o empleado público, vaya contra una persona o contra una propiedad; y, como ya se vio, este requisito no ha tenido lugar en el presente caso.”

Esta tesis propone el señor Procurador, después de estudiar lo relativo a la suspensión de los derechos políticos: “De seguro, dice el Procurador Delegado, el señor Quintero creyó que la decisión del Juez, por medio de la cual se le incluyó en la lista de las personas que tenían suspendida la ciudadanía, era la revelación de un deseo persecutorio, y por esa razón acudió ante el Gobernador para que fuera otro el Juez que conociera de su asunto”.

Observa la Corte que si ésta u otras actitudes del Juez del Circuito de Tuluá permitían al señor Quintero atribuirle al Juez “un deseo persecutorio”, estas sospechas —fundadas o infundadas— del sindicato, que hubieran podido dar base para un incidente de recusación del Juez, no autorizaban al Gobernador para decretar el cambio de radicación del proceso contra la opinión del Tribunal Superior.

El señor Procurador Delegado hace el reparo de que en el nuevo Código Penal no hay precepto en el cual encaje el auto “manifiestamente irregular” cumplido por el Gobernador García Vásquez, “pues el único que se le aproxima es el de abuso de autoridad, pero esta infracción requiere que el acto arbitrario cometido por el funcionario o empleado público, vaya contra una persona o contra una propiedad”, lo cual no ocurre en el presente caso. Sobre este punto de capital importancia ha tenido la Corte ocasión de pronunciarse.

El artículo 171 del Código Penal sanciona, considerándolos como abuso de autoridad, los actos del funcionario 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”.

Esta Sala, por mayoría de votos y después de prolongados e intensos debates sobre la interpretación y el alcance que deban atribuírsele a este artículo, sentó doctrina al respecto en los pasajes que a continuación se transcriben:

“Debatido largamente en la Sala el problema planteado por el señor Procurador la mayoría de ella ha llegado a la conclusión de que la ley no adolece de tal vacío. El razonamiento que le sirve de base, no pretende que la ley penal sea susceptible de interpretación en contra del acusado, pues la Sala acata en toda su integridad el principio tradicional *nullum crimen sine lege*.”

“Una cosa es aclarar, por los medios de interpretación, las palabras de la ley que se consideran oscuras o dudosas, o tratar del mismo modo de colmar un vacío que realmente exista en la ley, y otra muy distinta es explicar la ley, dentro de sus propios términos, a fin de establecer si existe o no relación entre la norma y el hecho que se presume contrario a ella.

“La ley penal es ciertamente de aplicación restrictiva, pero esto no quiere decir que sus normas no puedan y deban ser explicadas para justificar las conclusiones del Juez. Tampoco podría admitirse, sin incurrir en una confusión de ideas, que la incidencia desfavorable al caso controvertido, que pueda resultar de aquella explicación, cohiba al Juez para hacerla.

“De suerte que al exponer la Corte, como lo hará en seguida, la significación de los términos de una norma cuya observancia apenas empieza, como es el caso del artículo 171 del nuevo Código Penal, no contraría ninguno de los principios tradicionalmente admitidos en favor del acusado.

“En el artículo 171 del Código la partícula *o*, que separa los términos *arbitrario e injusto*, no

es conjunción copulativa sino disyuntiva, que separa de un modo completo dos hipótesis.

“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 nó 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.

“El *acto arbitrario* no fue definido en disposición especial del nuevo Código. Mas tratándose de conceptos que tienen un significado propio en el tecnicismo del derecho penal, su definición no es indispensable. En la disposición que se comenta, el solo enunciado de los términos “acto arbitrario” —visto independientemente del *acto injusto*— integra los elementos del hecho punible y le da expresión a éste.

“Por una redacción defectuosa, pudiera haber lugar aquí a confusión entre los términos “arbitrario” e “injusto”, y aparecer condicionada la punicidad del *acto arbitrario* al daño que de él resulte contra persona o propiedad. Sin embargo, esta condición no puede lógicamente referirse, en el precepto transcrito, sino al *acto injusto*.

“A juicio de la Corte, en el artículo 171, se hallan, pues, englobadas las distintas hipótesis que se desprenden de la diferencia de los dos conceptos analizados. En las actas de los debates de la Comisión redactora del nuevo Código Penal hay un antecedente importante, del cual aparece que el artículo comentado se adoptó en la inteligencia de que no quedaba limitado únicamente a los casos de perjuicio contra una persona o propiedad, sino que comprendía también actos de resultados diferentes.

“Se lee lo siguiente:

‘Como artículo 1º del capítulo IV, el doctor Cárdenas propone el siguiente, que fue aprobado:

‘Artículo. 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, será privado de su empleo y se le aplicará una multa de diez a quinientos pesos.’

‘El doctor Escallón observa que en esta disposición parece que sólo se contempla el caso de que se cause un perjuicio, puesto que allí se dice ‘contra una persona o contra una propiedad’,

y es necesario que el precepto cobije también el caso de que no haya perjuicio sino únicamente un beneficio indebido como, por ejemplo, el que resultaría de la orden de un Alcalde que ordenara a los Agentes de la Policía que estén a su cargo, la recolección de la cosecha perteneciente a un amigo de aquel funcionario.

‘El doctor Cárdenas explica que con las palabras ‘acto arbitrario o injusto’, quedan incluidas todas esas hipótesis, y en el caso contemplado por el doctor Escallón esa orden iría en contra de la entidad oficial que tiene bajo su mando a los Agentes de la Policía.

‘Después de breve discusión, fue aprobado el artículo propuesto por el doctor Cárdenas.’

“Considera finalmente la Corte que esta conclusión, según la cual en el artículo 171 quedaron incluidos los casos de abuso de autoridad no previstos en disposición especial, como el que se imputa al Gobernador Jaramillo Sánchez, es la que mejor se conforma con el carácter de generalidad de las nuevas normas penales, con las cuales se ha reemplazado el sistema casuístico del Código de 1890; y entendiéndose así el precepto se mantiene la armonía necesaria que es de suponerse estableció el legislador entre las reglas del nuevo Código y los preceptos constitucionales que desarrollan.

“El mencionado artículo 171 y los demás relativos a los abusos de autoridad, tienen su fuente en el 16 de la Constitución, en cuanto éste consagra una garantía social que por su naturaleza requiere sanción represiva. Dice así:

‘Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución o de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas.’ (Gaceta Judicial, tomo LI, página 842, auto de fecha 28 de junio de 1940, Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto).

Reconoce el señor Procurador Delegado que la Resolución del Gobernador así proferida “es manifiestamente irregular”; pero advierte que, sin embargo, la conducta del Gobernador no puede reputarse como delictuosa “por no encontrarse ningún elemento que indique que el doctor García Vásquez hubiera cometido esa equivocación de manera dolosa”.

En juicio seguido contra otro Gobernador, dijo la mayoría de esta Sala lo siguiente:

“La responsabilidad de los empleados públicos por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de ellas es principio que, en los regímenes constitucionales, garantiza la separación y funcionamiento armónico de los diferentes Organos del Poder Público.....

“Ni la ley penal de 1890 ni el nuevo Código, exigen dolo o intención especial para sancionar una infracción como la imputada al Gobernador Castro Monsalvo. La naturaleza de ella implica que se reprima atendiendo sólo a la omisión: en el ejercicio de las funciones o a la extralimitación de éstas. El hecho es de suyo antijurídico, sin que pierda ese carácter por la calidad del agente, o por las consecuencias benéficas o nocivas, justas o injustas respecto de los particulares afectados por el acto. El resultado perturbador del orden jurídico que éste produce, le ha bastado a la ley para considerarlo punible.

“La verdad es que estos delitos suelen no perjudicar intereses privados de los ciudadanos. Lo que lesionan siempre es el interés jurídico del Estado, de que sus agentes actúen dentro del orden legal, interés cuya guarda les está confiada y de la cual sólo ellos responden. Por eso los actos de los funcionarios públicos, violatorios de los deberes que el cargo les impone, se denominan por antonomasia delitos de responsabilidad o delitos públicos, pues afectan directamente el derecho público del Estado. Las reglas de la legislación penal colombiana, tanto de la antigua como de la nueva, que sancionan esta clase de delitos, emanan del siguiente precepto de nuestra Constitución política:

“Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución o de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas.” Artículo 20 de la Carta de 1886 y 16 de la *Codificación Constitucional*. (*Gaceta Judicial*, tomo XLIX, pág. 876, auto fechado el 24 de septiembre de 1940, Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto).

A los anteriores razonamientos hechos por la Corte, en ocasión pasada, cabría agregar la consideración de que hay infracciones punibles, en las cuales puede no concurrir propósito malicioso, y que no exigen prueba específica de un dolo determinado.

El artículo 1º del viejo Código decía que “es delito la voluntad y maliciosa violación de la ley, por la cual se incurre en alguna pena”; y el artículo 2º establecía una presunción concebida en estos términos: “En toda violación de la ley se supone voluntad y malicia, mientras no se pruebe o resuelva lo contrario”.

No adoptó el nuevo Código esas fórmulas en que la palabra *malicia* significaba *dolo*, sino que dijo en su artículo 12: “Las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29, son intencionales o culposas”. Y define en seguida la culpa,

sin explicar más acerca de lo que entienda por *intención*.

a) Hechos ejecutados por menores y anormales;

b) Hechos ejecutados por mayores normales en que intervenga la voluntad pero no la intención (culpa por negligencia o por temeridad); y

c) Hechos en que intervenga voluntad e intención.

La intención puede ser relativa a la producción de los efectos del hecho voluntario o a la conciencia que el autor tenga del carácter punible o por lo menos antijurídico o antisocial de su acción.

Ahora: si un funcionario público emite una providencia abiertamente contraria al texto claro de la ley, ejecuta con ello un acto antijurídico y no puede presumirse que lo haya hecho sin tener conciencia de ello, pues la ignorancia de las leyes no sirve de excusa. (Artículo 9 del Código Civil).

Por otra parte, si respecto de alguien es inadmisibile la disculpa de que ignoraba la ley, es respecto de los más altos funcionarios administrativos que están encargados cabalmente de aplicarla, máxime tratándose de actuaciones tan trilladas como los cambios de radicación de procesos.

De todo lo cual se deduce que una providencia del Gobernador, dictada claramente contra la ley, debe suponerse infracción intencional.

Los tres hechos imputados al ex-Gobernador doctor García Vásquez 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 ex-Gobernador con la misma norma penal.

Pero concretando la responsabilidad del Gobernador García Vásquez al acto que el señor Procurador reconoce como “manifiestamente irregular”, o sea, a la Resolución por medio de la cual dispuso el Gobernador, contra la opinión del respectivo Tribunal Superior, radicar en otro Circuito Judicial el proceso por lesiones personales que a Quintero se le seguía ante el Juez de Circuito de Tuluá, no dejan de ser significativas las dificultades que hubo por parte de la Gobernación en cuanto a la suspensión del Concejal Quintero y a la captura del mismo, no obstante la concurrencia de éste a la sesión inaugural de la Asamblea.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, oído el concepto del señor Procurador de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, llama a responder en juicio criminal al doctor Demetrio García Vásquez por

una de las infracciones de que trata, bajo el nombre genérico de "abuso de autoridad y otras infracciones" el Capítulo VI, Título III, Libro Segundo del Código Penal, consistente en el hecho de haber dictado, como Gobernador del Departamento del Valle, la Resolución número 53, fechada el quince de mayo de mil novecientos treinta y nueve, 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 Penal de Tuluá, se radicara en el de Roldanillo.

Cópiese y notifíquese haciéndole saber al procesado el derecho que tiene de nombrar un defensor. Para la práctica de esta diligencia se comisiona al Juez Superior de Cali (domicilio del doctor García Vásquez) a quien se librará despacho con inserción del presente auto.

Una vez ejecutoriado éste se publicará en la *Gaceta Judicial*.

José Antonio Montalvo—Manuel Caicedo Arroyo—Campo Elías Aguirre—Julio Argüello R., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Nuevamente la mayoría de la Sala vuelve a establecer, en oposición a la letra y espíritu de la ley, una categoría de delitos que no consigna el artículo 12 del Código Penal.

Cómo es posible admitir infracciones que no son intencionales ni culposas, exceptuando las comprendidas en el artículo 29 y las de simple contravención correspondientes a la Policía?

Y de nuevo la Sala interpreta contra el reo el artículo 171 del Código.

Aquí digo otra vez lo que ya dije cuando mi primer salvamento de voto, en el juicio abierto al ex-Gobernador de Antioquia, doctor Alberto Jaramillo Sánchez:

"Es absoluto el principio de la *legalidad* del delito. *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. En eso se informan la letra y el espíritu del artículo 11 del Código, para consagrar una de las más preciosas garantías ciudadanas, y eso es lo que quizá no acata la honorable mayoría.

"Al apoyarse ésta en una *interpretación gramatical* del artículo 171, quebranta otro axioma absoluto en el campo del derecho penal: que cualesquiera relaciones de semejanza y cualesquiera métodos interpretativos repugnan si se establecen y se emplean para deducir un cargo o imponer una pena o agravarla. Y es que el argumento de analogía y las reglas de interpretación tan sólo pueden usarse en el *jus poenali* cuando se trata de beneficiar al reo.

"Se fueron mis colegas a buscarle al artículo 171 una complicada vida, que es de desear que tuviese, pero que no tiene, pues cuando el sentido de la ley sea claro, no será lícito desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 del Código Civil), no pudiendo explicarse la para ellos expresión oscura del precepto, según lo explican, a más de que la historia fidedigna del origen o establecimiento

del artículo 171, por el antecedente en el seno de la Comisión que elaboró el proyecto de Código Penal, no arroja luz alguna que autorice la inteligencia que le asigna la mayoría.

".....
"Raro es el entendimiento que la honorable mayoría le da al artículo 171. Expresa que la conjunción o entre los vocablos 'arbitrario' e 'injusto', tiene el carácter de disyuntiva, que separa de un modo completo dos hipótesis, y lee el artículo 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 una propiedad...'; etc. Es decir, coloca una *coma* que desligue las palabras 'arbitrario' e 'injusto', para significar que de por sí el acto de la primera naturaleza engendra represión penal, aunque no vaya contra una persona o contra una propiedad.

"—No! Para que se configure el abuso de autoridad en la nueva fórmula del artículo 171, se requiere que el acto arbitrario o injusto se cometa contra una persona o un bien ajeno, y el acto del Gobernador ni dañó una cosa ajena ni perjudicó a ninguna persona.

".....
"Es que para considerar probado el cuerpo de un delito, es indispensable que cabalmente, sin sutilezas ni distingos ni trabajosos esfuerzos de dialéctica, se acomode la llamada infracción en un mandato legal que no se preste a vacilaciones para comprenderlo y aplicarlo." (*Gaceta Judicial*, número 1975, de noviembre de 1941, páginas 847 y 848).

Para concluir, hago mías las ideas del señor Procurador Delegado en lo Penal, que en este proceso contra el ex-Gobernador del Departamento del Valle, expresó:

“En cambio, el hecho de haberse apartado la Resolución del concepto del Tribunal, es manifiestamente irregular, sin que pueda reputarse la conducta del Gobernador como delictuosa, por no encontrarse ningún elemento que indique que el doctor García Vásquez hubiera cometido esa equivocación de manera dolosa. Aún más: con la Resolución número 53, tantas veces nombrada, no se vulneró ningún derecho, ni se causó ningún perjuicio a los particulares o a la administración de justicia en general.

“Por último, la acción del Gobernador acusado no encaja rigurosamente en ninguno de los preceptos que determinan los delitos, pues el

único que se le aproxima es el de abuso de autoridad, pero esta infracción requiere que el acto arbitrario cometido por el funcionario o empleado público, vaya contra una persona o contra una propiedad; y, como ya se vio, este requisito no ha tenido lugar en el presente caso.

“Fundado en las consideraciones anteriores, este Despacho pide atentamente a la honorable Corte que sobresea definitivamente en favor del doctor Demetrio García Vásquez, por los cargos a que se refiere este expediente, y que le fueron imputados en su carácter de Gobernador del Departamento del Valle.”

Campo Elias Aguirre

Parricidio cometido en estado de ira e intenso dolor.—Aunque el delito de parricidio y otros casos de asesinato pueden ser ultraintencionales, los términos categóricos del artículo 365 del Código Penal no permiten calificarlos así ni hacer la correspondiente minoración de pena.—No es lo mismo veredicto injusto que veredicto contradictorio.

Los dos conceptos —veredicto contradictorio y veredicto notoriamente injusto— están lejos de ser equivalentes. Habría contradicción en el veredicto si, contestado negativamente el primer cuestionario, la respuesta del segundo fuese afirmativa; porque negada la ejecución material del hecho por el agente, resulta absurdo decir que lo hizo con intención o propósito. Sería contradictorio en ese caso el veredicto que al propio tiempo niega y afirma acerca de una misma cosa.

Algo semejante podría ocurrir si se contestara afirmativamente el cuestionario sobre los hechos de que tratan los números 3º, 5º u 8º del artículo 363 del Código Penal (homicidio cometido para consumar otro delito, o con circunstancias que pongan a la víctima en condiciones de indefensión, como la insidia o la asechanza) al propio tiempo se contestara también de modo afirmativo otro cuestionario, del cual resulte que el matador obró en estado de legítima defensa, o cuando se contestan afirmativamente cuestionarios referentes a varios reos, veredictos según los cuales todos son responsables de la ejecución mate-

rial de un hecho que solamente uno de ellos ha podido ejecutar.

Pero esta oposición entre unas respuestas y otras, emitidas al contestar los diferentes cuestionarios en la misma audiencia de un proceso, oposición que puede hacer contradictorio el veredicto apreciado en su conjunto, es cosa muy distinta de la injusticia de que pueda adolecer cada una de las contestaciones en particular.

En el presente caso, en concepto de los Jueces de hecho, sí hubo un acto criminoso, en el cual la víctima se halló en condiciones de inferioridad por embriaguez (aunque no indefensa por completo) y el matador obró impulsado por ira e intenso dolor que le causara grave e injusta provocación. No hay contradicción entre unas respuestas y otras.

En particular, ¿por qué es contradictoria la negativa de la intención de matar, con la afirmación de que el agente obró en estado de ira e intenso dolor, causado por grave e injusta provocación? ¿No es más bien verosímil que quien está cegado por la ira y el dolor, reaccione en forma de no saber él mismo cuál es el daño que va a causarle a quien lo ha provocado?

La antigua Ley de casación penal (118 de 1931) establecía como causal 5ª, el haberse dictado la sentencia "sobre un veredicto viciado de injusticia notoria"; y como causal 6ª, el basarse la sentencia en "un veredicto evidentemente contradictorio". Lo cual hace ver que la Ley de 1931 reconocía diferencia sustancial entre los dos conceptos.

El nuevo Código de Procedimiento Penal no enunció expresamente entre los motivos de casación la notoria injusticia del veredicto. En cambio, puso como causal 7ª de casación, el que "la sentencia se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio".

La Corte ha admitido en algunos fallos que la notoria injusticia del veredicto puede hoy aceptarse como motivo de casación, en señalados casos y con las debidas limitaciones, pero siempre que el recurso se funde en la causal 2ª (artículo 567 del nuevo Código de Procedimiento Penal) y eso dándole a ella una amplia interpretación inspirada en sentimientos de equidad a favor del procesado y también consultando los intereses de la defensa social, es decir, por elevados móviles de justicia. El esfuerzo mismo que la Sala ha realizado para llegar a esa tesis —notoria injusticia del veredicto como motivo de casación por la causal 2ª— está haciendo ver que la idea de injusticia notoria no puede hoy identificarse con la de veredicto contrario.

2. El veredicto negativo sobre la intención de dar muerte, puede en algunos casos implicar la negación del nexo de causalidad moral o psicológica entre el agente y el hecho, lo cual equivaldría a una solución. Pero en el presente caso ni el defensor ni el Fiscal recurrente plantearon tal problema ni a la Corte le sería dable estudiarlo y, menos, resolverlo oficiosamente.

3. La Corte considera, como el señor Procurador, que la circunstancia modificadora de la ultraintención, debiera tenerse en cuenta no sólo para el homicidio común, sino también para varios casos de asesinato; sin embargo, el texto del artículo 365 del Código Penal se refiere clara y únicamente al artículo 362 *ibidem*, y no al 363. De manera que la solución al problema "de jure condendo", propuesta por el señor Procurador, la comparte la Sala; pero considerando el asunto "ex jure condito", tiene que reconocer que en el Código se omitió hacer extensiva la calificación de preterintencional al asesinato.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, dos de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Vistos:

El Fiscal del Tribunal Superior de Ibagué y el defensor de Marco Aurelio Murillo interpusieron casación contra la sentencia de dicho Tribunal, que condenó al procesado a la pena principal de siete años y medio de presidio como matador de su propio padre.

A la Corte envió el reo los consabidos memoriales que probablemente elaboraron otros compañeros suyos de cárcel, escritos que están lejos de ser verdadera demanda o alegato de casación. Acepta el reo que se le sancione porque así lo exigen la ley y la sociedad, pero dice que debe imponérsele una pena menor de la que fijó la sentencia del Tribunal, calificando para eso su delincuencia en el tercer grado.

Esta alegación es impertinente porque el delito ocurrió el siete de agosto de mil novecientos treinta y nueve, es decir, bajo la vigencia del nuevo Código Penal, y el sistema de aplicación de las sanciones, nada tiene que ver ya con los antiguos grados del delito.

Otro pasaje de sus memoriales dice que debe juzgarse de acuerdo con el numeral 1º del artículo 23 del nuevo Código, y explica tal petición así:

"...la sugestión hipnótica, patológica, psíquica de ignorancia, quizás fueron las que me indujeron a proceder en la forma establecida."

En el expediente no aparece vestigio alguno de tal sugestión hipnótica o patológica, de manera que en esta parte también carece en absoluto de seriedad el memorial escrito por los presos.

Con toda razón observa el señor Procurador Delegado que el reo ni siquiera cita en su escrito la causal o causales de casación, que piensa le favorecen.

No hay, pues, por la parte del procesado, estudio qué hacer sobre el recurso.

Por eso procede la Corte a examinar la causal que invoca el Ministerio Público.

En escrito dirigido a esta Sala, dice el señor Fiscal del Tribunal Superior de Ibagué:

"Señalo como causal del recurso, la establecida por el numeral 7º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

"Dicho numeral dice: 'Hay lugar a casación... 7º Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio.'

"En efecto, de conformidad con las constancias del proceso, Marco Aurelio Murillo había pre-

senciado, por varias ocasiones, los disgustos entre sus padres, y había tenido que intervenir, varias veces, en defensa de su madre, cuando ésta era maltratada por su padre, Heliodoro Murillo. Los continuos disgustos entre los padres de Marco Aurelio, y los maltratamientos, golpes y amenazas que Heliodoro Murillo acompañaba a sus disgustos con su esposa, y que obligaban a intervenir a Marco Aurelio en defensa de su madre, provocaron un lento proceso de animosidad y mala voluntad para con Heliodoro en el ánimo y los sentimientos de su hijo. Y ese estado de ánimo culminó el 7 de agosto de 1939, en la forma que nos cuenta el proceso.

“Es evidente, y así lo afirmó esta Fiscalía, que Marco Aurelio Murillo obró en estado de ira e intenso dolor provocados por las gravísimas ofensas proferidas por su padre contra el honor de su madre, de sus hermanos y el suyo propio. Pero también es evidente que, como lo expresó el Juzgado *a quo*, al atacar Marco Aurelio a su padre, en la forma en que lo hizo, ‘tuvo el propósito de matar’.

“Ese propósito de matar, que el Juzgado atribuye a Marco Aurelio, y que el Jurado negó, por mayoría de votos, se encuentra ampliamente establecido en los autos. En efecto: Marco Aurelio se encontraba ocupado arreglando un maíz en el zarzo, cuando regresó su padre embriagado y empezó a discutir e insultar a Claudina Orjuela de Murillo, esposa de Heliodoro y madre de Marco Aurelio. Al oír los insultos, Marco Aurelio se bajó de donde estaba, y se presentó al lugar donde se encontraban sus padres, y como su padre intentara agredir a su madre, Marco Aurelio intervino habiendo sido ofendido por su padre con un gravísimo insulto. En ese momento Marco Aurelio sacó su peinilla (machete), y se abalanzó contra su padre, a quien propinó dos machetazos en la cabeza, los cuales le ocasionaron la muerte pocos momentos después. Que al atacar a su padre, Marco Aurelio tuvo el propósito de matarlo, lo dicen, muy claramente, el testimonio de su propia madre, quien afirma haber intentado impedir que Marco Aurelio le tirara a Heliodoro, no habiendo sido atendida por aquél; el modo empleado para con su padre: atacarlo con su peinilla; a tiempo que, por el estado de embriaguez en que Heliodoro se encontraba, Marco Aurelio había podido defender a su madre en forma distinta y menos cruenta, por ejemplo encerrándose con su madre en un cuarto de la casa, o encerrando a su padre, o en último caso y en forma también reprobable, propinando a su padre un puñetazo. Pero como Marco Aurelio escogió el peor de los medios, estando en su entero y cabal juicio, es evidente que, al usar su peinilla por el filo contra su pa-

dre, tuvo la intención de matarlo, como así ocurrió. Además, el lugar del cuerpo atacado por Marco Aurelio: la cabeza de su padre, también dice, claramente, que la intención de Marco Aurelio fue matar a su padre, así como también fue esa su intención cuando evitó que su madre lo desarmara.

“El Juzgado *a quo* calificó el homicidio imputado a Marco Aurelio Murillo de intencional, y formuló el cuestionario correspondiente, el cual sometió al Jurado en la siguiente forma: ‘¿El hecho sobre el cual se os ha preguntado, se ejecutó con el propósito de matar?’, y el Jurado, por mayoría de cuatro (4) votos, dio respuesta negativa a esta pregunta. Y esa respuesta del Jurado es la que se encuentra en franca contradicción con la evidencia procesal.

“Esta Fiscalía solicitó del honorable Tribunal declarara el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, porque la respuesta negativa de la mayoría del Jurado a la segunda cuestión propuesta, se hallaba en desacuerdo con las constancias del proceso. Sin embargo, el honorable Tribunal no acogió la petición de la Fiscalía, y confirmó la sentencia de primera instancia. Y como esta Fiscalía estima que el veredicto proferido en la causa contra Marco Aurelio Murillo es contrario a la evidencia de los hechos consignados en el expediente, tuvo necesidad de incurrir en el exceso de interponer la casación.

“El artículo 536 del Código de Procedimiento Penal, en su último inciso, dice: ‘Se tendrá como veredicto la respuesta que obtenga la mayoría de votos’, y esa respuesta o veredicto, no es otra que la que resulte de las respuestas dadas a todas las cuestiones propuestas, y que el Jurado debe expresar con las palabras *si* o *no*. Ahora bien: si una de esas respuestas parciales, si así pueden llamarse, es contraria a la evidencia de los hechos consignados en el expediente, es evidente que esa respuesta, que es una de las que integran el veredicto, hace que éste sea también contrario a la evidencia de los hechos. Y ese es el caso en este proceso.”

“Opina la Procuraduría que el señor Fiscal tiene razón”, dice en su vista el señor Procurador Delegado; y entra en seguida a sustentar el recurso.

Seis cuestionarios le fueron propuestos al Jurado y las respuestas que éste dio, por mayoría de votos, las resume el señor Procurador así:

“Que Marco Aurelio Murillo ocasionó la muerte de su padre Heliodoro Murillo, hallándose la víctima en condiciones de inferioridad por razón de su embriaguez, pero no indefensa, y habiendo procedido el matador en estado de ira e intenso dolor causados por grave e injusta provocación, pero *sin el propósito de matar*.”

Y agrega el señor Procurador:

“Conviene repetir que en el auto de proceder claramente se cargó al procesado el parricidio consumado con intención de homicidio, es decir, que se fijó explícitamente el *animus necandi* del acusado, como vuede verse en el considerando b) del auto que calificó el mérito del sumario, proferido por el Juzgado y que no tuvo en esa parte modificación de ninguna naturaleza por parte del Tribunal.

“Habiendo llegado en consulta al Tribunal la sentencia del señor Juez, el señor Fiscal de esa corporación pidió que el veredicto se declarara notoriamente injusto, porque la segunda respuesta del jurado está en contra de la evidencia de los hechos.

“El Tribunal no aceptó la petición del señor Agente del Ministerio Público, limitándose sobre este particular a replicar que el hecho de haber negado el Jurado el propósito de matar, desviaba la infracción hacia el homicidio ultraintencional, del cual no se habló en ningún momento ni en el auto de proceder ni en los cuestionarios.”

La Corte observa:

El Fiscal recurrente adujo como causal única “la establecida por el numeral 7º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal”, y como para no dejar duda alguna, transcribe en su escrito a la Corte, dicho numeral.

Pero el resto de la demanda se encamina a demostrar que el veredicto es notoriamente injusto.

Los dos conceptos —veredicto contradictorio y veredicto notoriamente injusto—, lejos están de ser equivalentes.

Habría contradicción en el veredicto si contestado negativamente el primer cuestionario, la respuesta del segundo fuese afirmativa: porque negada la ejecución material del hecho por el agente, resulta absurdo decir que lo hizo con intención o propósito. Sería contradictorio en ese caso el veredicto que al propio tiempo niega y afirma acerca de una misma cosa.

Algo semejante podría ocurrir si se contestara afirmativamente el cuestionario sobre los hechos de que tratan los numerales 3º, 5º u 8º del artículo 363 del Código Penal (homicidio cometido para consumir otro delito, o con circunstancias que pongan a la víctima en condiciones de indefensión, como la insidia o la asechanza) y al propio tiempo se contestara también de modo afirmativo otro cuestionario del cual resulte que el matador obró en estado de legítima defensa; o cuando se contestan afirmativamente cuestionarios referentes a varios reos, veredictos según los cuales todos son responsables de la ejecución material de un hecho que solamente uno de ellos ha podido ejecutar.

Pero esta oposición entre unas respuestas y otras, emitidas al contestar los diferentes cuestionarios en la misma audiencia de un proceso, oposición que puede hacer contradictorio el veredicto apreciado en su conjunto, es cosa muy distinta de la injusticia de que pueda adolecer cada una de las contestaciones en particular.

En concepto de los Jueces de hecho si hubo un acto criminoso en el cual la víctima se halló en condiciones de inferioridad por embriaguez (aunque no indefensa por completo) y el matador obró impulsado por ira e intenso dolor que le causara grave e injusta provocación. No hay contradicción entre unas respuestas y otras.

En particular ¿por qué es contradictoria la negativa de la intención de matar con la afirmación de que el agente obró en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación?

¿No es más bien verosímil que quien esté cegado por la ira y el dolor reaccione en forma de no saber él mismo cuál es el daño que va a causarle a quien lo ha provocado?

La antigua Ley de casación penal (118 de 1931), establecía como causal 5ª el haberse dictado la sentencia “sobre un veredicto viciado de injusticia notoria”; y como causal 6ª, el basarse la sentencia en “un veredicto evidentemente contradictorio”. Lo cual hace ver que la Ley de 1931 reconocía diferencia sustancial entre los dos conceptos.

El nuevo Código de Procedimiento Penal no enunció expresamente entre los motivos de casación la notoria injusticia del veredicto. En cambio puso como 7ª causal de casación, el que “la sentencia se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio”.

La Corte ha admitido en algunos fallos que la notoria injusticia del veredicto puede hoy aceptarse como motivo de casación, en señalados casos y con las debidas limitaciones, pero cuando el recurso se funda en la causal 2ª (artículo 567 del nuevo Código de Procedimiento Penal), y eso dándole a ella una amplia interpretación inspirada en sentimientos de equidad a favor del procesado y también consultando los intereses de la defensa social, es decir, por elevados móviles de justicia.

El esfuerzo mismo que esta Sala ha realizado para llegar a esa tesis —notoria injusticia del veredicto como motivo de casación por la causal 2ª— está haciendo ver que la idea de injusticia notoria no puede hoy identificarse con la de veredicto contrario.

Preciso es reconocer que si las alegaciones de la demanda se encaminan a la cuestión de la notoria injusticia del veredicto, como la causal invocada no es la 2ª del artículo 567, sino la 7ª,

que se refiere a "veredicto evidentemente contradictorio", tal demanda no puede prosperar.

Conviene hacer notar que la circunstancia de haber respondido negativamente el Jurado al cuestionario sobre intención o propósito de matar, carece de importancia práctica en el presente caso. En efecto, tal negativa lleva a considerar ultraintencional este homicidio; pero como el delito de que ahora se trata debe calificarse de asesinato por las relaciones de padre e hijo, entre la víctima y el victimario, la calificación de ultraintencional resulta inocua, según se verá adelante, y entonces la justicia o injusticia de que pudiera adolecer el veredicto sobre intención o propósito de matar, nada agrega ni quita respecto de la pena imponible.

Dice el señor Procurador que habiendo respondido el Jurado afirmativamente el primer cuestionario, quedó definido el punto referente a la ejecución material del hecho por el acusado; y que dada esa premisa, al contestar, como lo hizo negativamente la segunda pregunta o sea la relativa a la intención o propósito de matar, habría que concluir que el Jurado consideró el homicidio de autos como un caso fortuito, o que "era preciso sacar también otra deducción igualmente lógica: que la segunda respuesta no correspondía a la verdad, y resultaba notoriamente injusta."

La Corte observa sobre este particular lo siguiente:

Que no se hubiera contemplado expresamente en el auto de proceder o durante la secuela del juicio la posibilidad de que el homicidio cometido por Marco Aurelio Murillo en su padre, fuera preterintencional, no impedía al Jurado decidirlo así, puesto que con ello no se agrava la condición legal del reo, y porque al formular el cuestionario relativo al propósito o intención de dar la muerte existe siempre la posibilidad de que el Jurado responda negativamente la cuestión.

Más bien sería de pensar que el veredicto negativo sobre la intención de dar muerte, puede en algunos casos implicar la negación del nexo de causalidad moral o psicológica entre el agente y el hecho, lo cual equivaldría a una absolución.

Pero en el presente caso ni el defensor ni el Fiscal recurrente plantearon tal problema ni a la Corte le sería dable estudiarlo y, menos, resolverlo oficiosamente.

La negativa del cuestionario relativo al propósito o intención de matar, puede indicar ya que se trata de un caso fortuito, como lo apunta el señor Procurador; ya, como lo acaba de anotar la Corte, que se ha negado el elemento res-

ponsabilidad; ya, que el homicidio fue ultraintencional, como para el caso en estudio lo dedujo el Tribunal de Ibagué.

Que la solución del Jurado al negar el propósito homicida pueda ser injusta tampoco es dable a la Corte tomarlo en cuenta porque el recurso de casación no se ha fundado en ese motivo sino en otro bien diferente cual es el de ser el veredicto evidentemente contradictorio, punto que ya quedó examinado en esta sentencia.

Otro problema suscita el señor Procurador cuando dice en su vista:

"La confusión en que incurrió el honorable Tribunal lo llevó a otro error y fue el de desconocer las respuestas quinta y sexta del Jurado.

"Ante todo, parece que el artículo 365 del Código Penal es deficiente en cuanto sólo hace referencia al artículo 362 de la misma obra, pues es natural pensar que la ultraintención debe predicarse no sólo del homicidio simplemente intencional sino también del asesinato. Aceptado, pues, que el artículo 365 puede y debe jugar con el 363, tenemos que la sanción correspondiente a un parricidio ultraintencional, tomada como base la mínima del artículo 363, por carencia de circunstancias de mayor peligrosidad, fluctuará entre siete años seis meses y diez años de presidio, esto es, la disminución de una tercera parte a la mitad de los quince años establecidos como mínimo en el delito de parricidio.

"En resumen: la sanción mínima imponible por un parricidio ultraintencional, sin circunstancias que lo modifiquen, es la de siete años y medio.

"Pero como en el caso que nos ocupa el mismo Tribunal, al revisar el auto de proceder, introdujo la circunstancia modificadora relativa al estado de ira o de intenso dolor, circunstancia que fue materia de los cuestionarios y que fue aceptada por unanimidad por el Jurado, era necesario para acatar la propia providencia del Tribunal y el veredicto, que a la sanción correspondiente al parricidio ultraintencional, se le hiciera la disminución ordenada por el artículo 28 del Código Penal.

"Si se tratase de un parricidio típico, no de un parricidio ultraintencional, cometido en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, la pena correspondiente no podría ser mayor de doce años ni menor de cinco años, esto es, la mitad del máximo (24) y la tercera parte de los quince años que como mínimo establece el artículo 363 del mismo Código.

"Consecuencialmente, al imponer el Tribunal la pena de siete años seis meses por el parricidio, aplicó únicamente el artículo 365 pero no

el artículo 28. Y entonces resulta verdadera la afirmación que se hizo atrás, de que en aquella sentencia se desconoció el auto de proceder y la sexta respuesta de los Jurados."

Como se ve, este ataque a la sentencia no encaja dentro de la única causal propuesta por el recurrente —veredicto contradictorio— sino que se refiere a indebida o errónea aplicación de la ley penal, y el señor Procurador encuentra, además, que hay desacuerdo entre la sentencia y el veredicto.

La Corte considera, como el señor Procurador, que la circunstancia modificadora de la ultraintención debiera tenerse en cuenta no sólo para el homicidio común sino también para varios casos de asesinato; sin embargo, el texto del artículo 365 del Código Penal se refiere clara y únicamente al artículo 362 *ibidem* y no al 363. De manera que la solución al problema de *jure condendo*, propuesta por el señor Procurador, la comparte la Sala; pero considerando el asunto *ex-jure condito*, tiene que reconocer que en el Código se omitió hacer extensiva la calificación de preterintencional al asesinato.

Conclusión: no puede prosperar el recurso por la causal 7ª de casación, porque el veredicto del Jurado no es contradictorio.

Encuentra fundado la Corte el reparo contra la sentencia de que en cierto modo incurrió en desacuerdo con el veredicto, e interpretó y aplicó erróneamente la ley penal como pasa a verse.

Dice el último considerando del fallo recurrido:

"Conforme al artículo 363 del Código Penal, el homicidio cometido en un ascendiente, toma la denominación de asesinato y tiene una pena de quince a veinticuatro años de presidio; pero que debe disminuirse de una tercera parte a la mitad según lo estatuyen los artículos 28 y 365 del mismo Código. Y debe aplicarse la pena menor del artículo 363 dado el motivo noble de defender a su madre, reduciendo a la mitad la pena de quince años, lo que da siete años seis meses de presidio."

No es consecuente la parte resolutive con el considerando que se acaba de transcribir, porque éste cita los artículos 28 y 365 del Código Penal como aplicables, pero no los aplicó; y si se hubiesen aplicado los dos, la disminución de pena habría sido mucho mayor que la hecha por el Tribunal.

En realidad, la sentencia sólo hizo la disminución de que habla el artículo 365 del Código Penal, pero dejó de hacer la ordenada por el artículo 28 *ibidem*, debiendo haberse hecho cabalmente lo contrario.

La misma de pena por razón del estado de ira e intenso dolor que el Jurado afirmó, se hace, según esta última disposición, imponiendo una

pena no menor de la tercera parte del mínimo señalado para la infracción, es decir, cinco años (tercera parte de quince que es el mínimo).

En cambio el Tribunal sentenciador se atuvo a la disminución prevista por el artículo 365 del Código para los casos de homicidio ultraintencional, disminución que aquí no era factible por no tratarse de un homicidio común o simplemente intencional sino de uno calificado de asesinato.

Pero la Corte obraría con una oficiosidad ilegal si invalidara el fallo para cambiar la pena de siete años y medio de presidio que impuso el Tribunal por la de cinco años, que sería la aplicable.

En primer lugar, porque de modo muy claro el Fiscal recurrente sólo propuso la causal 7ª de casación, y la Corte ha demostrado que dicha causal no es fundada en el presente caso; segundo, porque el señor Procurador no aduce causal distinta de la que invocó el Fiscal; y aun cuando es verdad que el señor Delegado hace algunas alusiones a error en cuanto a la aplicación de la ley y a desacuerdo entre la sentencia y el veredicto, no propone formalmente esas causales y antes bien termina su alegato con una petición que es incompatible con ellas: la convocatoria de nuevo Jurado, solicitud que sólo encaja en la tesis del veredicto contradictorio que la Corte ha desechado.

Por otra parte, la variación de pena para imponer una menor de la que trae la sentencia, no podría hacerse sino partiendo de la base de que debe aplicarse el mínimo de la sanción; y el mismo señor Procurador Delegado, que representa la parte recurrente, se opone a ello, pues dice sobre el particular lo siguiente:

"Pero hay algo más: calificado ya el homicidio como asesinato, por razón del vínculo de parentesco entre el matador y la víctima, la circunstancia aceptada por el Jurado en su respuesta quinta, de haberse cometido el hecho hallándose el padre del procesado en condiciones de inferioridad por razón de su estado de embriaguez, tenía que capitalizarse como circunstancia de mayor peligrosidad (ordinal 7ª, artículo 37), y entonces no podía aplicarse el mínimo de la sanción (artículo 39)."

Podría preguntarse: ¿Habrán incurrido en este caso los Jueces en un exceso de severidad? Aun cuando el parricidio —especialmente cuando se comete en la forma violenta en que éste acaeció— es de suyo un horripilante crimen, quizá las dramáticas circunstancias en que se vio envuelto Marco Aurelio Murillo al defender a su madre en peligro, imponían un cambio en la apreciación de su delincuencia.

El Juez y —en su defecto— la defensa hubieran debido proponer los cuestionarios referentes a legítima defensa y a exceso en ella o a estado de necesidad; pero esa deficiencia no es subsanable ya en casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el parecer del señor Procurador de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de invalidar, y *no invalida*, la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, fechada el cuatro de

marzo de mil novecientos cuarenta y uno, que condenó a Marco Aurelio Murillo a sufrir la pena principal de siete años y seis meses de presidio como responsable del delito de asesinato cometido en la persona de su propio padre Heliodoro Murillo.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo—Campo Elías Aguirre.
Manuel Caicedo Arroyo—Julio E. Argüello R.,
Secretario.

VEREDICTO CONTRADICTORIO

Manera de computar la mayoría de votos de los jurados.

La contradicción de un veredicto debe buscarse no entre las respuestas individuales de cada uno de los miembros del Jurado, sino entre la contestación o contestaciones de mayoría dadas a las diferentes cuestiones. Así se deduce de los artículos 536 y 567 de la Ley 94 de 1938.

La firma de los miembros del Jurado que la ley exige en la diligencia de escrutinio, es sin duda un requisito de autenticidad, y deja entender claramente que el escrutinio se debe hacer con la intervención de aquéllos, o al menos en su presencia. Si aparece, como en el presente caso, que todos suscribieron el acta y que no hay aclaración, constancia o salvedad alguna de parte de ninguno de ellos, es porque la encontraron conforme con la verdad. En el caso a que alude el proceso, la Corte revisó cuidadosamente el escrutinio, y comprobó que los cómputos estaban bien hechos y que por tanto las declaraciones consignadas en el acta son el trasunto fiel de la voluntad expresada por el Jurado, por mayoría de votos.

Producido así el veredicto, esto es, sin que se hubiera incurrido en ninguna informalidad, la misión del Juez no es otra que acogerlo y fallar en consecuencia, o declararlo contrario a la evidencia de los hechos, si el proceso así lo demuestra. No se ve cómo pueda legalmente el Juez de derecho, a pretexto de ejercer esta última facultad, realizar un nuevo escrutinio con el fin de deducir, independientemente de las resolucio-

nes de mayoría, las contradicciones e inconsecuencias en que individualmente haya incurrido cada miembro del Jurado al contestar las distintas cuestiones y mediante este procedimiento desintegrar la base numérica de las respuestas uniformes de tres o más miembros del Jurado, desconociendo, en síntesis, la validez del acta de escrutinio, hecho ante el Jurado, con arreglo a las prescripciones legales.

Por la estrecha relación que guarda con la tesis relativa al veredicto contradictorio, se transcribe aquí lo que dijo la Corte en reciente fallo:

“El problema que se plantea es el de saber si por veredicto del Jurado debe entenderse la respuesta individual o personal de cada uno de los ciudadanos que forman el tribunal de conciencia, o, por el contrario, la decisión unánime o mayoritaria de la entidad así llamada. En los procesos de competencia de los Jueces Superiores la sentencia debe dictarse de acuerdo con la calificación que el Jurado dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate; y el Jurado está compuesto de cinco Jueces de hecho, designados como lo dice la ley, debiendo cada uno de los jurados o jueces de hecho, contestar cada cuestionario con un ‘sí’ o un ‘no’, sin agregar explicación de ninguna naturaleza; y se tendrá como veredicto la respuesta que obtenga la mayoría de votos. La Corte estima, de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Penal, que para

la decisión de todas y cada una de las cuestiones, se ha de entender constituido el Jurado siempre por 'cinco' miembros; y que para el veredicto debe considerarse la respuesta unánime de los cinco jurados o la mayoría computada sobre estos cinco miembros. Parece que la confusión relativa a la interpretación del veredicto, se originó en los contradictorios sentidos que se han dado al artículo 501 del Código de Procedimiento Penal, que dice así: 'Cuando la respuesta al primero de los cuestionarios fuere negativa, no se tomarán en cuenta las que se hubieren dado a los demás, cualesquiera que ellas sean.' Es lógico y claro que si el tribunal de conciencia ha contestado negativamente la primera cuestión, sobre el hecho o hechos materiales constitutivos del cuerpo del delito, no se tomen en cuenta las demás respuestas, porque si el acusado no ha realizado los hechos a que se refiere el proceso, es inconducente el estudio referente a la intención y a las circunstancias constitutivas o modificadoras del delito. Si se interpreta que contestada afirmativamente por mayoría la primera cuestión no se han de tomar en cuenta en las demás los votos de los minoritarios, se aceptaría implícitamente que el Jurado siga integrado por un número menor del que debe formarlos según precepto legal."

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

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

En el presente recurso de casación, propuesto por Octavio Montoya contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que le impuso nueve años cuatro meses de presidio, como responsable de la muerte de Luis E. García, la Sala consideró en meses pasados el proyecto de sentencia que le propuso el doctor Absalón Fernández de Soto, distinguido miembro de ella en aquella época, proyecto que no fue aprobado entonces por la Sala, por lo cual hubo de pasar el expediente al Magistrado que seguía en turno.

Después de estudiar otros casos en que se han presentado problemas similares, o al menos originados por dificultades sobre la manera de computar la mayoría de votos de los jurados, encuentra la Corte que la única solución posible para el caso de Octavio Montoya es la que dejó planteada el ex-Magistrado doctor Fernández de Soto, por lo cual tiene la satisfacción de acoger su proyecto, el cual estudia las causales 2ª y 7ª

de casación, alegadas por el recurrente, como en seguida se verá.

Causa 2ª—"Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuido 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 influido en la determinación de la sanción."

Alega el recurrente que no se tuvieron en cuenta al dictar la sentencia, varios testimonios que favorecen su situación.

Al respecto es necesario referirse brevemente a la forma como ocurrió el homicidio y a las pruebas allegadas sobre él.

En la población de Marquetalia no se miraba con buenos ojos a los Celadores de la Renta, por ser gente forastera que había reemplazado en esos puestos a personas del lugar. El catorce de agosto de mil novecientos treinta y ocho se celebraba allí la fiesta de la madre. Con tal motivo, muchos de los vecinos se entregaron a la bebida. Como a las ocho o nueve de la noche se trabó una reyerta entre los Celadores Octavio Montoya, Luis Jiménez y José Tamayo, y algunos malquerientes suyos. En los momentos de la pelea el Agente de Policía Luis E. García le ordenó a Montoya guardara su revólver. Este, en vez de obedecer, retrocedió unos pasos diciendo: "mire lo guardo", y disparó contra el Policía, a quien le infirió una herida que le causó la muerte momentos después.

Estos hechos están comprobados con las declaraciones de Emeterio Cortés (f. 8), Jesús Antonio Rojas (f. 10), Gonzalo García (f. 32 v.) y Arnulfo Marin (f. 62 v.).

Durante el plenario, la defensa trató de demostrar lo siguiente: que la noche del suceso, por ser muy oscura, no permitía distinguir a cierta distancia a las personas que reñían; que de ambos bandos salieron disparos, por lo cual no se sabe a ciencia cierta quién fue el autor de la muerte del Policía García, y que los Celadores de la Renta se vieron obligados a defenderse por haber sido atacados a mano armada por numerosos individuos del pueblo.

Los testigos que sobre el particular declararon contradijeron las pretensiones de la defensa. Sólo Serafin Quintero depuso de conformidad con el interrogatorio formulado por el abogado.

Comentando esta declaración, dice el Juez de primera instancia que ella se explica por ser

Quintero amigo íntimo del acusado, según lo manifestó éste en su indagatoria.

Como se ve, existen varios testimonios de cargo y sólo uno de descargo, cuya credibilidad apreciaron tanto los jueces de conciencia como los juzgadores de derecho.

La verdad es que los Jueces de instancia tuvieron en cuenta todos los testimonios producidos en el proceso. Si para condenar al acusado se fundaron en las pruebas allegadas sobre su responsabilidad, ello no quiere decir —como lo pretende el recurrente— que la sentencia impugnada hubiera dejado de apreciar las que le eran favorables.

De consiguiente, carece de fundamento la causal 2ª.

Como fundamento de la 7ª, alega el recurrente que la sentencia se profirió sobre un veredicto evidentemente contradictorio, por el hecho de que uno de los miembros del Jurado, que había negado la primera cuestión propuesta, esto es, la relativa a los hechos materiales constitutivos del cuerpo del delito de homicidio, afirmó después el propósito de dar muerte al contestar la tercera pregunta.

La contradicción de un veredicto debe buscarse no entre las respuestas individuales de cada uno de los miembros del Jurado, como lo observó el Tribunal, sino entre la contestación o contestaciones de mayoría dadas a las diferentes cuestiones. Así se deduce de los artículos 536 y 567 de la referida Ley 94 de 1938.

La primera disposición dice:

“Cuando todos los jurados hayan entregado al Juez sus respuestas, se procederá al escrutinio, cuyo resultado se consignará en una copia del cuestionario que se haya dejado al efecto, y que deberán firmar el Juez de derecho y los jurados.

“.....
“Se tendrá como veredicto la respuesta que obtenga la mayoría de votos.”

Y el texto del artículo 567, en su parte pertinente, es como sigue:

“Hay lugar a casación:

“.....
7ª Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio.”

En la diligencia de escrutinio, que suscribieron el Juez y todos los miembros del Jurado, se hicieron las siguientes declaraciones:

“La 1ª cuestión fue contestada afirmativamente por mayoría.

“La 2ª, contestada afirmativamente por mayoría.

“La 3ª, contestada afirmativamente por mayoría.

“La 4ª, contestada negativamente por mayoría.

“La 5ª, contestada negativamente por mayoría.

“La 6ª, contestada negativamente por unanimidad.

“La 7ª, contestada negativamente por mayoría.”

La firma de los miembros del Jurado, que la ley exige en esta diligencia, es sin duda un requisito de autenticidad, y deja entender claramente que el escrutinio se debe hacer con la intervención de aquéllos, o al menos en su presencia. Si aparece, como en el presente caso, que todos suscribieron el acta y que no hay aclaración, constancia o salvedad alguna de parte de ninguno de ellos, es porque la encontraron conforme con la verdad.

Revisado cuidadosamente el escrutinio, la Corte ha comprobado que los cómputos están bien hechos y que por tanto las declaraciones consignadas en el acta son el trasunto fiel de la voluntad expresada por el Jurado, por mayoría de votos.

Producido así el veredicto, esto es, sin que se hubiera incurrido en ninguna informalidad, la misión del Juez no es otra que acogerlo y fallar en consecuencia, o declararlo contrario a la evidencia de los hechos, si el proceso así lo demuestra. No se ve cómo pueda legalmente el Juez de derecho, a pretexto de ejercer esta última facultad, realizar un nuevo escrutinio con el fin de deducir, independientemente de las resoluciones de mayoría, las contradicciones e inconsecuencias en que individualmente haya incurrido cada miembro del Jurado al contestar las distintas cuestiones y mediante este procedimiento desintegrar la base numérica de las respuestas uniformes de tres o más miembros del Jurado, desconociendo, en síntesis, la validez del acta de escrutinio, hecho ante el Jurado, con arreglo a las prescripciones legales.

Como puede verse en dicha acta, cuya parte pertinente queda transcrita, las cuestiones primera y tercera a que se refiere el recurrente, fueron contestadas afirmativamente por mayoría de votos. Sobra decir que no envuelve contradicción alguna afirmar de un lado que Octavio Montoya dio muerte a Luis García, y del otro que el hecho lo ejecutó con el propósito de matar.

El memorial del señor Félix Alvarez, presentado al Tribunal un mes después de la celebración del juicio, por medio del cual rectifica una de las respuestas que dio como miembro del Jurado, y dice que antes había hecho igual rectificación a las partes el mismo día de la audiencia “cuando ya ésta se había terminado”, sien-

ta un precedente inaceptable desde todo punto de vista.

Olvidó el Jurado, señor Alvarez, que la ley le prohibía comunicar a las partes o a otras personas, aun después de concluidas las audiencias, cosa alguna relacionada con el juicio en que le había correspondido intervenir como juez de conciencia (véase artículo 529 del Código de Procedimiento Penal).

De suerte que también carece de fundamento la causal 7ª.

Es de advertir que el señor Procurador se abstuvo de conceptuar en este asunto, pues en la época en que se le corrió el respectivo traslado, estimaba que no era parte en el recurso de casación.

A los anteriores considerandos conviene agregar lo que expresó esta Sala en reciente fallo, por la estrecha relación que guarda con la tesis relativa al veredicto contradictorio.

En sentencia de casación próferida hace dos días, y en asunto sobre el cual sí emitió concepto la Procuraduría, dijo la Corte lo siguiente:

“El problema que se plantea es el de saber si por veredicto del Jurado debe entenderse la respuesta individual o personal de cada uno de los ciudadanos que forman el tribunal de conciencia, o, por el contrario, la decisión unánime o mayoritaria de la entidad así llamada.

“En los procesos de competencia de los Jueces Superiores la sentencia debe dictarse de acuerdo con la calificación que el Jurado dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate; y el Jurado está compuesto de cinco Jueces de hecho, designados como lo dice la ley, debiendo cada uno de los jurados o Jueces de hecho contestar cada cuestionario con un *si* o un *no* sin agregar explicación de ninguna naturaleza; y se tendrá como veredicto la respuesta que obtenga la mayoría de votos.

“La Corte estima, de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Penal, que para la decisión de todas y cada una de las cuestiones se ha de entender constituido el Jurado, siempre por cinco miembros; y que para el veredicto debe considerarse la respuesta unánime de los

cinco jurados o la mayoría computada sobre estos mismos cinco miembros.

“Parece que la confusión relativa a la interpretación del veredicto se originó en los contradictorios sentidos que se han dado al artículo 501 del Código de Procedimiento Penal, que dice así:

‘Cuando la respuesta al primero de los cuestionarios fuere negativa, no se tomarán en cuenta las que se hubieren dado a los demás, cualesquiera que ellas sean.’

“Es lógico y claro que si el Tribunal de conciencia ha contestado negativamente la primera cuestión, sobre el hecho o hechos materiales constitutivos del cuerpo del delito, no se tomen en cuenta las demás respuestas, porque si el acusado no ha realizado los hechos a que se refiere el proceso, es inconducente el estudio referente a la intención y a las circunstancias constitutivas o modificadoras del delito.

“Si se interpreta que contestada afirmativamente por mayoría la primera cuestión no se han de tomar en cuenta en las demás los votos de los minoritarios, se aceptaría implícitamente que el Jurado siga integrado por un número menor del que debe formarlo según precepto legal.” (Casación de Miguel Pérez. Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo. Diciembre 5 de 1942).

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, fechada el veintiocho de septiembre de mil novecientos cuarenta, por la cual se impuso a Octavio Montoya la pena principal de nueve años cuatro meses de presidio, por homicidio, y en consecuencia *no infirma* dicho fallo.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre.
Manuel Caicedo Arroyo—Julio E. Argüello R., Secretario.



Asesinato.—Circunstancias de mayor peligrosidad y circunstancias desfavorables al ofendido.—Su diferencia.

1.—Existe sustancial diferencia entre las dos clases de circunstancias: las de mayor peligrosidad son elementos accesorios del delito, que se contemplan para determinar la sanción penal al delincuente; son de libre apreciación por el juzgador, al proferir la sentencia. Mientras que las otras son modificadoras o constitutivas, elementos esenciales que en el caso de autos integran la especie de homicidio llamado asesinato; estas circunstancias son materia de estudio previo, consideradas en el auto de proceder, deben consignarse en los cuestionarios y calificarse por el Jurado en los juicios en que intervienen.

2.—No exige la ley para la existencia del asesinato, actos insidiosos de parte del homicida, a fin de engañar a la víctima y llevarla desprevenida al sacrificio, con seguridad y sin peligro para el acusado. Siempre se ha considerado asesinato el homicidio perpetrado con altos caracteres de gravedad por la cobardía, la perversidad, el poco riesgo que corre el delincuente a causa de la inferioridad o indefensión en que se encuentra la víctima. Y así, hay muchos casos en que existe esta excepcional gravedad sin que de parte del acusado se haya acudido a la insidia para eliminar al ofendido; como cuando se sorprende dormido al enemigo y se le da muerte, o se le asecha en una emboscada, o se coloca veneno en sus alimentos. Lo esencial en todos estos casos es que se sorprenda indefensa a la víctima, y que el agresor se aproveche de esa indefensión, con cobardía o deslealtad de su parte y una notable inferioridad en el sujeto pasivo del delito. Si el legislador hubiera pensado en exigir una serie de actos pérfidos de parte del acusado, tendientes a obtener la indefensión o inseguridad de la víctima, no habría puesto como ejemplo el homicidio por medio del veneno o con alevosía, ya que ocurren muchos casos en que se asegura el golpe sin haberle fingido a la víctima amistad, sin haberla engañado con artimaña alguna capaz de obtener la indefensión.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, febrero nueve de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo).

Alfonso Ceballos Rojas fue condenado por el Tribunal Superior de Manizales a la pena de veinticuatro años de presidio, por el delito de asesinato cometido en la persona del Agente de Policía Julio Moncada, imputándosele una primera reincidencia.

Oportunamente interpuso el acusado el recurso de casación, y presentó dos escritos que no tienen los requisitos de una demanda de tal clase, pues se limitan a hacer afirmaciones en abstracto, sin pretender siquiera la demostración de sus aseveraciones.

El señor defensor de Ceballos elevó también un memorial que más propiamente es un alegato de instancia, pero que debe examinarse, porque contiene algunos conceptos concretos sobre el asesinato.

El 24 de octubre de 1940 los Agentes de la seguridad Luis López y Darío Gutiérrez, capturaron a Alfonso Ceballos Rojas, reconocido como maleante, en un café de la ciudad de Manizales, y lo conducían a la cárcel sin que opusiera resistencia. En el camino se encontraron con el Agente uniformado Julio Moncada, a quien entregaron el preso para que lo llevara a su destino, advirtiéndole que era individuo peligroso y que debía requisarlo. Siguiéron Moncada y Ceballos, y después de avanzar unas cuadras, Ceballos sacó un puñal y le asestó a Moncada una certera puñalada sobre el hipocondrio derecho, que lo derribó a tierra sin darle tiempo a defenderse.

El hecho ocurrió en las horas de la madrugada, en una calle solitaria y oscura. El agresor huyó inmediatamente, y fue recapturado en las horas de la tarde del día siguiente.

Dos causales de casación alega el apoderado de Ceballos Rojas.

CAUSAL 1ª

Ser la sentencia violatoria de la Ley Penal.

Llamado a juicio Ceballos por el delito de homicidio, se formularon al Jurado cuatro cuestionarios sobre el hecho material: la existencia del propósito de matar, la premeditación y motivos innobles y finalmente si se ejecutó el hecho en momentos en que la víctima —Julio Moncada— se encontraba en circunstancias que lo ponían en condiciones de indefensión o inferioridad, por insidia, asechanza o alevosía del victimario.

El Jurado descartó la premeditación; y de aquí deduce el señor apoderado del recurrente que se eliminó un elemento integrante del asesinato, argumentando en esta forma:

“Los Jueces y Magistrados, de ordinario han confundido las circunstancias de mayor peligrosidad señaladas en el ordinal 7º del artículo 37: ‘El abusar de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, o de circunstancias desfavorables al mismo’, con el ordinal 5º del artículo 363, que considera asesinato al homicidio que se comete con cualquiera circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento.

“Después de leer cuidadosamente la cuarta cuestión, se llega a la conclusión evidente de que el señor Ceballos no ‘puso’ al señor Moncada en circunstancias de indefensión o inferioridad, como lo pretende y sostiene el honorable Tribunal, no existiendo por este aspecto el elemento de integración o conformación del asesinato, demostrándose así que existe una manifiesta violación de la ley.”

Es evidente que existe sustancial diferencia entre las dos clases de circunstancias: las de mayor peligrosidad son elementos accesorios del delito que se contemplan para determinar la sanción penal al delincuente; son de libre apreciación por el Juzgador al proferir la sentencia. Mientras que las otras son modificadoras o constitutivas, elementos esenciales que en el caso en estudio integran la especie de homicidio llamado asesinato; estas circunstancias son materia de estudio previo, consideradas en el auto de proceder, deben consignarse en los cuestionarios y calificarse por el Jurado en los juicios en que interviene.

No exige la ley para la existencia del asesinato actos insidiosos de parte del homicida, a fin de engañar a la víctima y llevarla desprevenida al sacrificio, con seguridad y sin peligro para el acusado.

Siempre se ha considerado asesinato el homicidio perpetrado con altos caracteres de grave-

dad por la cobardía, la perversidad, el poco riesgo que corra el delincuente a causa de la inferioridad o indefensión en que se encuentra la víctima. Y así, hay muchos casos en que existe esta excepcional gravedad sin que de parte del acusado se haya acudido a la insidia para eliminar al ofendido; como cuando se sorprende dormido al enemigo y se le da muerte, o se le asecha y ultima en una emboscada, o se coloca veneno en sus alimentos.

Lo esencial en todos estos casos es que se sorprenda indefensa a la víctima, y que el agresor se aproveche de esa indefensión, con cobardía o deslealtad de su parte y una notable inferioridad en el sujeto pasivo del delito. Si el legislador hubiera pensado en exigir una serie de actos pérfidos de parte del acusado, tendientes a obtener la indefensión o inseguridad de la víctima, no habría puesto como ejemplo el homicidio por medio del veneno o con alevosía, ya que ocurren muchos casos en que se asegura el golpe sin haberle fingido a la víctima amistad, sin haberla engañado con artimaña alguna capaz de obtener la indefensión.

Ceballos ultimó al Agente de Policía cuando lo conducía desprevenido hacia la cárcel, en un sitio soitario, quizá cuando había logrado su confianza.

Así pues, si en el auto de proceder se le imputó al acusado el delito de asesinato; si el Jurado aceptó la intención de matar y que el acto se ejecutó en momentos en que el Agente Moncada se encontraba en condiciones de indefensión o inferioridad; y si el veredicto no se ha declarado injusto ni en el recurso de casación se ha planteado este punto, es aceptable la aplicación de la pena correspondiente al asesinato, que hizo el Tribunal.

CAUSAL SEGUNDA

Errada interpretación o apreciación de los hechos.

Sobre este punto se limita el defensor a afirmar que su defendido negó ser el autor del homicidio del Agente Moncada; y que aunque lo hubiera sido, no existe en el expediente una sola prueba, una siquiera, que establezca el hecho de haber puesto Ceballos a Moncada en condiciones de inferioridad o indefensión.

No intenta siquiera un estudio de las pruebas analizadas contra el reo en la sentencia del Tribunal; ni trata de demostrar que no estaba acreditada la responsabilidad de Ceballos, ni la alevosía con que procedió.

No está fuera de lugar aclarar que el Jurado no afirmó que Ceballos hubiera ejecutado actos

que pusieran a su víctima en estado de indefensión o inferioridad, sino que ejecutó el hecho "en momentos en que su víctima se encontraba en circunstancias que lo ponían en condiciones de inferioridad o indefensión".

En esta parte, pues, está desierto el recurso.

—
Observa el señor Procurador que el homicidio se cometió en la persona de un empleado público cuando se hallaba en ejercicio de sus funciones; y que el Tribunal estimó que se estaba en presencia de un concurso de delitos: el de homicidio, y el contemplado en el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal; y que con ese criterio aplicó el artículo 31, relativo al concurso formal. Y agrega que el artículo 184 es aplicable cuando la violencia o amenazas ejercidas sobre el funcionario público o encargado de un servicio público persiguen el obligarlo "a ejecutar u omitir algún acto de sus funciones", lo que no ocurre en el presente caso, pues el acusado no tuvo el propósito de obligar a nada al Agente, sino el de eliminarlo para evadirse. Y por tanto, la disposición infringida es el artículo 186, que impone una agravación al delito común ejecutado en un funcionario público por

razón o causa del ejercicio de sus funciones. Y tratándose entonces de una simple agravación del delito común, no era el caso del concurso formal de infracciones, y nó procedía la aplicación del artículo 31 del Código Penal.

No es este punto materia de casación, y por lo mismo no debe considerarse.

—
Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no infirma* la sentencia de diez y ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, del Tribunal Superior de Manizales, que condenó a Alfonso Ceballos Rojas a la pena principal de veinticuatro años de presidio por el delito de asesinato cometido en la persona del Agente de Policía Julio Moncada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Manuel Caicedo Arroyo—José Antonio Montalvo—Campo Elías Aguirre.—Julio E. Argüello R., Secretario en propiedad.

HOMICIDIO.

1.—Repetidas veces ha dicho la Corte que la casación no es una tercera instancia; y que no es pertinente pretender que en casación se adelante un estudio de todas las probanzas para deducir conclusiones extrañas al recurso extraordinario.

2.—El reparo hecho por el señor Procurador, sobre imposición de la pena impuesta por el sentenciador de instancia, es teóricamente cierto, pero no alcanza a ser motivo de casación, porque a la luz de los artículos 22 de la Constitución Nacional, 44 de la Ley 153 de 1887, 3º del Código Penal y 5º del Código de Procedimiento Penal, debe tenerse en cuenta, por ser más favorable o permisivo, el artículo 85 del Código Penal nuevo. Y, por tanto, aun cuando la sentencia no lo haya dicho expresamente, los reos gozarán del derecho de obtener la libertad condicional que otorga si se llenan los requisitos allí mismo enumerados, aun cuando hayan sido condenados con aplicación del Código Penal de 1890, a la pena fija de veinte años de presidio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, febrero diez y siete de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo).

Joaquín Guerrero, Antonio Espalza y Ramón Vega fueron condenados por el Juzgado Segundo Superior de Pamplona, en sentencia que confirmó el Tribunal Superior de la misma ciudad el veintiséis de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, a la pena de veinte años fijos de presidio, como autores del homicidio de Felipe Roper, con aplicación del Código Penal de mil ochocientos noventa.

Concedido el recurso de casación interpuesto por los reos, el apoderado invocó las causales 1ª, 2ª y 4ª del artículo 567 de la Ley 94 de 1938, que equivalen en su orden a la 1ª, 5ª y 4ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, que es el aplicable por tratarse de un proceso iniciado con anterioridad a la vigencia de aquélla.

CAUSAL SEGUNDA

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, según la ley.

El doctor Victor M. Espinel, como Fiscal del Tribunal Superior, dio concepto cuando la corporación revisó el auto de proceder; y como Magistrado, firmó el auto por el cual se declaró infundada la recusación propuesta por los reos contra el nuevo Fiscal del Tribunal, doctor Juan B. Pineda Roperero. Por esto —dice el recurrente— existe el vicio de nulidad alegado.

El doctor Espinel manifestó el impedimento en auto de trece de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, y ordenó que fuese puesto en conocimiento de las partes para que expresaran lo que luviesen por conveniente. Y en este estado, los acusados recusaron al doctor Pineda Roperero, Fiscal, recusación que ordenó tramitar el Magistrado sustanciador; doctor Urbina, y que terminó con la resolución de que el Tribunal se abstenga de declarar impedido al señor Fiscal, auto que lleva la firma del doctor Espinel.

Como se ve, se trata de un incidente de recusación; y el artículo 443 del Código Judicial (Ley 105 de 1931), dice que “no están impedidos, ni son recusables en el incidente, los funcionarios a quienes corresponda su conocimiento”.

Y el Magistrado doctor Espinel no estaba separado del conocimiento por no haberse decidido aún el impedimento por él manifestado.

No existe, por lo tanto, nulidad por este aspecto.

Se queja el demandante de que el Tribunal se limita a reproducir los considerandos de la sentencia del Juzgado Superior, sin intentar el más ligero análisis del asunto; lo que, si en verdad es censurable, no constituye motivo de casación.

Asimismo, anota la lentitud con que se ha adelantado el proceso, lo que indica, como lo observa el señor Procurador, un descuido injustificable en algunas de las autoridades que intervinieron en este expediente, que por lo menos reclama la censura, de que aquí se deja constancia.

CAUSAL QUINTA

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.

Diez indicios enumera la parte considerativa de la sentencia, sobre los cuales basó el Jurado su veredicto condenatorio, los que consideró su-

ficientes para deducir la responsabilidad de los acusados; indicios que trata de rebatir el recurrente y que son abundante prueba contra los condenados. Lo que indica muy claramente que el Jurado tuvo fundamento más que suficiente para contestar afirmativamente los cuestionarios del veredicto.

Guerrero y Espalza confesaron haber estado presentes cuando sucedieron los hechos que motivaron la muerte de Felipe Roperero; y haber disparado, ya directamente contra la víctima, ya al aire como lo dice el otro. Pero están confesos en lo principal del delito, confesión que está corroborada con otros muchos testimonios y pruebas indiciales.

Y contra Vega, además de los indicios, existe la acusación de los autores materiales de haber sido él quien los indujo a la perpetración del delito.

Con todos estos elementos probatorios no puede sostenerse que el veredicto sea injusto.

Repetidas veces ha dicho la Corte que la casación no es una tercera instancia; y que no es pertinente pretender que en casación se adelante un estudio de todas las probanzas para deducir conclusiones extrañas al recurso extraordinario.

CAUSAL PRIMERA

Ser la sentencia violatoria de la Ley Penal, por mala interpretación de ésta, o por indebida aplicación de la misma.

Considera el recurrente errónea aplicación de la Ley Penal la condena a veinte años de presidio con aplicación del Código de mil ochocientos noventa. Y en este punto, el señor Procurador conceptúa que tiene razón, argumentando así:

“De conformidad con el artículo 363 del nuevo Código Penal, el asesinato está reprimido con una pena de 15 a 24 años de presidio, y de acuerdo con el artículo 85 de la misma obra, puede concederse la libertad condicional al condenado a esa clase de pena que haya cumplido las tres cuartas partes, siempre naturalmente que se reúnan determinadas condiciones.

“Es indudablemente más favorable para un reo el tener la posibilidad de obtener su libertad después de haber purgado un tanto de su pena, que el tener que descontarla íntegramente. En otras palabras; para los recurrentes, es más favorable el poder obtener el beneficio establecido en el citado artículo 85 que tener que permanecer fijamente en la Penitenciaría por el término de veinte años. Luego el Tribunal se equivocó al aplicar la vieja legislación, pues aun

suponiendo que la nueva les hubiera sido aplicada con todo rigor, esto es, cerca al máximo—no este máximo, por existir por lo menos la circunstancia de menor peligrosidad de la buena conducta anterior— el derecho al beneficio indicado implica favorabilidad.”

El Tribunal les impuso a los reos la pena fija de veinte años de presidio; y, dadas las circunstancias con que se cometió el delito, indicadoras de mayor peligrosidad, tales como los motivos innobles, el tiempo, el modo y lugar escogidos, y la insensibilidad moral de los autores, son estas modalidades las que impiden colocarlo en el mínimo, y por lo mismo, aunque la pena se hubiera aplicado de acuerdo con el artículo 363 del nuevo Código Penal, habría sido la misma, ya que el proceso no suministra fundamentos para variar la o minorarla.

El reparo del señor Procurador es teóricamente cierto, pero no alcanza a ser motivo de casación, porque a la luz de los artículos 22 de la Constitución Nacional, 44 de la Ley 153 de 1887, 3º del Código Penal y 5º del Código de Procedimiento Penal, debe tenerse en cuenta, por ser

más favorable o permisivo, el artículo 85 del Código Penal nuevo. Y por tanto, aun cuando la sentencia no lo haya dicho expresamente, los reos gozarán del derecho a obtener la libertad condicional que otorga si se llenan los requisitos allí mismo enumerados, aun cuando hayan sido condenados con aplicación del Código Penal de 1890, a la pena fija de veinte años de presidio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no infirma* la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Pamplona, que condenó a Antonio Espalza, Joaquín Guerrero y Ramón Vega, a la pena principal de veinte años de presidio como responsables del delito de *homicidio* consumado en la persona de Felipe Roperó.

Cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en *Gaceta Judicial*.

Manuel Caicedo Arroyo—José Antonio Montalvo—Campo Elías Aguirre—Julio E. Argüello R. Secretario en propiedad.

CAUSALES DE CASACION.—INDICIOS.

El motivo de casación, consistente en “ser una sentencia violatoria de la Ley Penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma”, se refiere de manera exclusiva al Código que prevé los delitos y establece las sanciones, es decir, al Código Penal, y ninguna relación guarda con el Código de Procedimiento cuyo quebranto puede engendrar otras causales diversas.

En el presente caso, la equivocación central del demandante radica en que reduce la materia de indicios a los “necesarios” y a las “presunciones legales”, no concibiendo los indicios que son “simplemente graves”.

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

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre)

Vistos:

La noche del dos al tres de noviembre de mil novecientos treinta y nueve se le perdieron a Jesús Antonio Galvis dos novillos de su propie-

dad, que tenía en una finca situada en el Municipio de Santa Rosa de Cabal, y de ese hecho, que fue hurto, resultó responsable Arcesio Atehortúa, sujeto a quien el Tribunal Superior de Manizales impuso nueve meses de prisión con base en los artículos 397 y 398 del Código Penal.

Recurrida en casación la sentencia por el defensor del procesado, la demanda que se formuló ante la Corte, invoca las causales de los números 1º y 2º del artículo 567, Ley 94 de 1938.

Cumplidos los trámites correspondientes, entra la Sala a resolver lo que sea del caso, advirtiendo que el señor Procurador solicita que no se infirme el fallo.

Debería empezar el estudio del negocio por el orden lógico que es el examen de la segunda causal; pero ocurre que las argumentaciones de la demanda sobre la causal primera, sólo tratan de sustentar aquella, alegando erradas interpretación y aplicación de los artículos 203, 216, 217, 218, 221, 222, 223 y 237 del Código de Procedimiento Penal, lo que obliga a la Corte a prescindir desde ahora de la causal del número 1º,

pues el apoyo que le da el demandante es en absoluto extraño o ajeno al significado de esa causal.

Y es que el motivo de casación consistente en *ser una sentencia violatoria de la Ley Penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma*, se refiere de manera exclusiva al Código que prevé los delitos y establece las sanciones, es decir, al Código Penal, y ninguna relación guarda con el Código de Procedimiento, cuyo quebranto puede engendrar otras causales diversas.

Así, los reparos del recurrente confluyen en la causal del número 2º, que dispone:

“Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuido un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que si 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 influido en la determinación de la sanción.”

Alega el apoderado de Arcesio Atehortúa que falta en el proceso la prueba del cuerpo del delito de hurto y que no se demostró la responsabilidad del reo, todo lo cual es desconocimiento de los artículos 203, 216, 217, 218, 221, 222, 223 y 237 de la Ley 94 de 1938.

Contesta la Corte:

1º *Cuerpo del delito de hurto*.—Conforme a la regla del artículo 272 de la referida Ley 94, es clara la prueba de que hubo sustracción de los novillos, sin consentimiento del dueño y con el propósito de aprovecharse de las reses. (Artículo 397 del Código Penal).

Mas el cargo de la demanda en el particular no se dirige sino a uno de los elementos que integran el hecho criminoso y punible, cual es la comprobación de la propiedad, preexistencia y consiguiente falta de las reses, comprobación inexistente, en sentir del actor, porque los testigos que se adujeron para acreditar esas circunstancias, Sebastián Loaiza y Luis Angel García, deponen de modo idéntico, lo cual dizque peca contra el artículo 237 del Código de Procedimiento.

Carece de razón de ser el cargo, ya que Loaiza y García declararon separadamente, sin que entrañe invalidez alguna la uniformidad de sus testimonios.

2º *Responsabilidad de Atehortúa*.—Acerca de este punto escribió el apoderado:

“El honorable Tribunal de Manizales apreció erróneamente las pruebas indiciarias referentes a la responsabilidad del señor Arcesio Atehortúa, al considerarlas en su conjunto como prueba plena.

“Ni la indagatoria, ni la falta de reconocimiento del vendedor entre los cinco hijos del supuesto ofendido, ni la ausencia del verdadero José Martín que presencié la venta, ni el hecho de que como lo dice el honorable Tribunal, el sindicado ‘no haya hecho el mínimo esfuerzo’ por justificar la adquisición de los elementos objeto del delito, *indica necesariamente que el procesado no compró los semovientes*, es decir, indica necesariamente que el procesado hurtó los semovientes.

“El Tribunal, por tanto, consideró erradamente que una serie de indicios no necesarios, ni relacionados en causalidad los unos con los otros, determinaban la plena prueba de la responsabilidad del sindicado, cuando la ley exige para llegar a ella por indicios, ellos deben ser necesarios o presunción legal no desvirtuada, y manda considerar que un solo indicio no hace jamás plena prueba y que los indicios referentes a uno solo, por numerosos que sean, no constituyen más que un solo indicio, a más de que ordena que para que un hecho pueda ser apreciado como indicio, debe estar plenamente probado.

“.....”
 “Como no se ha llegado a comprobar plenamente el cuerpo del delito de hurto, ni mucho menos la responsabilidad de mi mandante, considero que la presunción de inocencia no ha sido desvirtuada, y al tener como plena prueba los indicios no necesarios que existen en autos, el Tribunal de Manizales apreció erradamente el valor probatorio de tales indicios, y por tanto, hay lugar a casar la sentencia de que nos ocupamos...”

La equivocación central del demandante radica en que reduce la materia de indicios a los *necesarios* y a las *presunciones legales*, no conociendo los indicios que son *simplemente graves*.

Pluralidad de graves indicios, ninguno de los cuales tiene la característica del necesario ni de la presunción legal, es lo que acusa a Arcesio Atehortúa como autor del hurto, indicios que quedaron muy bien analizados en los siguientes párrafos del concepto de la Procuraduría:

“El día tres de noviembre de 1939, fecha de la sustracción, logró descubrirse que los novillos hurtados al señor Galvis eran conducidos por Arcesio Atehortúa hacia la ciudad de Manizales. Y en verdad, allá logró la Policía descubrir que Atehortúa había vendido ese mismo día los semovientes a José Arbeláez, quien a su vez se los negoció en compraventa a Ricardo Jaramillo.

"Atehortúa era colindante de la propiedad de Galvis, pues vivía en una finca de su señora madre.

"Indagado Atehortúa, reconoció ser cierto que él condujo los animales desde su finca hasta Manizales, donde los negoció con José Arbeláez por la suma de sesenta y siete pesos, que recibió allí mismo.

"En cuanto a la procedencia de los novillos, expresó que los había comprado a un hijo del perdidoso, sujeto ese que desde hacía ocho días se los venía ofreciendo; que la compra la hizo por la suma de cincuenta pesos, y que el negocio lo presenció José Marín únicamente, jornalero y trabajador ambulante.

"Dijo Atehortúa que el nombre del vendedor no lo sabía, pero que a dicho sujeto lo podía reconocer en cualquier momento, ignorancia esa por demás inexplicable, siendo así que sus fincas eran limitrofes y que el mismo acusado manifiesta haber tenido varios negocios con tal persona.

"Pero es lo cierto que la pretendida compraventa del ganado resultó totalmente contradicha por las pruebas allegadas a la investigación.

"Los cinco hijos del perdidoso, en rueda de presos, fueron puestos de presente ante el sindicado para que dijese cuál era el que le había vendido los novillos, y manifestó Atehortúa que ninguno de ellos.

"Llamado a declarar el presunto testigo presencial de la compra, José Marín, manifestó no constarle tal hecho, pero ni siquiera conocer a Atehortúa.

"Finalmente, el procesado cuando se le capturó y fue requisado, le informó al agente Antonio Gallego que sólo tenía allí cuatro pesos de la venta de los novillos, porque el resto se lo había dado en préstamo a Teodomiro Espitia y a Alfonso Mallorga, quienes desmintieron rotundamente esa aseveración.

"En tal virtud, el supuesto negocio de compraventa resulta una farsa del sindicado. Atehortúa no salió adelante en ninguna de sus afirmaciones tendientes a justificar la posesión legítima de los semovientes.

"Además, el hecho de haber negociado el ganado el mismo día en que se le perdió a Galvis, siendo así que los novillos apenas estaban en ceba y que Atehortúa podía mantenerlos en la finca de su madre para mejorarlos y venderlos a precio superior, es otro cargo que milita contra el acusado.

"En resumen, contra éste pesan los tres indicios siguientes:

"a) Hallarse en su poder las reses hurtadas inmediatamente después de perdidas éstas.

"b) Ser falsas todas las explicaciones que dio para justificar la adquisición legítima de los animales, y

"c) La precipitud en vender los semovientes, una vez sustraídos de la propiedad del señor Galvis, venta que hizo a un precio inferior a su justo valor.

"Cierto que conforme al artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, constituye presunción legal de que una persona es responsable del delito de robo o hurto, el hecho de encontrarse en su poder la cosa robada o hurtada, o el de haberla enajenado con posterioridad a la sustracción ilícita, cuando su conducta ha sido mala por hallarse condenado por delito contra la propiedad.

"Pero esto no estorba para que la condena de Atehortúa se funde, no en una presunción legal de responsabilidad, sino en la concurrencia de tres indicios graves que lo vinculan a la consumación del delito de hurto de los novillos pertenecientes al señor Galvis, siendo entonces de aplicación cabal en este negocio, el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal, cuyo tenor es el siguiente:

"Dos o más pruebas incompletas son prueba plena si los hechos que las constituyen están probados plenamente y su coexistencia no es posible sin la del hecho que trata de probarse."

"Probados, pues, como están, el cuerpo del delito de hurto y la responsabilidad del acusado, la causal segunda de casación que se ha invocado, resulta desechable."

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, acorde con el parecer del señor Procurador Delegado y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, que condenó a Arcesio Atehortúa, por el delito de hurto, a la pena principal de nueve meses de prisión.

Con costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

*Campo Elías Aguirre—José Antonio Montalvo.
Manuel Caicedo Arroyo—Julio E. Argüello R.,
Secretario.*

Celebración de la audiencia sin asistencia del Fiscal ni del defensor del procesado.

Ya ha dicho la Corte que la audiencia "suele ser una simple diligencia, no esencial en el procedimiento, y a la cual no concurren las partes quizá porque en esa clase de procesos estiman los interesados que sus razones pueden ser apreciadas mejor si las presentan por escrito, y así prescindan generalmente de aquella formalidad, considerándola casi superflua, sin que sufra quebrantos la defensa del reo con esa omisión, porque el Juez, al fallar, está obligado a analizar detalladamente los argumentos que se le hayan propuesto en los alegatos llevados al expediente".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, febrero veintidós de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo).

El Tribunal Superior de Pamplona condenó, en sentencia de veintitrés de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, a José Antonio Padilla, a la pena principal de seis años y ocho meses de presidio por el delito de robo, considerándolo como primer reincidente, con aplicación de los artículos 34 y 304 del Código Penal.

El acusado, en escrito que más tiene de alegato de instancia que de una demanda de casación, interpone este recurso e invoca las causas *primera* y *segunda* del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

CAUSAL SEGUNDA

Errada interpretación o apreciación de los hechos.

Sostiene el recurrente que por no haberse dado crédito a los testimonios de Manuel Estévez Ramírez, Pablo Omaña y Juan Vargas, que acreditan que el acusado adquirió por medio legítimo el radio objeto del delito, como fue la compra que de él hizo a Laureano Patiño, existe error en la apreciación del hecho punible, y que, por lo tanto, no puede tenerse como autor del robo de ese objeto.

Con escalamiento de su habitación se le sus- trajo a Ramona Silva un radio marca Phillips,

tipo 313 y número 1976, avaluado en la suma de ciento cincuenta pesos (\$ 150.00), hecho ocurrido en la noche del primero al dos de diciembre de mil novecientos treinta y nueve, en la ciudad de Cúcuta.

José Antonio Padilla le vendió el radio a Pablo Rincón por la suma de treinta pesos (\$ 30.00) el mismo día dos; y los Agentes de Policía Campesina Elías García y Pablo Ortiz lo decomisaron en casa de Rincón.

Indagado Padilla, negó haberle vendido el radio a Rincón; pero luego confesó la venta, disculpando su negativa anterior en que Pablo Rincón es persona pobre, y, como resultó ser robado el aparato, quiso evitarle la pérdida, pues indiscutiblemente deberían decomisárselo.

Manifestó que el radio se lo había comprado a su vez a Laureano Patiño en cuarenta pesos (\$ 40.00), en la esquina de Puente Plata, en la ciudad de Cúcuta, y en presencia de Manuel Estévez. Pero este testigo disiente en los motivos que manifestó el vendedor para venderlo, en el sitio en donde se afirma haberse celebrado el negocio, y en las condiciones físicas del vendedor.

Además, Estévez se contradice en una segunda declaración, porque habiendo afirmado primero que el pago lo hizo Padilla en billetes de cinco pesos, dice más tarde que fue en billetes de diez pesos.

Cita Padilla otros testigos como presenciales del hecho de haber visto a Laureano Patiño portando el radio en la mañana del robo, y habersele ofrecido a Padilla en el Parque de Colón.

Uno de los testigos, Juan Vargas, dijo que vio pasar a Laureano Patiño, quien llevaba al hombro un radio de regular tamaño; pero que no habló nada ni lo ofreció en venta, siendo esto todo cuanto le constaba. Y posteriormente rinde un testimonio extrajudicial, en que afirma que Patiño le vendió el radio a José Antonio Padilla por cuarenta pesos (\$ 40.00); y que el citado Patiño, antes de verse con Padilla, le ofreció el aparato en venta al declarante.

Pablo Omaña, otro de los testigos, declara que en una época, que no recuerda, vio pasar a Laureano Patiño con un radio al hombro, quien le manifestó que lo iba a vender; y que a los pocos momentos regresó Patiño y le dijo que había encontrado un cliente, que era un tal Padilla.

Pero lo raro es que este testigo, Agente de Policía, recuerda las palabras que se cruzó con Patiño; lo reconoce cuando se encontró con él por segunda vez; y con todo, no guarda memoria del menor rasgo fisonómico del vendedor del radio.

Todavía en el plenario continúa Padilla citando testigos presenciales de la compra del aparato, y pide la declaración de Pedro Elías Durán y Santiago Ramírez.

El primero no declaró por no habersele hallado; y el segundo dijo "no es cierto ni me consta lo que se me pregunta, o sea que el día dos de diciembre de mil novecientos treinta y nueve, como a las seis de la mañana, presencié lo referente a la compra que el citado Padilla le hiciera a un señor Laureano Patiño del radio a que se refería, en el punto de Puente Plata, de esta ciudad, pues ni siquiera recuerdo haberme encontrado en esos lugares". Y agrega que el citado Padilla lo llamó a la cárcel para que le diera esa declaración, y él le manifestó que no podía dársela por no constarle nada. El testigo presentó la boleta en que Padilla le insinuaba los términos en que debía deponer.

Esto es ilustrativo, y hace pensar en qué forma se agregarían al proceso las declaraciones de los testigos presenciales, sin que haya podido comprobarse la legítima adquisición del radio.

Existe además la presunción legal, no desvirtuada, que como suficiente para condenar establece el artículo 221 del Código de Procedimientos Penal:

"Constituye asimismo presunción legal de que una persona es responsable del delito de robo o hurto, el hecho de encontrarse en su poder la cosa robada o hurtada, o el de haberla enajenado con posterioridad a su sustracción ilícita, siempre que esa persona haya sido anteriormente condenada en sentencia irrevocable por un delito contra la propiedad."

Y Padilla, según consta, fue condenado a quince años, dos meses y quince días de presidio como responsable de los delitos de envenenamiento, robo y rapto; y ya ejecutoriada esta sentencia cometió el robo por el cual se le juzga ahora.

No está probada la causal segunda.

CAUSAL PRIMERA

Mala aplicación de la Ley Penal.

Después de haber sostenido su ninguna participación en el robo del radio, al sustentar el recurrente la causal segunda acepta una participa-

ción secundaria para acusar la sentencia por la causal primera, y se expresa así:

"Hago consistir la nulidad en el hecho de haberseme aplicado una pena indebida, desechando el sentido relativo que establece el artículo 199 del Código Penal, para considerarme como infractor del artículo 402 del mencionado Código, por lo cual considero que se me impuso una pena distinta a mi participación en el delito, violándose en el juicio el principio constitucional cuando la pena no podía exceder a la de dos años de arresto.

"Lo dicho por mi declaración indagatoria constituye fundamento de lógica y de interpretación jurídica indetestable para apreciar mi participación en la venta del radio, y que sin concierto previo, ayudase al delincuente a eludir la acción de la justicia, o a entorpecer o desviar la investigación correspondiente. En esto que incurri en no haber dicho desde un principio a quién lo había vendido. Como así fue en la investigación dije haberlo vendido a un individuo de abultado campesinaje de Gramalote."

Dice el artículo 199 del Código Penal:

"El que teniendo conocimiento de la comisión de un delito y sin concierto previo, ayudare al delincuente a eludir la acción de la autoridad, o a entorpecer o desviar la acción correspondiente, incurrirá en arresto de dos meses a dos años."

Están muy lejos de ocurrir en este caso todas las actividades que enumera esta disposición, ya que la totalidad de la responsabilidad principal como autor del delito recae en el acusado Padilla, quien no ha podido comprobar la adquisición legítima del radio, y quien, por un comprobado poco respeto a la propiedad ajena, cae bajo la presunción legal del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal.

Además, en el auto de proceder se le formuló el cargo de *autor*, no de *encubridor*; y la sentencia no podía ponerse en contradicción con dicho auto, puesto que no se ha desvirtuado en el plenario la mencionada condición de autor.

Critica también el recurrente al Tribunal por haber calificado la delincuencia en el grado más alto, desconociendo las varias circunstancias de menor peligrosidad existentes. En lo cual no está en lo cierto, pues fue el Juez de primera instancia quien aplicó la penalidad correspondiente al grado máximo, lo que modificó el Tribunal aplicando una sanción entre el máximo y el mínimo, a pesar de la declaración expresa de no hallar demostrado ningún atenuante.

Alega el acusado una nulidad sustancial en la causa, consistente en haberse celebrado la audiencia sin estar presentes ni el Fiscal ni el defensor.

Sobre este reparo, la Sala acoge lo que el señor Procurador dice en su vista:

"Este cargo sería propio de la causal cuarta de casación, que no ha sido invocada por el recurrente, y no siéndolo, carece la Corte de jurisdicción para considerarla, al tenor del artículo 568 del Código de Procedimiento Penal.

"Pero aunque hubiese sido formulada la demanda en tal sentido, aun así, no habría nulidad del juicio; pues, como lo ha dicho la honorable Corte, la audiencia que se efectúa ante juzgadores de derecho 'suele ser en la práctica una simple diligencia, no esencial en el procedimiento, y a la cual no concurren las partes quizá porque en esa clase de procesos estiman los interesados que sus razones pueden ser apreciadas mejor si las presentan por escrito, y así prescinden generalmente de aquella formalidad, considerándola casi superflua, sin que sufra quebrantos la defensa del reo con esa omisión, porque el Juez, al fallar, está obligado a analizar detalladamente los argumentos que se le hayan propuesto en los alegatos llevados al expediente.' (Sentencia de 7 de mayo de 1941, *Gaceta Judicial* números 1971 y 1972, pág. 314).

"Todavía más, en el presente caso, si bien es verdad que no concurrieron a la celebración del juicio los representantes del Ministerio Público y de la defensa, con todo en ese acto el acusado

Padilla hizo uso de la palabra, y en forma juiciosa, y hasta elocuente, planteó su irresponsabilidad."

No está probada tampoco la causal primera.

Como del análisis que se ha hecho de las declaraciones de los testigos Manuel Estévez Ramírez, Juan Vargas y Pablo Omaña resulta que pudieron haber declarado falsamente, debe investigarse si se ha cometido el delito de perjurio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, **NO INVALIDA** la sentencia de veintitrés de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, del Tribunal Superior de Pamplona, que condenó a José Antonio Padilla Galvis a la pena principal de seis años y ocho meses de presidio como responsable del delito de robo, y **ORDENA INVESTIGAR** el posible delito de perjurio en que hayan podido incurrir los testigos Manuel Estévez Ramírez, Juan Vargas y Pablo Omaña, cuyas declaraciones aparecen en el expediente original.

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

Manuel Caicedo Arroyo—José Antonio Montalvo—Campo Elias Aguirre—Julio E. Argüello.
Secretario.

RECUSACION DE UN MAGISTRADO DE TRIBUNAL

Cómo debe entenderse la causal 4ª del artículo 73, Ley 94 de 1938, en la parte que se refiere al Juez o Magistrado que haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, febrero veinticuatro de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elias Aguirre).

Vistos:

Al doctor Mario Romero Padilla, como Juez 2º Superior de Bogotá, le tocó actuar en este proceso por homicidio contra Vidal Cantor Garzón.

Y ahora, cuando el mismo funcionario es Magistrado de aquel Tribunal, ha intervenido con el carácter de ponente en dicho proceso.

Así las cosas, el doctor Carlos Arturo Diaz, defensor del reo, recusó al Magistrado doctor Romero Padilla apoyándose en la causal 4ª del artículo 73, Ley 94 de 1938.

No aceptó el Magistrado la recusación, por lo cual envió el negocio a la Corte, en donde se resolverá de plano el incidente, según lo manda el pasaje último del artículo 77 *ibidem*.

Dispone la causal 4ª del artículo 73:

"Haber sido el Juez o Magistrado apoderado o defensor de alguna de las partes, o contraparte de cualquiera de ellas, o haber dado consejo o

manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso."

Expresa el doctor Díaz:

"En el presente caso usted señor Magistrado como Juez 2º Superior manifestó su opinión acerca de este proceso y no una sino dos veces: la primera cuando dictó el auto de detención, de fecha 3 de septiembre de 1941, que se encuentra al folio 58 y la segunda cuando le negó la libertad provisional al mismo Vidal Cantor en el auto de fecha 12 de septiembre del mismo año que figura al folio 67. Este auto y el que se acaba de dictar negándole nuevamente la excarcelación, puede decirse que contiene los mismos argumentos y que naturalmente existía un impedimento claro para dictarlo...."

Considera la Corte:

La tacha al Magistrado doctor Romero Padilla se reduce a que manifestó su opinión sobre la materia del proceso por haber proferido los autos que menciona el recusante, y sucede que ya la Corte ha definido varias veces el alcance de ese aspecto de la 4ª causal de recusación, aspecto que sólo puede entenderse respecto de la persona particular que ha emitido su concepto acerca de la cuestión penal debatida, y luego le corresponde conocer de la misma cuestión como Juez o Magistrado, o también respecto del Magistrado o Juez que opina extraoficial o privadamente sobre la materia *sub judice* que a su Despacho tiene o llegare a tener después.

De allí que adecuadamente haya escrito el Magistrado doctor Romero Padilla lo siguiente:

"Los Jueces y Magistrados no pueden dar ningún consejo ni menos manifestar su opinión

en un asunto de que conozcan sin transgredir la ley y hacerse reos de infracción penal. Y cuando dentro de un proceso deciden determinada cuestión que les ha sido sometida, no emiten una opinión personal, particular, ni dan consejo. Se limitan a llenar una función que la ley les ha asignado, interpretando y aplicando las disposiciones legales de acuerdo con su criterio y las probanzas de los autos.

"Por eso cree el suscrito que a tales actuaciones no puede referirse jamás la causal 4ª del artículo 73 invocada por el señor defensor...."

Si se aceptara la tesis del doctor Díaz habría impedimento, por opinión manifestada, en el Juez o Magistrado a quien se le pide reposición del auto que dictó, y en el Juez o Magistrados que vuelven a conocer de un proceso penal cuando ya habían conocido, v. gr., del auto de proceder por recurso de apelación.

A tales extremos aberrantes, y a otros muchos de igual o mayor entidad, conduciría la tesis del señor defensor de Vidal Cantor Garzón.

En consecuencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara infundada la recusación propuesta por el doctor Carlos Arturo Díaz contra el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Mario Romero Padilla, quien continuará conociendo del proceso.

Cópiese y devuélvase.

*Campo Elías Aguirre—José Antonio Montalvo.
Manuel Caicedo Arroyo—Julio E. Argüello R.,
Secretario.*

COLISION DE COMPETENCIAS

En el caso a que alude el sumario, el Juez del Circuito de Florencia carecía y carece de facultad o derecho para provocar la actual colisión de competencias, porque él, aun cuando ha venido instruyendo el proceso, no sería Juez competente para conocer de las infracciones investigadas en atención a la naturaleza de ellas.

Dada la naturaleza de los hechos, la competencia radicaría, en principio o por regla general, en el respectivo Juez Superior de Distrito Judicial (artículo 45, letras d) y e), del Código de Procedimiento Penal), y sólo ese Juez Superior podría suscitar la colisión a la jurisdicción militar.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, marzo primero de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

Vistos:

Es indudable que este sumario trata de los delitos de peculado y falsedad en perjuicio de los caudales del Ejército, hechos que se imputan a las siguientes personas: Capitán Manuel Posada Delgado, Teniente José María Dimas, Carlos A. Camacho y Roberto Noriega.

Los dos primeros desempeñaban las funciones de Subintendente del Comando de la 6ª Bri-

gada y Oficial de Administración, en su orden; el tercero era Almacenista del mismo Comando, y el último Auditor de Guerra.

Ha adelantado la investigación el Juez de Circuito de Florencia, y en su carácter de funcionario instructor dicho Juez provocó competencia negativa al Comando de la 6ª Brigada, alegando que es a la justicia militar a quien corresponde conocer del proceso.

No aceptó el Comando la competencia por creer que el conocimiento del negocio toca a los Jueces ordinarios, entendiendo de manera equivocada el artículo 13 de la Ley 84 de 1931.

Remitido el expediente a la Corte Suprema, se pasa hoy a resolver en uso de la atribución privativa que a la Sala Penal le confiere el número 4º del artículo 42, Ley 94 de 1938.

Expresa el artículo 65 de esa Ley 94 lo siguiente:

"Hay colisión de competencias cuando dos Jueces o Tribunales consideran que a cada uno de ellos exclusivamente le corresponde el conocimiento de un asunto criminal, o cuando se niegan a conocer de él por considerar que no es de la competencia de ninguno de ellos."

El Juez del Circuito de Florencia carecía y carece de facultad o derecho para provocar la actual colisión de competencia, porque él, aun cuando ha venido instruyendo el proceso, no sería Juez competente para conocer de las infracciones investigadas en atención a la naturaleza de ellas.

Dada la naturaleza de los hechos, la competencia radicaría, en principio o por regla general, en el respectivo Juez Superior de Distrito Judicial (artículo 45, letras d) y e), del Código de Procedimiento Penal), y sólo ese Juez Superior podría suscitar la colisión a la jurisdicción militar.

Lo referente a que los delitos de peculado y falsedad que el proceso contempla pertenezcan o nó al fuero especial de la justicia militar, excepción que trae el primer inciso del artículo 45, es cuestión que la Sala debe no estudiar ahora, a fin de eludir un prejuzgamiento. Ello se hará si entre el Juez Superior de Neiva y el Comando de la 6ª Brigada llegare a debatirse el problema, cuya solución puede ser la providencia o concepto que se publicó en la *Gaceta Judicial* número 1981, de abril de 1942, páginas 869 a 871.

Así, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, la Corte Suprema declara que no es el caso de decidir la colisión de competencia que al Comando de la 6ª Brigada del Ejército promovió el Juez del Circuito de Florencia.

Cópiese y devuélvase el expediente al citado Juez de Circuito.

Campo Elias Aguirre—José Antonio Montalvo. Manuel Caicedo Arroyo—Julio E. Argüello R., Secretario.

Intervención de los acusadores particulares en la investigación de los delitos, conforme a la anterior legislación.

Como las causas o procesos por motivos de responsabilidad contra los empleados públicos siempre eran investigables de oficio, mediante la única condición de la prueba sumaria exigida por el artículo 359 de la Ley 105 de 1890, el acusador particular del Juez a que alude el sumario estaba sometido, y lo está, a las restricciones de los artículos 20 y 21 de la Ley 104 de 1922, una de las cuales consistía en la prohibición de interponer recursos, a no ser en el caso de la letra b) del artículo 20, caso que aquí no sucedió.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, marzo cinco de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elias Aguirre).

Con anterioridad a la vigencia de las Leyes 45 de 1936 y 94 de 1938 (Códigos Penal y de Procedimiento Penal), el señor Bernardino Cardoso denunció criminalmente al Juez 1º del Circuito de Neiva, doctor Martiniano González Díaz, por violación de los artículos 485, ordinal 2º;

505, 543, 554, 564, 565, 570, ordinal 59; 572, 575 580 del Código Penal de 1890, constituyéndose luégo acusador particular conforme a las reglas procedimentales que entonces imperaban.

Se inició el sumario el veinticuatro de julio de mil novecientos treinta y siete, y el Tribunal Superior de Neiva ha sobreseído definitivamente, en auto de diez y siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, a favor del Juez doctor González Díaz.

Apeló el acusador particular, y en virtud de ese recurso vino el negocio a la Corte.

Opina el señor Procurador Delegado en lo Penal que es preciso confirmar la providencia apelada.

La Corte considera que carece de jurisdicción para revisar el auto de que se trata.

En efecto, el artículo 20 de la Ley 104 de 1922, dispone:

“La acción pública para la investigación y castigo de los delitos que deban perseguirse de oficio, corresponde exclusivamente al Ministerio Público o al funcionario de instrucción, sin perjuicio del denunciante que puedan dar los particulares de los hechos punibles que lleguen a su conocimiento. La acusación particular en estos delitos queda limitada a lo siguiente: a) A solicitar las diligencias útiles o procedentes para comprobar el delito y descubrir los delincuentes; y b) A pedir el embargo de bienes suficientes para asegurar el pago de la indemnización civil a que diere lugar el delito, teniendo en cuenta el avalúo que sobre este punto se haya practicado.”

Y el artículo 21 *ibidem* decía:

“Para tomar la intervención a que se refiere el artículo anterior, el acusador no tendrá que ser citado y deberá presentarse espontáneamente sin hacer retrogradar el procedimiento. El no reviste carácter de parte en la acción pública,

y sólo puede interponer recurso en el caso del inciso b), debiendo formarse incidente separado a su costa.”

Pues bien. Como las causas o procesos por motivos de responsabilidad contra los empleados públicos siempre eran investigables de oficio, mediante la única condición de la prueba sumaria exigida por el artículo 359, Ley 105 de 1890, el acusador particular del Juez doctor González Díaz estaba sometido, y lo está, a las restricciones de los artículos 20 y 21 de la Ley 104 de 1922, una de las cuales consistía en la prohibición de interponer recursos, a no ser en el caso de la letra b) del artículo 20.

Y es lo cierto que la apelación interpuesta por el acusador señor Bernardino Cardoso no versa sobre nada que se relacione con embargo de bienes para el pago de la indemnización civil.

Si el señor Cardoso no tenía el derecho de apelar del sobreseimiento que pronunció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, la Corte, a su vez, tampoco tiene la atribución de conocer del asunto.

Se advierte que la intervención de los acusadores particulares fue ampliada por el artículo 6º de la Ley 68 de 1928, mas subsistió, en las apelaciones, la restricción del artículo 21 de la Ley 104 de 1922.

Por las razones que preceden y oído el concepto del señor Procurador, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, se declara incompetente para revisar el auto apelado.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

*Campo Elias Aguirre—José Antonio Montalvo.
Manuel Caicedo Arroyo—Julio E. Argüello R.,
Secretario.*

Nulidad del proceso por no haberse notificado legalmente el auto de proceder.

Entre las preguntas que deben hacerse al sindicado en la primera declaración indagatoria están las de su edad y sus antecedentes personales y de familia. Al contestar que es menor de edad, el funcionario instructor debe cumplir lo prescrito en el artículo 104 del Código de Procedimiento Penal nombrándole un curador ad litem, o citar a su representante legal para que concurra a todas las diligencias judiciales que se entiendan con el menor, fuera del apoderado que tiene derecho de nombrar. Fuera de esto debe dictar las providencias para comprobar la edad del indagado sobre los datos por él suministrados, pidiendo la partida de bautismo al cura de la parroquia. Si la afirmación del indagado de ser menor de edad no se desvirtúa con una prueba plena relativa a la edad, como son las partidas de nacimiento, o la prueba supletoria a falta de ellas, no se ve el objeto con que se ordene hacerla, si no es con el fin de nombrar al curador, como lo dice el artículo citado, para que concurra a todas las diligencias judiciales que se entiendan con el menor; o, lo que es lo mismo, para que tenga personería, ya que quien no está emancipado no puede comparecer en juicio civil. Y en materia penal es clara y terminante la disposición legal: debe proveérsele de curador para que concurra a todas las diligencias; y si no se le nombra tal curador, no está completa la personería del demandado.

Si bien es verdad que la ley enumera las nulidades de manera taxativa, y si entre ellas no está incluida el no haberse nombrado curador al menor, si está el no haberse notificado legalmente el auto de proceder.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, marzo cinco de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo).

Almaquio Vera fue condenado por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en sentencia de trece de junio de mil novecientos cuarenta y uno, a

la pena principal de ocho años de presidio por el delito de *homicidio* consumado en la persona de José María Castro. Y tanto el reo como su defensor interpusieron el recurso de casación, que fundó el último en las causales 2ª, 4ª y 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, causales que se analizarán en su orden de importancia.

CAUSAL CUARTA

“Hay lugar a casación:

“4º Cuando la sentencia sea violatoria de la Ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.”

Dice el recurrente que el juicio es nulo por tratarse de un menor de edad a quien no se le nombró curador *ad litem*, nulidad que arranca desde la notificación del auto de proceder, de conformidad con el artículo 104, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el 198 de la misma obra.

Que al Tribunal se le propuso la nulidad y que no se aceptó porque la menor edad de Vera no tenía más fundamento que lo afirmado por él en su indagatoria, desmentido con el hecho de tener cédula de ciudadanía y figurar en el prontuario de la Policía como nacido en el año de mil novecientos doce.

En la noche del treinta y uno de julio al primero de agosto de mil novecientos treinta y nueve, fue ultimado de un tiro de revólver José María Castro, en el punto de “Morro Verde”, fracción de “Piedra de Moler” del Portachuelo, apareciendo como sindicado Luis Pérez, a quien reconocieron varios testigos como el mismo sujeto que habiendo sido capturado dijo llamarse David Escobar, y en su indagatoria expresó ser Almaquio Vera, nacido en Bucaramanga y a la sazón de diez y nueve a veinte años de edad.

Contra la afirmación del reo en su indagatoria de ser menor de edad, tuvo el Tribunal, para desecharla, dos indicios: la afirmación del mismo reo de haberse expedido cédula de ciudadanía; y el prontuario de la Policía en que figura como nacido en el año de mil novecientos doce, si bien ninguno de estos indicios es prueba de la mayor edad.

Entre las preguntas que deben hacerse al procesado en la primera declaración indagatoria, están las de su edad y sus antecedentes personales y de familia. De modo que, al contestar que es menor de edad, debió el funcionario de instrucción cumplir lo prescrito en la ley —artículo 104 del Código de Procedimiento Penal— nombrándole un curador *ad litem*, o citar a su representante legal para que concurra a todas las diligencias judiciales que se entiendan con el menor, fuera del apoderado que tiene derecho de nombrar. Y dictar las providencias para comprobar la edad del indagado sobre los datos por él suministrados, pidiendo la partida de bautismo al cura de la parroquia, ya que la cédula de ciudadanía se ha expedido a muchos menores y el sindicado dijo que se la habían otorgado desde que tenía diez y siete años.

Si la afirmación del indagado de ser menor de edad no se desvirtúa con una prueba plena relativa a la edad, como son las partidas de nacimiento, o la prueba supletoria a falta de ellas, no se ve el objeto con que se ordene hacerla, si no es con el fin de nombrar al curador, como dice el artículo 104 citado, para que concurra a todas las diligencias judiciales que se entiendan con el menor; o, lo que es lo mismo, para que tenga personería, ya que quien no está emancipado no puede comparecer en juicio civil. Y en materia penal es clara y terminante la disposición legal: debe proveérsele de curador para que concurra a todas las diligencias; y si no se le nombra tal curador, no está completa la personería del procesado.

La primera indagatoria se le recibió al sindicado el seis de febrero de mil novecientos cuarenta; el auto de proceder es de fecha nueve de marzo de dicho año, y fue confirmado por el Tribunal el veintinueve de mayo siguiente. Y el auto que fijó el término de prueba se dictó el dos de julio, celebrándose la audiencia pública de la causa solamente el catorce de marzo de mil novecientos cuarenta y uno.

La sentencia del señor Juez es de veintidós de marzo, confirmada por el Tribunal el trece de junio de mil novecientos cuarenta y uno; pero, antes de que se proferiera, el defensor del reo insistió en alegar la nulidad del proceso por no habersele provisto a su defendido del curador que ordena la ley; y el Tribunal la desechó por

no estar probada; correspondiendo al investigador comprobar la mayor edad para adelantar con él solo la investigación.

Verdad es que hoy el procesado es mayor de edad, y que la consecuencia de la nulidad sería que se le notifique nuevamente el auto de proceder, para rehacer el proceso. Pero dado el tenor literal del mandato contenido en el artículo 104, no habiendo tenido curador que lo asista, no están legalmente notificados los autos por los cuales se abrió causa criminal y se fijó término para la presentación de pruebas.

Las nulidades las enumera la ley en forma taxativa. Y si no está incluida como causal de nulidad el no haberse nombrado curador al menor, si está el no haberse notificado el auto de proceder legalmente; y como el menor tiene que estar representado y asistido por un curador, es claro que careciendo de representante legal no está legalmente notificado el auto, por más que se le haya nombrado defensor.

Y si el acusado manifiesta ser menor de edad, y no se presentó la partida de nacimiento, ni se acreditó en otra forma la mayor edad, comprobado como está que cuando se le notificó el auto de proceder (marzo nueve de mil novecientos cuarenta) no había cumplido los veintiún años, está demostrada la causal de nulidad, y por lo mismo la de casación alegada.

Siendo suficiente lo anteriormente expuesto para casar la sentencia recurrida, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, EN FIRMA la sentencia de trece de junio de mil novecientos cuarenta y uno del Tribunal Superior de Bucaramanga que condenó a Luis Pérez o Pabón, David Escobar o Almaquino Vera a la pena principal de ocho años de presidio como responsable de *homicidio consumado* en la persona de José María Castro; DECLARA NULO lo actuado a partir de la notificación del auto de proceder; y ordena SE REHAGA el proceso de acuerdo con la ley.

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

Manuel Caicedo Arroyo—José Antonio Montalvo—Campo Elías Aguirre—Julio E. Argüello R., Secretario en propiedad.

Salvamento de voto del Magistrado doctor Campo Elias Aguirre

Por varias razones tengo que disentir de la respetable conclusión de la mayoría.

Me apoyo en lo siguiente:

1º De acuerdo con el artículo 200 de la Ley 94 de 1938, la reposición de un proceso como consecuencia de cualquier nulidad es "para que se subsane el defecto", es decir, para que se observen las normas omitidas, a fin de que el juzgamiento revista la plenitud de sus trámites propios en beneficio del reo que fue privado de alguno o algunos de los derechos que le corresponden. Y así, puesto que Almaquio Vera cumplió los veintiún años desde el 1º de enero de 1941, ¿qué falta puede repararse ahora cuando ya no es la ocasión de nombrarle curador *ad litem*?

2º La causal de nulidad que decretó la mayoría es la del número 3º, en el artículo 198 de la citada Ley 94: notificación al reo del auto de proceder en indebida forma por no habersele provisto del curador que exige el segundo inciso del artículo 104 *ibidem*, nulidad que "desaparece si habiendo comparecido el reo en juicio no lo reclama dentro de los treinta días siguientes a aquel en que se le haya hecho la primera notificación personal". Almaquio Vera no formuló su reclamo en tiempo oportuno, y sólo el 27 de mayo de 1941, más de catorce meses después de la notificación del enjuiciamiento al procesado y su defensor, vino a plantearse el asunto de la nulidad. No por haber sido Vera menor de veintiún años a la época de esa notificación estaba en incapacidad legal de pedir el nombramiento de curador y de ser oído. Nada pidió y nada solicitó tampoco el defensor en el transcurso de los treinta días que siguieron a la primera notificación personal. Y concediendo que el reo no podía, por su menor edad, hacer el reclamo, evidente si es que el defensor pudo y debió exigir la provisión de curador *ad litem*. La tesis de la mayoría no es sino una excepción

al caso en que desaparece la nulidad del número 3º, cuando ese caso se refiere a un menor de veintiún años, porque el silencio del menor procesado y el silencio de su defensor, durante el lapso que allí se señala, no impiden que la nulidad subsista, excepción que para mí resulta inadmisible e injurídica por contraria al texto y espíritu de la ley.

3º ¿Pero será cierto que a *todo* procesado menor de veintiún años que carezca de representante legal hay que nombrarle curador *ad litem* "para que concurra a todas las diligencias judiciales que se entiendan con el menor?" No pueden tomarse en su alcance absoluto los términos que emplea el inciso segundo del artículo 104, Ley 94 de 1938, pues el artículo 349 *ibidem* circunscribe al menor de *diez y ocho años* la necesidad del curador. Por otra parte, nótese que el artículo 104 en su primer inciso habla de la instrucción del sumario, únicamente, y que al sumario también alude el segundo inciso puesto que menciona la designación de *apoderado* que no encuentra cabida sino en la investigación. Parece, entonces, que el nombramiento de curador sea, apenas, para el sumario, y que en el juicio baste el defensor que es la sola exigencia del artículo 432 de la Ley 94 de 1938; y

4º Se cumplieron las garantías esenciales en el juzgamiento de Almaquio Vera cuya defensa tuvo la amplitud que imponen la Constitución y las leyes. Y ante la justa condena proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, la nulidad declarada no es doctrinariamente aceptable, pues en atención a la inoperancia del efecto de la *al menos dudosa* causal, se ponen en peligro los altos intereses de la defensa social frente al delito de que Vera responde.

Campo Elias Aguirre—Julio E. Argüello R., Secretario en propiedad.

DELITO FRUSTRADO Y TENTATIVA

Delito frustrado y tentativa, son modalidades del delito imperfecto, y tienen características comunes. De allí que en la práctica sea muy sutil la distinción precisa entre ellas. (Son comunes a estas dos figuras: a) La intención de cometer un delito determinado; b) La no realización del hecho punible por circunstancias o contingencias ajenas a la voluntad del agente. Y difieren en que en la tentativa concurre el principio de ejecución del mismo delito; y en el delito frustrado se requiere la ejecución de todo lo que es necesario para la consumación de ese delito. Así pues, en la tentativa no se realizan completamente todos los actos externos en desarrollo de la acción física delictiva y que el agente, sin la causa que le impide alcanzar el fin perseguido, podría ejecutar para conseguirlo. Y en el delito frustrado el responsable ha ejecutado objetivamente todo lo indispensable para consumir el delito. No basta poner en práctica todo lo que se crea suficiente según las personales previsiones del agente, sino que es menester ejecutar todo lo que en armonía con las leyes naturales tiene aptitud eficaz para obtener el resultado intentado por el agente. Carrara lo expresa muy claramente así: "Para la existencia del delito frustrado no basta que el agente haya hecho todo cuanto quería hacer a fin de consumir el delito; es indispensable ejecutar todo lo necesario, a fin de llevarlo a cabo."

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, marzo once de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo).

El Tribunal Superior de Pereira, en sentencia de veintiuno de octubre de mil novecientos cuarenta, condenó a José Ernesto Osorio Márquez, a la pena principal de trece años y cuatro meses de presidio, por el delito frustrado de homicidio (asesinato) en la persona de su padre legítimo Ramón Antonio Osorio.

Concedido que le fue el recurso de casación, el señor Procurador, al contestar el traslado, en vista de que el recurrente alega que no se trata de un delito frustrado de homicidio, sino de un

caso de heridas, pidió se dictase un auto para mejor proveer con el objeto de aclarar la cuestión de si las heridas causadas al ofendido son capaces por su gravedad de producir la muerte.

A la luz de las pruebas producidas, se estudiarán las causales de casación invocadas, 1ª, 2ª y 4ª del artículo 567 del actual Código de Procedimiento Penal, si bien las pertinentes son las correspondientes a la Ley 118 de 1931, puesto que el proceso se inició antes de la vigencia de la Ley 94 de 1938 (julio 19).

CAUSAL SEGUNDA

"Hay lugar a casación:

"2º Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos en la sentencia se les haya atribuido 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, modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influido en la determinación de la sanción."

Dos motivos alega el recurrente para fundar esta causal: 1º Que no se observó la plenitud de las formas propias del juicio. 2º Que hay error en la denominación jurídica de la infracción penal.

Respecto al primer punto dice que al notificársele al doctor Otoniel Pardo el nombramiento de defensor declaró que no aceptaba el cargo por no ser versado en el derecho; y que no podía ser aceptado como defensor por cuanto no estaba inscrito como abogado.

Pero, no obstante la manifestación que hizo el defensor nombrado a Osorio, concurrió a la audiencia y enfocó la defensa con el análisis de los antecedentes del hecho, la conducta del padre para con los dos hijos sindicados, y la falta de intención criminal en el momento de la tragedia. Y combatió con estos elementos la existencia del delito frustrado de homicidio, sosteniendo que se trataba únicamente de un caso de heridas.

No se ha cercenado por lo tanto el derecho de defensa; y en el juicio público tuvo el defensor la amplitud suficiente para exponer sus puntos de convicción.

Para determinar si se trata de un simple hecho de heridas, o de un delito imperfecto de homicidio, hay que examinar si José Ernesto Osorio y su hermano José Ramón tenían el propósito de ultimar a su padre cuando en la mañana del diez y nueve de mayo de mil novecientos treinta y ocho lo acometieron a peñillazos; y el proceso contiene abundantes elementos que demuestran el ánimo criminal.

Ramón Antonio Osorio, padre de los acusados, contrajo segundas nupcias con Cecilia Velásquez, después de haber liquidado la mortuoria de su primera mujer, Verónica Márquez, y después de haber entregado a sus hijos José Ernesto y José Ramón sus respectivas hijuelas, las que dilapidaron, pretendiendo mermar entonces el patrimonio del padre, para lo cual recurrieron hasta el hurto, obligando así a Ramón Antonio a acudir a las autoridades en busca de protección. De todo ello resultó un estado de animosidad y desavenencia entre padre e hijos; y éstos abandonaron el hogar paterno.

Los familiares refieren que desde entonces José Ramón y José Ernesto rondaban la casa de su padre; que penetraban a ella en altas horas de la noche y se llevaban lo que podían; que asechaban a don Ramón y proferían amenazas de muerte contra él en presencia de sus demás hijos.

El diez y siete de mayo el Inspector de Policía de Pueblorrico expidió boleta de captura contra los dos, José Ramón y José Ernesto, lográndose la detención de José Ernesto únicamente, quien logró fugarse de la cárcel en la mañana del diez y ocho con la ayuda de José Ramón.

Una vez reunidos, los dos hermanos se dirigen a casa de su padre Ramón Antonio; penetran al dormitorio donde éste se hallaba enfermo; lo acometen a peñillazos, y sólo la intervención oportuna de sus familiares y del señor Juan Pablo Martínez logró librar de la muerte al atacado, pues Martínez tuvo que atacar con peñilla a los agresores para impedirles su criminal intento y obligarlos a la fuga.

Del ataque de sus hijos le resultaron a Ramón Antonio las siguientes heridas: una en el cuero cabelludo, sobre el occipital, de catorce centímetros de largo y dos de profundidad; otra en la región frontal, de cinco centímetros de longitud por uno y medio de profundidad; otra en el brazo izquierdo, de cinco centímetros de largo por uno de profundidad; y un mordisco en la

mano derecha, en circunferencia, de dos centímetros.

Hechos éstos acreditados con las propias indagatorias de los acusados, con los dictámenes periciales y numerosas declaraciones.

Todo lo cual destaca la elaboración del delito de homicidio en la mente de José Ramón y José Ernesto Osorio. Pues los antecedentes de las relaciones de éstos con su padre, la forma sorpresiva del ataque, el empleo de las armas más que suficientes para producir la muerte, las amenazas previas y el continuo asecho hacen presumir el propósito de matar y no de herir simplemente a su progenitor.

Esta intención homicida resalta más con los siguientes hechos:

En el momento del ataque a don Ramón Antonio, José Ernesto "se sentó encima de él y trataba de colocarle la garganta en posición que le permitiera enterrarle la peñilla; pero yo cogía a José Ernesto por los cabellos y le impedía su intento", declara la testigo presencial Cecilia Velásquez; y José Ernesto en su indagatoria lo reconoce, pero imputando la acción a su hermano José Ramón.

Este instinto de buscar la garganta para introducir en parte tan noble un arma de tal naturaleza, revela el propósito de matar, pues una herida en tal punto trae inevitablemente la muerte.

Carlina Osorio declara que el jueves —día siguiente al del matrimonio de su padre— como a eso de las seis y media de la tarde "llegó mi hermano José Ernesto a la casa y penetró en una de las piezas...., mostrándome un puñal muy grande que llevaba desenvainado, nos dijo a mí, a mi hermano Jesús María y a mis hermanas María de los Angeles y Ana Rita lo siguiente:

—'En el camino no pude matarlos porque venían muy acompañados, pero cualquier día no es tarde.'

Y al replicarle Carlina que como alimentaba tales propósitos "más bien se largara", José Ernesto contestó:

—'Yo sí me voy, pero apenas lo asesine.'

La menor Ana Rita Osorio, también testigo presencial, expone:

"Un día, tampoco recuerdo en qué fecha, cuando yo fui a abrir la cocina de 'El Chaquiro' encontré allí escondido a José Ernesto, quien tenía un puñal, y le dije mostrándoselo a mi hermano Jesús María Osorio que era para matar a mi papá" Y agrega, relatando ya la agresión:

"José Ernesto se entró de un brinco, y yo me fui para adentro también. En estas José Ramón

se fue a entrar también, pero misía Inés Valencia de Vásquez, la suegra actual de mi papá, lo cogió y lo haló hacia afuera, por lo que José Ramón se fue sobre la viejita y le dio machetazos hasta que quiso. En seguida Ernesto le gritó a José Ramón que ya iba entrando, que dejara ese 'zurrón' refiriéndose a misía Inés, y que se viniera a yudarle a matar a ese viejo, que no fuera infeliz."

Y José Ernesto, en su indagatoria, acepta el propósito de matar, atribuyéndoselo a su hermano José Ramón.

José Ernesto Osorio fue pues juzgado en uso de completas garantías y no hay error en la denominación jurídica de la infracción penal cometida.

Lo primero porque consta que no careció del derecho de defensa y que lo ejerció en debida forma; y lo segundo porque, como se ha demostrado, tuvo intención de matar y no sólo de herir a su padre legítimo Ramón Antonio Osorio.

No está probada en consecuencia la causal segunda de casación alegada.

CAUSAL PRIMERA

Ser la sentencia violatoria de la Ley Penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Ataca el recurrente el fallo del Tribunal diciendo que éste apreció erróneamente los hechos, considerando como delito frustrado lo que sólo constituye lesiones personales o heridas.

El señor Procurador acoge este cargo. Y con base en el artículo 6º de la Ley 118 de 1931 amplía la demanda de casación para sostener que el Tribunal "aplicó indebidamente la Ley Penal por cuanto estimó que la infracción cometida por José Ernesto Osorio es delito frustrado de homicidio, cuando en realidad constituye tentativa del mismo".

Cuando se corrió primeramente el traslado al señor Procurador para que contestara la demanda, solicitó se dictase un auto para mejor proveer, expresando que "al estudiar la Procuraduría los elementos esenciales del delito frustrado, encuentra que en este proceso es necesario aclarar una duda que se relaciona con la acción física del hecho, con la intensidad y suficiencia de los actos realizados por José Ernesto Osorio para alcanzar el fin de la muerte de su padre; pues es sabido que para que haya delito frustrado, debe el sujeto activo agotar todos los medios que son indispensables para consumar el delito. Así, tratándose de homicidio por medio de heridas, deben causarse en el ofendido lesiones capaces, por su gravedad, de producir la

muerte. De lo contrario, la incompleta realización de los hechos punibles podrá hacer degenerar el hecho en tentativa, presupuesta, claro está, la intención indudable de dar muerte".

Delito frustrado y tentativa, son ambas modalidades del delito imperfecto, y, tienen características comunes. De allí que en la práctica sea muy sutil la distinción precisa entre ellas.

Son comunes a estas dos figuras:

a) La intención de cometer un delito determinado; y

b) La no realización del hecho punible por circunstancias o contingencias ajenas a la voluntad del agente.

Y difieren en que en la tentativa concurre el principio de ejecución del mismo delito; y en el delito frustrado se requiere la ejecución de todo lo que es necesario para la consumación de ese delito.

Así pues, en la tentativa no se realizan completamente todos los actos externos en desarrollo de la acción física delictiva y que el agente, sin la causa que le impide alcanzar el fin perseguido, podría ejecutar para conseguirlo.

Y en el delito frustrado el responsable ejecuta objetivamente todo lo indispensable para consumar el delito. No basta poner en práctica todo lo que se crea suficiente según las personales previsiones del agente, sino que es menester ejecutar todo lo que en armonía con las leyes naturales tiene aptitud física para obtener el resultado intentado por el agente.

Carrara lo expresa muy claramente así:

"Para la existencia del delito frustrado, no basta que el agente haya hecho todo cuanto quería hacer a fin de consumar el delito; es indispensable ejecutar todo lo necesario a fin de llevarlo a cabo."

La intención de dar muerte a su padre por parte de José Ernesto Osorio se ha dejado ya establecida al estudiar la causal segunda de casación, lo mismo que fue por obra de los familiares del ofendido y por la intervención armada de Juan Pablo Martínez que se cortó la consumación del criminal intento, pues José Ernesto y José Ramón emprendieron la fuga no por propia determinación sino forzados por las circunstancias.

Respecto a la idoneidad de los actos para producir el hecho intentado, la Sala acoge lo expuesto por el señor Procurador:

"En el caso presente, si bien José Ernesto Osorio desarrolló actos de ejecución tendientes al delito de homicidio, no realizó sin embargo todo lo necesario para suprimir la vida de su padre, desde luego que un homicidio por medio de arma sólo se consigue produciendo heridas

de naturaleza mortal, o al menos aptas para ocasionar la muerte por la concurrencia de otros factores, como el homicidio concausal, lo cual no sucedió aquí."

El auto para mejor proveer aclaró debidamente el punto: los médicos legistas de esta capital, a cuyo estudio se llevó el asunto, concluyeron:

"Ninguna de las cuatro heridas, así todas juntas salvo complicaciones, son, consideradas en sus caracteres materiales médico-legales, heridas mortales."

Por lo que respecta a la penalidad, debe aplicarse el Código Penal de 1890, por ser más favorable al reo.

En efecto: conforme al Código nuevo (artículo 16) la pena para la tentativa fluctúa entre el mínimo de siete y medio años y el máximo de diez y seis. Dadas las circunstancias de mayor peligrosidad concurrentes en este caso, habría que condenar a Osorio a doce años de presidio cuando menos.

Según el Código de 1890 (artículo 89) la tentativa se castiga con una sanción que no baje de la cuarta parte ni exceda de las dos terceras de la pena que corresponde al delito. Como éste sería aquí el *parricidio* con circunstancias de asesinato sancionado con veinte años de presidio, la pena para el reo, dadas las circunstancias agravantes existentes, habría de calificarse en grado medio, de lo cual resultarían para Osorio nueve años y dos meses de presidio.

Siendo esta pena menor o más favorable que la determinada en el Código nuevo, será la que deba aplicarse en el caso presente.

Esto por lo que respecta a la tentativa.

Como se contempla, además, un delito de *heridas* que según dictaminaron los peritos produjeron una incapacidad de veintidós días, sin de-

formidad ni consecuencias ulteriores, habrá que agregar a la pena de la tentativa la correspondiente a las heridas, según terminante mandato del artículo 654 (Código de 1890).

La sanción en este caso varía entre seis meses y cuatro años; calificándola en grado medio, que es el que corresponde, resultan para Osorio veintisiete meses de reclusión (artículo 648, obra citada).

La conversión de estos veintisiete meses en presidio da un resultado de un año y seis meses, los que sumados a los nueve años y dos meses que se fijaron para la tentativa configuran una pena total de *diez años y ocho meses* de presidio.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha veintiuno de octubre de mil novecientos cuarenta, del Tribunal Superior de Pereira, que condenó a José Ernesto Osorio Márquez a la pena principal de trece años y cuatro meses de presidio como responsable del delito de *homicidio frustrado*, y con aplicación del Código Penal de 1890, CONDENA al mencionado José Ernesto Osorio Márquez, por los delitos de *tentativa de parricidio*, con circunstancias de asesinato, y *heridas*, a la pena principal de *diez años y ocho meses de presidio* que pagará en el lugar que determine el Gobierno, y a las penas accesorias legales correspondientes.

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

Manuel Caicedo Arroyo—Campo Elías Aguirre.
José Antonio Montalvo—Julio E. Argüello R., Secretario.

VEREDICTO CONTRADICTORIO

En el caso en estudio, siendo solamente Quiroz y Tamí los acusados, resulta contradictorio afirmar que Tamí, con concierto previo, participó en los delitos, aunque no los hubiera ejecutado; y que Quiroz, que los ejecutó, no concertó los delitos con el concertador Tamí.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, marzo diez y ocho de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo).

Lisímaco Quiroz y Marcelino Tamí fueron condenados por el Tribunal Superior de San Gil, como responsables de los delitos de *homicidio* y *heridas*, con caracteres de asesinato, en las personas de Gumersinda y Efraím Galvis, por sentencia de diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, a las penas de diez y nueve años seis meses y veinte días de presidio y nueve años nueve meses y diez días de presidio respectivamente.

Iniciado como fue este asunto antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, su tramitación debe hacerse por las leyes procedimentales que consagra el respectivo Código de Procedimiento antiguo. Y así, la causal 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, invocada por el apoderado de los reos, equivale a la 6ª del artículo 3º de la Ley 118 de mil novecientos treinta y uno.

CAUSAL SEXTA

Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

Sostiene el recurrente que hay una evidente contradicción entre la respuesta dada al noveno cuestionario y los veredictos referentes a las preguntas undécima y duodécima, y argumenta así:

“Lo que es materia de argumento contra la sentencia es que se pronunció sobre un veredicto contradictorio que afirmó y negó al mismo tiempo la circunstancia del *concierto*, acuerdo y arreglo de los procesados respecto al delito y su consumación. Porque si se niega que

Lisímaco Quiroz *concertó* el delito, y no apareciendo otro posible coaligado que Marcelino Tamí, ¿con quién entonces podría afirmarse que éste si realizó el *concierto previo*, como lo afirma el Jurado?

“Aquí no hay dificultad ninguna de interpretación del *juris*: o existió el concierto y hay que afirmarlo respecto de ambos procesados, porque la sola etimología de la palabra *concierto* implica el concurso de dos o más personas. O debe negarse por no existir, también respecto de ambos.”

La contradicción del veredicto fue presentada ante el Tribunal antes de que esa corporación proferiera su fallo definitivo, y no solamente por el defensor sino también por el Agente del Ministerio Público, quien patentizó la contradicción aludida.

Gumersindo Galvis recibió una sola herida, causada con arma de fuego, a consecuencia de la cual murió; y Efraím Galvis asimismo tuvo una sola herida, también con arma de fuego.

El Tribunal, para rechazar los argumentos de la defensa, cita las acepciones que del vocablo *concierto* trae el Diccionario de la Academia de la Lengua:

“*Concierto*, dice el Diccionario de la Academia de la Lengua, viene del latín *ordo*, *dispositio* que significa: el buen orden y disposición de las cosas y *concertar* cuyo sentido es: *componer, arreglar, ordenar* alguna cosa, *paciar, ajustar, tratar, conciliar*. En tal forma tenemos que de conformidad con el veredicto popular, Marcelino Tamí arregló o trató con el autor material Quiroz, la manera o forma como debía llevarse a cabo el hecho delictuoso al cual concurrió, lo que no quiere decir que Lisímaco Quiroz aceptara o acogiera lo ordenado o dispuesto por Tamí. Existió un concurso de voluntad sin concurso de acción.”

Los cuestionarios referentes a Lisímaco Quiroz sobre la responsabilidad que tuvo en la muerte de Gumersindo Galvis, las circunstancias de asechanza, traición e indefensión de la víctima, y su responsabilidad por lo que respecta a la herida de Efraím Galvis con las mismas circunstancias de indefensión de la víctima, asechanza y traición, también fueron contestados afirmativamente.

Y esos mismos cuestionarios sobre la responsabilidad de Tami se contestaron negativamente.

Pero los relativos al concierto o concurso se formularon y se absolviéron en la siguiente forma:

9º “¿El acusado Lisimico Quiroz, espontáneamente y a sabiendas concertó la ejecución de los delitos de que tratan las preguntas anteriores, pero no cooperó o ayudó en su perpetración en el acto de cometerlos otra persona con quien existió el concierto previo?”

“El Jurado contestó NO.

10. “¿El acusado Lisimaco Quiroz, sin concierto previo, pero sabiendo que se iban a cometer los delitos de que tratan las preguntas anteriores, sin ayudar a cooperar para su ejecución, ¿acompañó en ella al que los ejecutó?”

“El Jurado contestó NO.

11. “¿El acusado Marcelino Tami, espontáneamente y a sabiendas concertó la ejecución de los delitos de que tratan las preguntas anteriores, pero no cooperó o ayudó en su perpetración en el acto de cometerlos otra persona, con quien existió el concierto previo?”

“El Jurado contestó SI.

12. “¿El acusado Marcelino Tami, sin concierto previo, pero sabiendo que se iban a cometer los delitos de que tratan las preguntas anteriores, sin ayudar a cooperar para su ejecución, acompañó en ella al que los ejecutó?”

“El Jurado contestó SI con concierto previo.”

Quiroz y Tami fueron llamados a juicio como coautores, o sea, según el sistema del Código anterior, por delitos cometidos en *concurso reciproco*, estimándolos como responsables de la ejecución o consumación material del hecho delictuoso.

Observa el señor Procurador que “habiéndose hecho a Quiroz y a Tami, en el auto de proceder, la imputación, bien o mal hecha (a juicio de este Despacho, mal hecha), de ser ambos autores de los delitos en estudio, los cuestionarios han debido concretarse a esa situación planteada, sin desfigurar los cargos, ni modificar las imputaciones fijadas precisamente cuando los reos fueron llamados a juicio.

“En otros términos —agrega—: las preguntas hechas a los Jurados en los ocho primeros cuestionarios se ajustaron al auto de proceder, pero las cuatro últimas se desviaron de lo resuelto en esa providencia.”

Es en verdad incomprensible —como lo dice el señor Procurador— “que se acepte, como lo hace el Tribunal, la existencia de un concierto unipersonal, que es, en el fondo, lo que dice el fallo recurrido. Es decir, que en Tami si existió un acuerdo previo, meditado, sobre los delitos en cuestión; pero que Quiroz, a quien se reputa como autor material en la misma sentencia, no concertó ni acordó, lo acordado y concertado por Tami”.

En el caso en estudio, siendo solamente Quiroz y Tami los acusados, resulta contradictorio afirmar que Tami, con concierto previo, participó en los delitos, aunque no los haya ejecutado; y que Quiroz, que los ejecutó, no concertó los delitos con el concertador Tami.

Está probada esta causal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

1º INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, de diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, por la cual condenó a Lisimaco Quiroz y Marcelino Tami a las penas de diez y nueve años, seis meses y veinte días, y nueve años, nueve meses y diez días de presidio respectivamente.

2º Declara EVIDENTEMENTE CONTRADICTORIO el veredicto del Jurado.

3º Ordena la devolución del proceso, por conducto del Tribunal Superior de San Gil, al Juzgado Segundo Superior del Socorro para que se CONVOQUE UN NUEVO JURADO.

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

Manuel Caicedo Arroyo—José Antonio Montalvo—Campo Elías Aguirre—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Incidente de nulidad.—Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria.—Juicios de deslinde.—Cuándo son de jurisdicción contenciosa

De acuerdo con un conocido tratadista de derecho jurisdicción contenciosa es la que se ejerce por el Juez sobre las pretensiones opuestas de dos o más partes, y que las termina por medio de una sentencia en favor de la una y en perjuicio de la otra. Es la que se ejerce "inter invitos" o "in invitos" esto es, entre los que no estando de acuerdo tienen que acudir al juicio a pesar suyo o contra su voluntad, a instancia o solicitud de alguno de ellos; y por eso se llama contenciosa, tomando su nombre de la contención o disputa que siguen ante el Juez sobre derechos o delitos las partes contrarias. La jurisdicción voluntaria se ejerce, por el contrario, no "in invitos", sino sólo "inter volentes" o "in volentes", esto es, a solicitud o por consentimiento de las dos partes que están de acuerdo, o en virtud de la demanda de una sola parte mientras no deba o no pueda comunicarse por el Juez a la otra que tenga interés en contradecirla.

Por jurisdicción voluntaria entiende la Corte la que ejerce el Juez con conocimiento de causa, en los procesos en que por su naturaleza basta la intervención judicial para que el derecho se haga preciso, íntegro y absoluto. En los juicios de jurisdicción voluntaria no se declara la existencia del derecho en una de las partes y su extinción en la otra, sino que se decide lo que corresponde a la una y lo que cabe a la otra. En estos procesos, los derechos sobre que se decide permanecen inviolables, jurídicamente saneados, y si surgen controversias ha de ser en cuanto a puntos de hecho. Así, en los juicios de deslinde, el Juez no entra al estudio de los títulos de propiedad para tacharlos o para declararlos buenos, sino que los examina para verificar el hecho de la colindancia y trazar la línea. Es en virtud de poder o facultad como las partes buscan en estos juicios una declaración de Juez, sin

comprometer por ello el derecho llevado al juicio. La palabra "voluntaria" en el sentido de que no haya contradicción en los juicios, no es del todo exacta. Porque aun en el tipo más caracterizado de juicios de jurisdicción voluntaria, que es el de sucesión por causa de muerte, ocurren o pueden sobrevenir infinidad de incidentes u oposiciones, que sin embargo, en la jurisprudencia colombiana no le quitan al susodicho juicio la propiedad de pertenecer a la jurisdicción voluntaria y de tramitarse por ella. Con el juicio de sucesión por causa de muerte, han pertenecido siempre a la jurisdicción voluntaria el de división de bienes comunes, el de adopción, el de habilitación de edad, el de legitimación, el de deslinde o apeo, etc.

Como se tiene dicho, en los juicios de jurisdicción voluntaria también se presentan controversias, pero en cuanto a puntos de hecho, no de derecho, y la Corte, en el propósito de armonizar el concepto de controversia con las reglas de competencia y con las distinciones doctrinales de la ley, ha encontrado tres clases de oposiciones en el juicio de deslinde, iniciándose la última con el juicio ordinario de que habla el artículo 870 del Código Judicial; que, así como marca el fin del juicio especial, da comienzo al juicio de deslinde por la vía ordinaria, con jurisdicción contenciosa.

En el proceso por que pasa el juicio de deslinde, de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa, se marca como el acto más saliente de la litis el de la oposición propuesta en juicio ordinario. El mismo cambio de calidad del juicio (de especial a ordinario) establece o señala la nueva vida del proceso, con la jurisdicción contenciosa a que da origen. En el Código de 1890 (artículos 1310 a 1314), y en el actual, la situación so-

bre oposiciones en cuanto a la clase de juicios a que haya lugar, es semejante.

En el momento en que se produzca legalmente la controversia y se haga contencioso el juicio, deja de regir la jurisdicción voluntaria y entra en juego la contenciosa, y entonces también cesa el conocimiento del negocio por los Jueces de Circuito y pasa al de los Tribunales.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre veintiséis de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Anibal Cardoso Gaitán).

El doctor Juan A. Gómez Recuero, en el carácter de apoderado de varios interesados en el juicio especial de deslinde y amojonamiento de los terrenos conocidos con los nombres de "El Charcón" o "San Sebastián del Pantano", pide en dos oportunidades la nulidad de lo actuado en el mencionado proceso, por cuanto que "en este negocio ha conocido el Tribunal en primera instancia, por considerarse de naturaleza contenciosa el juicio de deslinde y amojonamiento (en atención a las excepciones dilatorias que pueden en él presentarse) y dado el interés que se ha dicho tiene en este negocio la Nación. Pero como la Corte en el fallo que ha proferido recientemente en él, ha declarado que el mencionado juicio no es contencioso sino de mera jurisdicción voluntaria, y este elemento sirve de base esencial a su referida decisión, considero viciado de nulidad el procedimiento que se ha seguido en el Tribunal, por incompetencia de jurisdicción, pues vosotros no podéis conocer en primera instancia de esa clase de asuntos de jurisdicción voluntaria, aunque se mezclen intereses nacionales." (Le dice al Tribunal).

La primera petición de nulidad de lo actuado se tramitó legalmente hasta ponerla en estado de dictar la resolución judicial del caso. Años más tarde, después de una larga interrupción del juicio, se propuso nuevamente el mismo incidente de nulidad y en subsidio, la declaración de caducidad de la instancia, a causa de abandono del negocio por más de un año.

En providencia de veinte de junio del año próximo pasado, el Tribunal *a quo* rechazó de plano, conforme al artículo 394 del Código Judicial, el último incidente de nulidad propuesto, y decidió el primero junto con la petición subsidiaria de caducidad de la instancia, en forma negativa a las pretensiones del articulante.

Apelada que lo fue en efecto suspensivo esta decisión del Tribunal Superior del Distrito Ju-

dicial de Cartagena, llegó el negocio a la Corte, donde tramitado en la forma prescrita por la ley, se pasó a dictar la providencia que sea pertinente.

HISTORIA

En demanda presentada con fecha diez de septiembre de mil novecientos catorce pidió el señor Rafael Henríquez que se deslindara y amojonara la hacienda de "San Sebastián del Pantano" o "El Charcón" ubicada en jurisdicción de los Distritos Municipales de Tolú y San Onofre, constante de una extensión de diez y ocho (18) caballerías de tierra y de la cual él era propietario según diligencia de remate en que se le adjudicó a título de mejor postor. Colinda así: por el Norte, con terrenos de la hacienda de Zaragocilla; por el Oriente, con parte de terrenos baldíos; por el Sur, con terrenos de la sucesión de don Sebastián Romero y la antigua hacienda de Trementino, y por el Occidente, con la ensenada del golfo de Morrosquillo, desde el punto nombrado *Boca del Tullido* hasta la boca de *Guacamaya*, quedando incluida la isla del mismo nombre.

La jurisdicción y competencia de la demanda se atribuyó por el demandante al Tribunal Superior de Cartagena, por razón del lugar donde estaban situados los terrenos, por juzgarse que el juicio de deslinde es de jurisdicción contenciosa y porque en él tenía interés la Nación. Así se entendió en virtud de lo establecido en los artículos 43, numeral 2º y 73, numeral 2º, ambos del Código Judicial vigente al tiempo de iniciarse el juicio.

La demanda tomó su curso normal. Y para el efecto de trazar la línea divisoria de los predios colindantes con la hacienda "El Charcón" o "San Sebastián del Pantano", se comisionó al Juez de Circuito Civil de Morrosquillo, en Tolú, quien después de varios incidentes y demoras, por el volumen del negocio que se le encomendó, practicó el deslinde, que en parte fue reclamado por el señor Henríquez, para que se aclarase, con el estudio de los títulos correspondientes y oído el concepto de peritos, el referente a la parte sur de la hacienda de "San Sebastián del Pantano" o "El Charcón".

El deslinde se adelantó hasta quedar cerrada la figura del predio material sujeto a la diligencia de apeo, acto que aprobó el Tribunal Superior en providencia de veintitrés de mayo de mil novecientos veinticuatro, en la cual se ordenó, además, que se corriera el traslado de que habla el artículo 1311 del Código Judicial anterior, aplicable al asunto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1166 del Código de Arbeláez y 1228 del Código de Procedimiento Civil actual.

Al tiempo de cumplirse el traslado de que trata el artículo 1311 del Código antiguo, ordenado en auto de veintitrés de mayo de mil novecientos veinticuatro y ratificado en resoluciones similares de veintiséis de agosto de mil novecientos veinticuatro y de once de agosto de mil novecientos veintisiete, se interpuso por el doctor Juan A. Gómez Recuero incidente de caducidad de la instancia en el juicio, del cual por apelación conoció la Corte, la que teniendo en cuenta que hasta el momento procedimental en que el negocio llegó para su estudio se trataba de un juicio de jurisdicción voluntaria, negó que cupiese la caducidad. Por último, estando para cumplirse los autos de seis de abril de mil novecientos treinta y tres y de veinticuatro de febrero de mil novecientos cuarenta y uno que volvían a disponer que se diese el traslado de que habla el artículo 1311 del Código antiguo, se instauró por el mismo doctor Gómez Recuero el incidente de nulidad, que, en apelación, pasa la Corte a fallar.

CONSIDERACIONES.

Se funda la solicitud de nulidad de lo actuado en el juicio especial de deslinde y amojonamiento de los terrenos denominados "San Sebastián del Pantano" o "El Charcón", en la incompetencia de jurisdicción del Tribunal Superior, reconocida en el tiempo en que fue entablada la acción, por el artículo 123, causal 1ª de la Ley 105 de 1890, y en el Código vigente por la causal 1ª del artículo 448. Tiene además como base de derecho los artículos 113, numeral 17, del Código antiguo, y el 109, numeral 3ª, del Código actual, que es el aplicable al incidente, por virtud de lo establecido en la disposición número 1228 de la Ley 105 de 1931.

Se hace concordar el pedimento en derecho con la alegación de que el proceso en mención es de jurisdicción voluntaria, entre otras razones de jurisprudencia, porque así lo reconoció esta Superioridad con ocasión del incidente sobre perención de la instancia, en este mismo negocio.

Es fácil notar cómo el asunto planteado se resuelve, esencialmente, con la determinación de la clase de jurisdicción a que pertenece la acción de apeo.

Un conocido tratadista de derecho dice:

"*Jurisdicción contenciosa*.—Llámase así, por oposición a la *jurisdicción voluntaria*, la que se ejerce por el Juez sobre las pretensiones opuestas de dos o más partes, y que las termina por medio de una sentencia en favor de la una y perjuicio de la otra.

"La jurisdicción *contenciosa* se ejerce *inter invitos* o por mejor decir *in invitos*, esto es, en-

tre o sobre los que no estando de acuerdo tienen que acudir al juicio a pesar suyo o contra su voluntad a instancia o solicitud de alguno de ellos; y por eso se llama contenciosa, tomando su nombre de la contención o disputa que siguen ante el Juez sobre derechos o delitos las partes contrarias. Mas aunque los intereses y las voluntades de las partes se encuentren accidentalmente en armonía, no por eso deja de pertenecer a la jurisdicción contenciosa la sentencia o decisión dada en una materia, sujeta a litigio, porque hay necesariamente jurisdicción contenciosa siempre que hay poder de demandar a una de las partes lo que la otra exige de ella.

"La jurisdicción *voluntaria* se ejerce por el contrario, no *in invitos*, sino sólo *inter volentes* o *in volentes*, esto es, a solicitud o por consentimiento de las dos partes que están de acuerdo, o en virtud de la demanda de una sola parte mientras no deba o no pueda comunicarse por el Juez a la otra que tenga interés en contradecirla.

"Bien parece a primera vista que se opone a esta doctrina la definición que Heineccio y otros autores nos dan de la jurisdicción voluntaria, diciendo ser ésta la que se ejerce sin conocimiento de causa, *quae exercetur cognitione causae*. Pero deben distinguirse dos especies de conocimiento de causa: una que puede llamarse *informativa* o *informativa*, porque resulta de todos los medios propios para ilustrar la conciencia del Juez, y la otra que se llama *legítima*, porque no puede resultar sino de las pruebas recogidas por las vías legales. La primera especie de conocimiento se aplica a los actos de jurisdicción voluntaria, y la segunda a los actos de jurisdicción contenciosa: en los primeros puede el Juez decidirse por los datos y noticias personales que tenga o juzgue oportuno procurarse; y en los segundos está obligado a juzgar *secundum allegata et probata*: en aquéllos puede tomar por base de su resolución los hechos articulados por el demandante, o dejar de darles crédito por motivos que le sean personales; y en éstos por el contrario, cuando un hecho esencial es negado por una de las partes, no puede tenerlo o darlo por cierto, cualquiera que sea el conocimiento particular que de él tenga, sino que debe ordenar su prueba: de manera que en los actos de jurisdicción voluntaria tiene el juez un poder discrecional, más o menos extenso según la especie o naturaleza de los casos; y en los de jurisdicción contenciosa ha de atenerse precisamente a lo que los interesados le demuestran." (Escríche, *Diccionario de Jurisprudencia y Legislación*).

Como queda dicho, Heineccio entendió por jurisdicción voluntaria la que se ejercía en los negocios que requerían el conocimiento simple-

mente informativo y hasta personal del juzgador, para dictar fallo. Era algo virtual y sin equilibrio jurídico, que en la evolución contemporánea de la ciencia, no lo resiste ninguna causa judicial. Para otros, la jurisdicción voluntaria es la prorrogada a *voluntad* de las partes, que a decir de los autores, se contraponen a la jurisdicción forzosa.

La Ley de enjuiciamiento civil (105 de 1931) en vigencia, no trae definición de los vocablos *jurisdicción contenciosa* y *jurisdicción voluntaria*, pero a través de toda nuestra etapa jurisprudencial estas expresiones, aunque vagas y caprichosas, han llegado a conocerse definitivamente con la distinción de los juicios a que se contraen.

Por jurisdicción voluntaria se entiende la que ejerce el Juez con conocimiento de causa, en los procesos en que por su naturaleza basta la intervención judicial para que el derecho se haga preciso, íntegro y absoluto. En los juicios de jurisdicción voluntaria no se declara la existencia del derecho en una de las partes y su extinción en la otra, sino que se decide lo que corresponde a la una y lo que cabe a la otra. En estos procesos, los derechos sobre que se decide permanecen inviolables, jurídicamente saneados, y si surgen controversias ha de ser en cuanto a puntos de hecho. Así, en los juicios de deslinde, el Juez no entra al estudio de los títulos de propiedad para tacharlos o para declararlos buenos, sino que los examina para verificar el hecho de la colindancia y trazar la línea.

Es en virtud de poder o facultad permanente como las partes —en estos juicios de jurisdicción voluntaria— buscan una declaración de juez, sin comprometer por ello el derecho llevado al juicio.

La palabra *voluntaria* en el sentido de que no haya contradicción en los juicios, no es del todo exacta. Porque aun en el tipo más caracterizado de juicio por jurisdicción voluntaria, el de sucesión por causa de muerte, ocurren o pueden sobrevenir infinidad de incidentes u oposiciones, que sin embargo, en la jurisprudencia colombiana no le quitan al susodicho juicio la propiedad de pertenecer a la jurisdicción voluntaria y de tramitarse por ella.

Con el juicio de sucesión por causa de muerte han pertenecido siempre a la jurisdicción voluntaria, el de división de bienes comunes, el de adopción, el de habilitación de edad, el de legitimación, el de deslinde o apeo, etc.

Como se tiene dicho, en los juicios de jurisdicción voluntaria también se presentan controversias, pero en cuanto a puntos de hecho, no de derecho, y la Corte, en el propósito de armonizar el concepto de controversia con las reglas de

competencia y con las distinciones doctrinales de la ley, ha encontrado tres clases de oposiciones en el juicio de deslinde, iniciándose la última con el juicio ordinario de que habla el artículo 870 del Código Judicial, que, así como marca el fin del juicio especial, da comienzo al juicio de deslinde por la vía ordinaria, con jurisdicción contenciosa.

En el juicio de Ramón Aguirre contra el Departamento de Antioquia, dijo la Sala de Negocios Generales de la Corte, en providencia de quince de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno:

“La ley establece tres géneros de oposición al deslinde: a) la que se refiere a la *posesión* provisional en que el Juez deja a las partes, en la de los respectivos terrenos, en el acto de la diligencia; b) la que puede hacerse al *deslinde* dentro de los diez días siguientes a la fecha de la diligencia, y c) la que se hace al *deslinde*, en juicio ordinario.

“La primera oposición se presenta en el acto de la diligencia; la segunda dentro de los diez días siguientes a su fecha; la última en cualquier tiempo anterior a la prescripción de la acción.

“El derecho a proponer la primera oposición surge de los términos del artículo 869 del Código Judicial cuando dice: ‘Hecho esto, el Juez deja a las partes en posesión de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea fijada, *si ninguna de ellas se opone*’. El precepto no establece que se proceda en una determinada forma cuando una de las partes se opone, luego hay que entender la disposición en el sentido de que si tal cosa ocurre, debe él considerar los motivos de la oposición y resolver en consecuencia según su criterio, sobre la posesión en que queden las partes por razón de la línea trazada. Pero en todo caso, y es lo que interesa directamente al asunto en estudio, las partes pueden oponerse a la posesión declarada, siempre que ello se haga dentro de la propia diligencia de deslinde.... El derecho a proponer la segunda oposición al deslinde, lo consagra el artículo 871 del Código Judicial..... El derecho a presentar la tercera, también al deslinde, surge del mandato del artículo 870 *ibidem*.

“.....

“Oposición en juicio ordinario.

“El artículo 870 del Código Judicial, dice: ‘Si alguno de los interesados no se conforma con el deslinde en todo o en parte, el punto se ventila en juicio ordinario, en el cual el opositor tiene el carácter de demandante.’

“El orden en que dentro del Código se halla colocado el artículo, posiblemente hizo incurrir

en confusión al señor Fiscal y a la vez, al Tribunal. Al uno por presentar demanda ordinaria contra el deslinde el seis de marzo cuando aún no estaba en firme; y al otro por aceptarla y tramitarla estando pendientes dos oposiciones. No sobra repetir que la demanda ordinaria de que habla el artículo 870 se puede presentar en cualquier tiempo después de transcurridos los dos primeros momentos de oposición, pero que ella no se decide dentro del juicio especial de deslinde y amojonamiento sino en juicio separado". (*Gaceta Judicial* tomo LII, número 1980, página 720).

En el proceso por que pasa el juicio de deslinde, de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa se marca como el acto más saliente de la litis el de la oposición propuesta en juicio ordinario. El mismo cambio de calidad del juicio (de especial a ordinario) establece o señala la nueva vida del proceso, con la jurisdicción contenciosa a que da origen.

En el Código de 1890 (artículos 1310 a 1314), y en el actual, la situación sobre oposiciones en cuanto a la clase de juicios a que ha lugar es semejante. Y tanto con la aplicación del uno como del otro se observa que no se llegó en el procedimiento del juicio *sub iudice* a las oposiciones primarias, menos al planeamiento y tramitación de la otra, propia del juicio ordinario.

Cabe concluir, por tanto, que el juicio se encuentra aún en la etapa de jurisdicción voluntaria y que cuando esta entidad judicial hizo la misma aseveración en otro incidente, el proceso se hallaba en el mismo estado de hoy; es decir, para correrse el traslado de que habla el artículo 1311 del Código Judicial antiguo.

El Tribunal Superior de Cartagena dictó su providencia acogiendo la tesis de que el juicio se halla en el período contencioso que reconoce la ley, por cuanto en él se presentaron oposiciones tanto verbales como por escrito. Y después de transcribir algunos casos de oposiciones dice:

"Ya vimos que hubo objeción tanto verbal como por escrito, si no en la totalidad del deslinde, si en varias de sus colindancias.

"Al surgir la oposición en el acto mismo del deslinde queda inmediatamente objetado y si bien no se trababa automáticamente el juicio contradictorio es porque había que esperar la terminación del deslinde para luego correr los traslados donde debía formalizarse legalmente la oposición y objeción. Es evidente que algunos de los interesados no se conformaron con el deslinde practicado, y esta inconformidad manifiesta de manera ostensible en el acto de la diligencia, da principio y nacimiento al juicio contradictorio, que sólo por disposición especial del

antiguo Código, no comenzaba desde el mismo momento sino que había que esperar los traslados previstos en el artículo 1311. Cosa distinta establece el actual Código, el que estatuye que en la misma diligencia de deslinde puede presentarse oposición, la cual debe formularse dentro de los diez días siguientes a la diligencia, sin esperar a que el deslinde sea totalmente practicado para luego correr traslado a las partes y sea la oportunidad de formular la oposición.... En concepto, pues, del Tribunal, dado el estado en que se encuentra el juicio y visto lo que reglamenta el actual Código de Procedimiento Civil para los juicios de deslinde, el de los terrenos de 'San Sebastián del Pantano' encuéntrase en la etapa contenciosa que nació con las oposiciones formuladas negando así la petición de nulidad de la actuación."

El mismo Tribunal reconoce, en principio, que conforme al Código Judicial antiguo —bajo cuyo rigor se inició este pleito y que aún lo rige por hallarse en un término no vencido— las oposiciones se presentaban y aceptaban como legales cuando la diligencia de deslinde había sido aprobada por el juzgador y luego de hacerse un traslado por tres días, mediante el cual se ponía en conocimiento de las partes la antedicha aprobación. Si el juicio aún se tramita por el Código anterior y si en éste los actos ostensibles de oposición —fuesen verbales o escritos— únicamente se consideran presentados en oportunidad y legales, después de corrido e traslado de que trata el artículo 1311, momento procesal a que todavía no ha llegado el juicio; una manifestación informal e inconducente de oposición no se puede tener como tal ante la ley ni surtir los efectos correspondientes. Según el procedimiento a que se sometían estos procesos en la legislación anterior, solamente había oposición después de vencido el traslado que ahora se da por quinta providencia del mismo género, así: "Tribunal Superior de Justicia—Cartagena, febrero veinticuatro (24) de mil novecientos cuarenta y uno (1941).—Como del informe del señor Secretario se desprende que todas las partes en este negocio han sido notificadas debidamente, se resuelve: Dése cumplimiento por parte de la Secretaría, al proveído de veintitrés (23) de mayo de mil novecientos veinticuatro (1924), confirmado posteriormente en providencias de veintiséis (26) de agosto de mil novecientos veinticuatro (1924), once (11) de agosto de mil novecientos veintisiete (1927) y seis (6) de abril de mil novecientos treinta y tres (1933), en el sentido de dar en traslado a las partes el presente auto por el término legal de tres (3) días (artículos 1310 y 1311 del Código Judicial vigente entonces). La Secretaría cuidará al noti-

ficar el presente auto, de hacer constar en la diligencia respectiva, que con la notificación de él se surte también la de las diligencias mencionadas antes."

Luego, la apreciación del Tribunal *a quo* al considerar que las manifestaciones de oposición hechas ante el Juez de Morrosquillo cuando verificaba la diligencia de deslinde y que éste disponía se agregaran "a los autos para que los opositoristas, dentro del término legal, promovieran la acción correspondiente ante el honorable Tribunal Superior", tienen en derecho el valor de tales, es equivocada, porque para el tiempo judicial en que se tramitó y tramita el juicio, sólo se atribuía el valor de oposición legal, con efectos de tál, a la que se presentaba ante el Juez de la causa, no ante otro funcionario, ni siquiera el comisionado por aquél, y la que se interponía después de aprobado el deslinde. Por tanto, las oposiciones presentadas en este pleito, no lo son tales porque fueron impetradas extemporáneamente y ante funcionario incompetente.

El Tribunal del conocimiento llegó a distinta conclusión por pretender aplicarle al negocio la ley nueva, caso en el cual la inconformidad del interesado, presentada en el acto mismo de la diligencia, se tiene por oposición. Pero ello no es posible por virtud de lo previsto en el artículo 1228 de la Ley 105 de 1931, que expresa: "Las disposiciones de este Código se aplican a los juicios pendientes en el momento en que principie 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 o el incidente." (Subraya la Sala). El que a su vez, se encuentra en armonía con la disposición número 1166 del Código de Arbeláez también posterior al que se aplica en el asunto *sub judice*, y que dice: "Los juicios especiales a que no aluden estas disposiciones transitorias (no está incluido el de deslinde) y que no se hayan transformado en ordinarios, seguirán tramitándose de conformidad con la ley vigente al tiempo en que se iniciaron."

Lo dicho basta para que se vea claro, que el presente asunto no ha llegado aún al momento procesal de admitir oposiciones.

Y lo expuesto autoriza a deducir que en el juicio a que se refiere el incidente que se estudia, por hallarse en la etapa de la jurisdicción voluntaria, existe la nulidad propuesta, no sólo por lo dispuesto en el numeral 3º, artículo 109 de la Ley 105 de 1931, que dice: los Jueces de Circuito entienden en primera instancia de los asuntos de jurisdicción voluntaria, excepto los juicios de sucesión de menor cuantía; sino por lo establecido en el numeral 17, artículo 113 del

Código antiguo, contemporáneo a la época de la presentación de la demanda, que establece: "Los Jueces de Circuito conocen en primera instancia de los asuntos siguientes: ... 17) Los asuntos judiciales de jurisdicción voluntaria, que no hayan sido atribuidos a otra autoridad por la ley. Lo cual se corrobora con la disposición número 1305 también del anterior Código, que manifiesta: "La demanda sobre deslinde y amojonamiento deberá proponerse ante el Juez de Circuito, Provincia o Territorio en que estén situadas las propiedades que se trata de deslindar; y si éstas estuvieren situadas en diversos Circuitos, Provincias o Departamentos, los Jueces de éstos conocerán de dicha demanda, a prevención."

Sin que se oponga a esta deducción lo alegado por el apoderado de la parte opositora en el incidente, doctor Eduardo Rodríguez Piñeres, quien después de hacer otras consideraciones, dice, refiriéndose al posible quebrantamiento de las reglas sobre jurisdicción: "Lo cierto es que tratándose de un juicio de deslinde en el cual figura como parte la Nación, él debe y tiene que ser de competencia del honorable Tribunal Superior, ya que si de tal juicio conociera un Juez de Circuito, *una vez que apareciera una controversia* (subraya la Sala) se pondría de presente el problema del cambio de jurisdicción, caso éste no contemplado en nuestro Código Judicial..."

Se observa:

En el momento en que se produzca legalmente la controversia y se haga contencioso el juicio, deja de regir la jurisdicción voluntaria y entra en juego la contenciosa, y entonces también cesa el conocimiento del negocio por los Jueces de Circuito y pasa al de los Tribunales.

El artículo 76 del Código Judicial encomienda a los Tribunales Superiores la competencia de los asuntos *contenciosos* en que sea parte la Nación, y el 109 de la misma obra, atribuye a los Jueces de Circuito el conocimiento de los negocios de jurisdicción *voluntaria*, con la única excepción de los juicios de sucesión de menor cuantía. Por tanto, fuera de esta excepción, a los Jueces de Circuito está señalada la competencia de toda clase de juicios de jurisdicción voluntaria, sea parte la Nación, el Departamento, el Municipio, una persona jurídica o natural.

No puede decirse que la disposición 109 citada constituya una excepción a lo dispuesto en la número 76 *ibidem*, porque entonces en aquélla tendría que haberse dicho, que los Jueces de Circuito entienden en primera instancia de los asuntos de jurisdicción contenciosa —no voluntaria— para que fuese excepción sobre la misma materia.

Como casos de excepción a la regla del artículo 76 del Código Judicial que da a los Tribunales Superiores la facultad de conocer de los asuntos contenciosos en que sea parte la Nación o un Departamento, la ley tiene reconocidos los contemplados en el numeral 5º, artículo 109 del Código Procedimental, que dice: "Los Jueces de Circuito entienden en primera instancia de los juicios de expropiación, aunque sean parte la Nación o el Departamento; el numeral 5º, artículo 152 ibidem, que establece que en los juicios de sucesión, es competente de modo privativo el Juez del último domicilio del causante en el territorio nacional, pero el interés que tenga el Estado, los Departamentos o los Municipios, no priva de su jurisdicción al Juez correspondiente; el numeral 9º, artículo 152 ibidem, que determina que en los juicios de cesión de bienes y en el de concurso de acreedores es competente el Juez del domicilio que tenía el deudor en los últimos sesenta días anteriores a la suspensión de pagos, aunque sean interesados el Estado o los Departamentos, y el artículo 1º de la Ley 45 de 1939. Sobre esta última disposición se observa que en el fallo de la Corte de veintiocho de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, ratificado en diferentes providencias, en que se estudió el caso allí contemplado, sobre la jurisdicción de los Jueces en los asuntos referentes a prestaciones sociales en que son parte los Departamentos o la Nación, se analizó el punto de la representación de estas entidades cuando el negocio llegare al conocimiento de un Juez Municipal o de Circuito. Allí se dijo:

"Conviene examinar a qué funcionarios corresponde llevar la representación de la Nación y los Departamentos en estos juicios en que se reclaman prestaciones sociales, por el interés práctico que el punto comporta.

"Si se trata de asunto que por su cuantía va al conocimiento de los Jueces Municipales y del Circuito, los Personeros Municipales deben intervenir en su calidad de representantes de las entidades públicas.

"El artículo 178 del Código Judicial señaló las funciones judiciales de los Fiscales de los Juzgados de Circuito, que se atribuyeron por el 164 a los Personeros Municipales, por lo cual éstos tienen hoy las que el primer artículo les daba a aquéllos: '1º Llevar la voz del Ministerio Público en todos los negocios en que éste deba intervenir y que se ventilen ante los respectivos Jueces'. Idéntica disposición consagra el artículo 179 acerca de los Personeros Municipales, para los asuntos que se surtan ante los Jueces de esta clase. Aunque la tercera de sus atribuciones agrega: 'Representar en juicio a los respectivos Municipios'. Que es correlativa de ésta dada a los

Fiscales de los Tribunales Superiores: 'Promover y sostener las acciones necesarias para la defensa de los bienes del Estado o del Departamento, en asuntos de la competencia de los Tribunales Superiores respectivos, y representar al Estado o Departamento en las acciones que contra ellos se dirijan y que deban ventilarse ante dichos Tribunales, observando las instrucciones que se les den'.

"Corresponde pues a los Personeros Municipales, como atribución judicial de los mismos, según mandato de las normas transcritas, llevar la voz del Ministerio Público en todos los negocios en que deben intervenir y que se ventilen ante los respectivos Jueces y los del Circuito. No hay una regla especial que les asigne la representación en juicio de la Nación y de los Departamentos para las acciones que éstos promuevan o contra éstos se dirijan. Sin embargo, la falta de disposición expresa no será óbice para que aquellos funcionarios puedan llevar la representación de las nombradas entidades en los juicios sobre prestaciones sociales.

"Muy explicable que este concepto no lo contenga expreso el Código Judicial porque cuando se expidió era también norma general, en materia de atribuciones y de competencia, que los negocios en que tuvieran interés los Departamentos y la Nación se adelantaran en primera instancia ante los Tribunales, y así los Fiscales de éstos debían llevar en juicio la personería de tales entidades.

"Y se dice que esa era la norma general, porque dentro del propio régimen establecido por el Código, éste dejó vigentes leyes especiales, como la de expropiaciones para vías férreas, 35 de 1915, que en su artículo 14 determina: 'La autoridad que celebró el contrato o que subvenciona la empresa, oído el concepto de la comisión técnica que exista bajo su dependencia o de dos ingenieros que nombrará al efecto, calificará de plano, y si lo encuentra conforme a las exigencias de la obra y a los términos del contrato lo aprobará y remitirá al respectivo agente del Ministerio Público del Circuito, por cuyo territorio pase la vía (subraya la Sala), a fin de que, sin pérdida de tiempo, solicite del Juzgado del Circuito respectivo que decreta la expropiación de la faja íntegra que según el plano esté dentro de su circunscripción'. Es decir, que no obstante la regla general de que se ha hecho mérito, el Código permite desde su expedición, y expresamente, que la representación en juicio del Estado o del Departamento la lleve ante los Jueces de Circuito 'el respectivo agente del Ministerio Público', o sea el Personero Municipal del Distrito asiento del Juzgado. No es pues una novedad legal, posterior al Código, esto de que los

Personeros representen en juicio a la Nación y al Departamento, y que tal atribución se les dé en su carácter de agentes del Ministerio Público.

“Expedida la Ley 45 de 1939, y por efecto del conocimiento que ella atribuye a todos los Jueces ordinarios de los asuntos en que se reclaman prestaciones sociales, ha venido a quedar incrustado en la legislación otro mandato que al hacer de la competencia de los Jueces Municipales y de Circuito, según la cuantía, aquellos negocios, pone bajo la atención de los respectivos agentes del Ministerio Público los que interesan al Estado y a los Departamentos. Y ello por natural y obvia aplicación que debe hacerse de otra norma, también legal, que define lo que es el Ministerio Público e indica cuáles son sus funciones propias, el artículo 216 del Código de Régimen Político y Municipal: ‘El objeto primordial de los empleados del Ministerio Público es la defensa de los intereses del Estado, del Departamento, del Municipio y en general de la sociedad.’ Principio análogo al consignado en la Constitución Nacional, artículo 139: ‘Corresponde a los funcionarios del Ministerio Público defender los intereses de la Nación’.

“Objeto primordial del Ministerio Público es la defensa de los intereses del Estado y de los Departamentos. En esta norma se basó seguramente el legislador cuando asignó de modo expreso a sus agentes, en su carácter de tales, la personería de aquellas entidades en los juicios de expropiación. El mismo principio orgánico de las funciones esenciales del Ministerio Público obliga a sus agentes a llevar la representación de la Nación y los Departamentos en los juicios sobre prestaciones sociales, semejantes a los otros por la calidad de una de las partes, la que excepcionalmente se presenta ante los Jueces Municipales y de Circuito para la definición de determinados derechos.

“No está demás notar cómo no obraría contra la tesis que aquí se sustenta un distingo que parece surgir de la simple lectura del título que encabeza los artículos del Código que se refieren a los distintos agentes del Ministerio Público, en cuanto dicen: ‘son funciones judiciales de los Fiscales’, ‘son atribuciones judiciales de los Personeros Municipales’, para contraponerlas a las generales establecidas en el Código de Régimen Político y Municipal. El distingo no puede hacerse porque también son atribuciones *judiciales*, según los propios textos del Código Judicial, las que se han señalado como básicas para aquellos funcionarios: ‘Llevar la voz del Ministerio Público en todos los negocios en que éste debe intervenir y que se ventilan ante los respectivos Jueces’. Esto previene el Código Judicial. ‘A los agentes del Ministerio Público en su ca-

rácter de tales, les corresponde la defensa de los intereses de la Nación y los Departamentos, y es función judicial suya la de hacerse oír en los asuntos que se tramiten ante los respectivos Jueces’; luego es claro que llevan la personería del Estado en los negocios que a éstos interesen y que se adelanten en estas oficinas.’

“A ilustrar y sustentar más aún esta tesis contribuye un antecedente legislativo. Cuando el Organismo Ejecutivo estudió el proyecto que fue luego la Ley 105 de 1931, le formuló varias objeciones, entre ellas la referente al artículo que disponía la creación de los Fiscales de Circuito. Se expresó así: ‘El artículo 164 del proyecto en estudio dispone la creación de Fiscales de Circuito....; y el 181 establece la opción para los Magistrados, Jueces y empleados subalternos del ramo criminal.... Ahora bien: aunque la primera de dichas disposiciones obedece a un principio de método, de orden y de correspondencia entre las distintas jerarquías del Poder Judicial y del Ministerio Público, la experiencia ha demostrado que las altas funciones de esta institución se cumplen satisfactoriamente por los Fiscales de los Tribunales y los Personeros Municipales, a quienes corresponde velar por los intereses sociales, y ejercer todas las atribuciones que corresponden al Ministerio Público en los negocios que cursan en los Juzgados de Circuito. Por esto, la Ley 63 de 1905 en sus artículos 56 y 57, suprimió los funcionarios primeramente mencionados, y asignó sus atribuciones a los Personeros Municipales, excepto en las cabeceras de Distrito Judicial, en las cuales dichas funciones corresponden al Fiscal del Tribunal respectivo’.

“El Congreso atendió la objeción y el Código se expidió con la regla del artículo 164: ‘Los Personeros Municipales de cabecera de Circuito tendrán también el carácter de Fiscales del Circuito, y ejercerán las funciones respectivas’.

“Conceptuó el Organismo Ejecutivo que no se requería la creación de Fiscales de los Juzgados de Circuito porque a los Personeros Municipales les tocaba ‘ejercer todas las atribuciones que corresponden al Ministerio Público en los negocios que cursan en los Juzgados de Circuito’; que es precisamente el concepto que se ha expresado y que conduce a entender que aquellos funcionarios, en su calidad de agentes del Ministerio Público, representan en juicio a la Nación y los Departamentos, en los negocios en que sean parte estas entidades y que cursen en los Juzgados Municipales y en los de Circuito.”

El doctor Luis Felipe Latorre sustenta en escrito presentado a la Corte en el presente negocio, la tesis de que el asunto *sub judice* es de ju-

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR

Etifica la Corte su doctrina de que los juicios de deslinde o apeo son, por su naturaleza, de jurisdicción voluntaria, la cual se convierte en contenciosa cuando hay contradicción. En un juicio de esa especie, en que tiene interés la Nación, una vez que éntre en juego la jurisdicción contenciosa, cesa el conocimiento del negocio por los Jueces de Circuito, y pasa al de los Tribunales.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, tres de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Anibal Cardoso Gaitán).

Considera la Sala con la debida atención el memorial que el doctor Eduardo Rodríguez Piñeres, apoderado del demandante en el juicio de Rafael Henríquez —hoy Rogelio A. Támara— contra la Nación, presenta para pedir la reposición del auto de 26 de septiembre último, en que se declaró la nulidad de lo actuado en el juicio de deslinde y amojonamiento de los terrenos “San Sebastián del Pantano” o “El Charcón”, iniciado ante el Tribunal Superior de Cartagena.

En la parte final de su escrito el señor apoderado afirma que las razones aducidas por él en su alegato anterior, no han sido contestadas por la Corte. La presente providencia habrá de poner de manifiesto cómo no es exacta tal aseveración y cómo en el auto que se pide sea revocado, si consideró la Sala todas las interesantes apreciaciones consignadas en el primer escrito del señor abogado. También, como es ob-

vio, habrá de hacer la Corte en esta decisión un comentario a nuevos conceptos del distinguido gestor.

Comienza la Sala por referirse a la observación que le propone el señor apoderado respecto a que la jurisprudencia contraria a la que ahora sostiene la Corte en materia de jurisdicción para los juicios de deslinde, “jamás fue discutida durante la observancia del antiguo Código Judicial ni lo había sido hasta ahora en los once años que ha regido el expedido en 1931”.

La primera parte de la aseveración tiene su apoyo en la tesis que sentó la Corte por Acuerdo número 440 de 1889, citado por el doctor Rodríguez Piñeres, en el cual se dijo:

“En la ciudad de Bogotá, a veintiuno de septiembre de mil ochocientos ochenta y nueve, se reunió la Corte Suprema de Justicia en Sala de Acuerdo, con asistencia de todos sus Magistrados y del infrascrito Secretario, y se dio cuenta de la consulta dirigida por el Juez 2º del Circuito de Neiva, en telegrama de 12 de los corrientes, número 215, concebida en estos términos:

“De los juicios sobre deslinde y amojonamiento en que figure como parte la Nación, pero que aún no se han convertido en contenciosos, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1313 del Código Judicial, ¿pueden los Jueces de Circuito, según el artículo 113, número 15, de la Ley 147 de 1888, o ese (sic) conocimiento privativo de los Tribunales Superiores de Distrito, conforme al artículo 73, número 2º, de la Ley citada, aunque no haya controversia?”

jurisdicción voluntaria y que en tal virtud su conocimiento corresponde al Juez de Circuito.

Las consideraciones que preceden son suficientes para concluir que prospera la acción de nulidad interpuesta, y por tanto, no es el caso de considerar la petición subsidiaria de caducidad de la instancia.

Se advierte que esto se determina en atención al estado del juicio, que no ha pasado a la calidad de contencioso.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de

Colombia y por autoridad de la ley, revoca la providencia apelada, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, y en su lugar declara la nulidad de lo actuado en el juicio de deslinde y amojonamiento de los terrenos “San Sebastián del Pantano” o “El Charcón”, promovido por el señor Rafael Henríquez ante aquella entidad.

Sin costas.

Notifíquese, cópiése y devuélvase.

Anibal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez—
Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

“El Magistrado señor doctor Martínez, a quien tocó en repartimiento el asunto, presentó el siguiente proyecto de resolución, que fue aprobado por unanimidad:

‘Al designar el artículo 113 del Código de Organización Judicial los negocios que en el inciso 15 atribuye a los Jueces de Circuito, y entre los cuales se mencionan los juicios sobre deslinde y amojonamiento, exceptúa expresamente del conocimiento de tales Jueces lo atribuido a la Corte Suprema y a los Tribunales de Distrito; y más antes, en el artículo 73, atribuye expresamente a los Tribunales de Distrito el conocimiento en primera instancia de los negocios contenciosos en que figure como parte la Nación, con prescindencia de los que están atribuidos a la Corte en primera instancia, en los números 6º, 7º y 8º del artículo 40.

‘Ahora, como toda demanda sobre deslinde de propiedades envuelve desde su principio una contienda o la posibilidad de ella, porque se debe dar traslado a los condueños o usufructuarios de los predios a los cuales el deslinde se refiere, y puede haber lugar a excepciones, y más luégo se debe notificar la diligencia de deslinde, pudiendo dar lugar a la contradicción de éste, se deduce rectamente de toda esta actuación o de todo este procedimiento, que dicho juicio es de los contenciosos, y que por consiguiente, cuando la Nación está interesada en un asunto de deslinde, el conocimiento de éste en primera instancia corresponde privativamente a los Tribunales de Distrito.

‘Así lo resuelve la Corte, dando solución a la consulta antedicha. Comuníquese al Juez consultante y publíquese en la *Gaceta Judicial*. Con lo cual termina el Acuerdo, que firman los señores Magistrados conmigo, el Secretario.—El Presidente (firmado), *R. Antonio Martínez*—El Vicepresidente (firmado), *Lucio A. Pombo*—(Firmado), *Ramón Guerra A.*—(Firmado), *Luis M. Isaza.*—(Firmado), *Froilán Largacha.*—(Firmado), *Mariano de Jesús Medina.*—(Firmado), *José I. Trujillo.*—(Firmado), *Gabriel Rosas, Secretario.*”

El Acuerdo número 440 de 1889 no distinguió las varias etapas por las cuales pasa el juicio de apeo, desde su iniciación hasta la sentencia. Por lo expuesto en la providencia que ahora se reconsidera, aparece claro cómo hay un período en los juicios de deslinde durante el cual no existe controversia. El juicio, en ese período, es de jurisdicción voluntaria, no solamente por la falta de controversia, que no sería esto razón suficiente —pues hay juicios de jurisdicción voluntaria en que ella no interviene— sino por otras razones ya vistas, y que por los términos en que se formula el reclamo de reposición, se impone

repetir más adelante. Después de ese período de jurisdicción voluntaria, entra en una nueva faz y se convierte en contencioso. Ese distinguo entre las dos etapas procesales no lo hace el Acuerdo número 440, y de ahí la generalización de su alcance, que llevó a calificar, en un largo lapso jurisprudencial, como de jurisdicción contenciosa, todos los negocios judiciales de apeo. Sin embargo, tal apreciación, que en tesis general no rectifica la Corte ahora, sino que la aclara y complementa, ya que no se está sosteniendo que los juicios de deslinde no sean en ningún caso contenciosos, sino que lo son a partir de una etapa de su secuela, informó una larga jurisprudencia, cuyo cambio o modificación inquieta y alarma al señor apoderado.

En la consulta que el Juez 2º del Circuito de Neiva envió a la Corte Suprema en 1889, y que sirvió de motivo al Acuerdo 440, el consultante decía: “De los juicios sobre deslinde y amojonamiento en que figure como parte la Nación, *pero que aún no se han convertido en contenciosos, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1313 del Código Judicial ¿pueden los Jueces de Circuito conocer, según el artículo 113, número 15, de la Ley 147 de 1888, o ese (sic) conocimiento privativo de los Tribunales Superiores de Distrito, conforme al artículo 73, número 2º, de la Ley citada, aunque no haya controversia?*” (Subraya la Sala).

Al aprobar la Corte en 1889 el proyecto de respuesta a la consulta, elaborado por el Magistrado doctor Martínez, no consideró conveniente hacer la distinción, que le planteó el Juez consultante, al preguntarle a la Corte si en su concepto los Jueces de Circuito podían conocer de los juicios de deslinde en que figurara como parte la Nación, *cuando aún no se habían convertido en contenciosos y sin que hubiese aún controversia.* La Corte de 1889 respondió que como toda demanda de deslinde envuelve desde su principio *una contienda o la posibilidad de ella*, toda la actuación o todo el procedimiento de dichos juicios de deslinde, era contencioso, y que por consiguiente, cuando la Nación está interesada, el conocimiento en primera instancia corresponde al Tribunal.

El mismo tema que fue objeto de la consulta a la Corte y de su resolución en 1889, vino a ser posteriormente considerado y discutido ante ella, para rectificar los fundamentos jurídicos del Acuerdo 440, por el propio señor apoderado e interesado en la actual reposición, el muy ilustre juriconsulto doctor Eduardo Rodríguez Piñeres. El pedimento de éste se presentó a la Corte, por rara coincidencia en el mismo negocio de Henríquez contra la Nación, que ahora se ventila, y en exposiciones tan doctas e intere-

santes como las que al presente considera la Sala y de las cuales es autor el propio señor abogado. La Corte Suprema había resuelto el 5 de julio de 1931 (folios 13 a 15, cuaderno número 5), una petición sobre caducidad de la instancia, sentando como bases para hacerlo el concepto y la tesis de que los juicios de deslinde son contenciosos. Contra esa providencia reclamó el doctor Rodríguez Piñeres, en memorial tan ilustrado y convincente (folios 17 a 24), que la Corte Suprema, en atención a las razones presentadas, revocó su anterior auto y falló en favor de la pretensión, y de conformidad con las tesis sustentadas por el reclamante. Este había dicho, entre otras cosas, que sirvieron de base a la decisión de la Corte, lo que sigue: "Despréndese de lo dispuesto anteriormente, que el juicio de apeo se halla entre los asuntos en que se ejerce la jurisdicción voluntaria: la acción de deslinde y amojonamiento que corresponde a los dos vecinos y es por lo tanto mixta (tanto que en el derecho romano se consideraban demandantes y demandados a los dos interesados en el deslinde), puede hacerse efectiva o no sin que ninguno de los vecinos pierda su derecho a que se lleve a efecto el deslinde, y la función del Juez en el juicio de apeo no es la de condenar o absolver al demandado, sino la de realizar un acto jurídico que, según lo visto, entra en la categoría de los actos administrativos. . . . Porque, lo que hay en el fondo es que si surge oposición a la demanda de deslinde, *ya el juicio no es propiamente sobre apeo, sino sobre si há lugar a efectuarlo. Un juicio sobre esto, a diferencia del primero, entra en la categoría de los juicios de jurisdicción contenciosa.*"

Al revocar la Corte su primera providencia, el 25 de julio de 1932, expresó lo siguiente: "La cuestión, por tanto, se reduce a determinar si el de deslinde o apeo pertenece o no a la jurisdicción nombrada. Un nuevo y detenido estudio sobre la materia hace que la Sala se pronuncie por la afirmativa, rectificando así el concepto emitido en el auto reclamado. De acuerdo con el artículo 147 del Código Judicial anterior, aplicable por ministerio del 1228 del vigente, jurisdicción voluntaria es la que se ejerce en asuntos que requieren una decisión judicial, pero que no constituyen controversia, a diferencia de la contenciosa que es aquella en que hay contradicción o controversia que se decide por una sentencia. En el juicio especial de deslinde, el Juez realiza un acto jurídico, o sea el señalamiento de la línea que separa dos o más predios colindantes entre sí, en virtud del derecho que a sus dueños otorga el artículo 900 del Código Civil. Allí el Juez no condena a una de las partes o absuelve

a la otra, que es la característica de las decisiones con que finaliza un asunto contencioso. Si alguno de los interesados objeta la línea señalada, o la demanda misma de deslinde (punto a que en esta actuación no se ha llegado todavía), entonces se plantea una verdadera controversia que la justicia ha de soltar en fallo que produce la cosa juzgada. . . . De todo lo cual se sigue que el deslinde o apeo no envuelve una cuestión contenciosa, en el sentido propio de la palabra, porque la que puede surgir de la oposición a la línea que se trace o a la demanda misma, debe ventilarse y decidirse en el juicio —ese si contradictorio—, que prevé la disposición antes transcrita. Es verdad que en el juicio de deslinde se pueden oponer excepciones dilatorias, pero esto no es bastante para graduarlo de asunto contencioso. En el juicio de partición de bienes comunes, puede el demandado oponerse a la demanda, y sin embargo, el mismo artículo 29 de la Ley 100 de 1892 lo pone al abrigo de la caducidad de la instancia. Es porque si alguno se oponía, el juicio ordinario que con él debía seguirse (Código Judicial, artículo 1297), ya no era sobre división de la cosa, sino sobre si había o no lugar a efectuarla." Este fallo está suscrito por los Magistrados Enrique A. Becerra, Julio Luzardo Fortoul y Luis F. Rosales, con la ponencia del último.

La simple lectura de los pasajes tomados del alegato del doctor Rodríguez Piñeres y los de la providencia que accedió a revocar la anterior demuestran que el reclamante logró, por la fuerza de sus argumentaciones, que aparecen reproducidas en el auto respectivo, llevar al convencimiento de la Corte lo que para él era una persuasión abundantemente fundada, de que los juicios de deslinde tienen un período de jurisdicción voluntaria, que luego se convierte en jurisdicción contenciosa. Que es precisamente lo que la Corte actual ha afirmado y sostiene y que sirve de fundamento a la providencia cuya reposición solicita el doctor Rodríguez Piñeres.

Con la colaboración principal de este eminente jurista ha venido, pues, la Corte a ampliar, en un estudio más detenido del asunto, la tesis sentada en el Acuerdo 440 de 1889; haciendo una diferenciación perfectamente justificada y necesaria, entre las varias etapas que componen el juicio de apeo, para deducir un criterio sobre jurisdicción en el conocimiento de los negocios de esta clase.

El Acuerdo 440 habla de la posibilidad de que el juicio de apeo se convierta en contencioso. De que esa posibilidad exista no se deduce que siempre lo sea. Sobre este punto, y con mucha propiedad, el doctor Rodríguez Piñeres decía en

1931: "En todo caso, no es la posibilidad de que haya contienda lo que hace que un asunto sea de jurisdicción contenciosa. Esta posibilidad la hay con respecto a todo asunto judicial, y sin embargo, la ley establece que hay asuntos que no son de jurisdicción contenciosa." (Folio 23 v., C. 5). El doctor Rodríguez Piñeres niega, pues, uno de los fundamentos principales del Acuerdo 440. La Corte de 1932 desestimó los demás, como ya se ha visto.

Para que la antigua jurisprudencia se conserve, aduce ahora el señor apoderado, como motivo principal, el de existir numerosísimos fallos de la Corte y de los Tribunales que consagran la doctrina del Acuerdo 440, y también el que sobre estas materias de jurisdicción es preferible no innovar, "porque las consecuencias sociales de cambiarla son peores que las de modificar las doctrinas que, sentadas a la ligera, todavía no han entrado a formar parte del alma nacional". A lo cual ha de decir la Sala, que con este criterio la jurisprudencia de las Cortes de Justicia jamás podría innovarse, así fuese simplemente para aplicar, como en el caso de autos, las normas diferentes que el derecho y la razón exigen e imponen para regular situaciones jurídico-procesales distintas, como son las de los juicios de deslinde en su periodo de jurisdicción voluntaria y las de los mismos juicios en el periodo de jurisdicción contenciosa.

Admitiéndose, como es evidente, que los juicios de deslinde, hasta el estado en que la Corte considera actualmente el de Henríquez contra la Nación, son de jurisdicción voluntaria, no se hace otra cosa que aplicar la ley en cuanto determina la competencia de los Jueces, al entender como lo ha entendido la Corte, que los juicios de tal naturaleza pertenecen al conocimiento de los Jueces de Circuito en su primera instancia. Que tal conclusión implique un cambio en la doctrina, no es razón suficiente para que no se realice, por la sola circunstancia de existir otros fallos que consagran tesis diferentes. Si este fuese el criterio aceptable y obligatorio, la jurisprudencia sería estática. Pertinente es recordar aquí lo que el doctor Rodríguez Piñeres expresó en su alegato en este mismo proceso, cuando le pidió a la Corte cambiara su tesis de que los juicios de deslinde son de jurisdicción contenciosa por la de que pertenecen a la jurisdicción voluntaria. Dijo entonces, en la parte final de su escrito: "Por las razones expuestas y por muchas otras que hallaréis fácilmente, confío en que revocaréis vuestro auto, lo que os pido hagáis. Si la Corte de Casación francesa, después de insistir cincuenta años en una doctrina, la ha variado, no será mucho demandaros que volváis

sobre los fundamentos de un auto simplemente interlocutorio." (Folio 24 v., C. 5).

El solo temor de innovar, así sea en el campo, que la Sala reconoce muy delicado, de la jurisdicción de los funcionarios públicos, no justifica que la actividad de los Jueces se paralice, cuando ellos están en el deber de traducir en sus decisiones los dictados que imponga el avance de la ciencia y el esclarecimiento jurídico de los temas que surgen entre los litigantes o que se presentan clara y convincentemente al juicio de las personas que tienen a su cargo proferir fallos en materia judicial.

Es oportuno agregar que el cambio de doctrina que implica la decisión que ahora se revisa no es la modificación improvisada de lo anterior, por tesis sentadas a la ligera, como así las califica el señor abogado, pues ellas han tenido un proceso lento de elaboración, a partir de 1931, cuando el mismo notable jurista le pidió a la Corte que sentara la doctrina que desde entonces se admitió y que actualmente reitera esta Sala. Los estudios que llevaron al doctor Rodríguez Piñeres a formular su solicitud, que resultó acogida por la Corte, no pueden llamarse una improvisación, sino el fruto de maduras reflexiones acerca del intrincado problema jurídico que envuelve la cuestión sobre la cual opinó con tanta propiedad dicho abogado y sobre la cual han recaído las providencias dictadas por la Corte en 1932 y en 1942. No es doctrina sentada a la ligera la que culmina en el auto objeto de la reposición actualmente.

Dice el señor apoderado que no es clara la competencia de los Jueces de Circuito para conocer de los asuntos de jurisdicción voluntaria en que tiene interés la Nación.

El punto fue ampliamente estudiado en el auto que se revisa, del cual se toman los siguientes apartes: "Lo expuesto autoriza a deducir que en el juicio a que se refiere el incidente que se estudia, por hallarse en la etapa de jurisdicción voluntaria, existe la nulidad propuesta, no sólo por lo dispuesto en el numeral 3º, artículo 109 de la Ley 105 de 1931, que dice: 'Los Jueces de Circuito entienden en primera instancia de los asuntos de jurisdicción voluntaria, excepto los juicios de sucesión de menor cuantía'; sino por lo establecido en el numeral 17, artículo 113 del Código antiguo, contemporáneo a la época de la presentación de la demanda, que establece: 'Los Jueces de Circuito conocen en primera instancia de los asuntos siguientes: 17) Los asuntos judiciales de jurisdicción voluntaria, que no hayan sido atribuidos a otra autoridad por la ley'. Lo cual se corrobora con la disposición número 1305, también del anterior Código, que manifiesta: 'La demanda sobre deslinde y amojona-

miento deberá proponerse ante el Juez de Circuito, Provincia o Territorio en que estén situadas las propiedades que se trata de deslindar;... O sea, que la ley sí atribuyó a los Jueces de Circuito en primera instancia el conocimiento de los asuntos de jurisdicción voluntaria, y expresamente el de los juicios de deslinde.

“El artículo 76 del Código Judicial encomienda a los Tribunales Superiores la competencia en los asuntos *contenciosos* en que sea parte la Nación, y el 109 de la misma obra atribuye a los Jueces de Circuito el conocimiento de los negocios de jurisdicción *voluntaria*, con la única excepción de los juicios de sucesión de menor cuantía. Por tanto, fuera de esta excepción, a los Jueces de Circuito está señalada la competencia de toda clase de juicios de jurisdicción voluntaria, sea parte la Nación, el Departamento, el Municipio, una persona jurídica o natural. No puede decirse que la disposición 109 citada constituya una excepción a lo dispuesto en el número 76 *ibidem*, porque entonces en aquella tendría que haberse dicho que los Jueces de Circuito entienden en primera instancia de los asuntos de jurisdicción contenciosa —no voluntaria— para que fuese excepción sobre la misma materia.”

Expresa también el señor apoderado en su alegato: “Lo que hay en el particular es que al hablarse en el numeral 2º del artículo 73 del Código antiguo, y en los numerales 1º y 2º del artículo 76 del nuevo Código de ‘asuntos contenciosos’, se toman estas palabras para indicar ‘asuntos judiciales’, sean de jurisdicción voluntaria o de jurisdicción contenciosa. No hay ‘asuntos voluntarios’, ni la ley habla de ellos; y en consecuencia, los ‘asuntos contenciosos’ pueden ser de jurisdicción contenciosa o de jurisdicción voluntaria.”

Asimilar los “asuntos contenciosos” a los “asuntos judiciales” no es exacto, porque los contenciosos constituyen apenas una porción de los asuntos judiciales. Cuando se habla de “asuntos judiciales” se trata en general de toda clase de negocios ventilados ante las autoridades del Órgano Judicial, sean ellos de jurisdicción contenciosa o voluntaria, preventiva o privativa, prorrogable o improrrogable, civil o penal, ordinaria o especial. Cuando el Código hace alusión a “asuntos contenciosos”, no debe entenderse que se refiere a toda clase de “asuntos judiciales”, porque lo uno representa el género y lo otro la especie.

Dos observaciones más presenta el señor apoderado: que la Sala no tuvo en cuenta su escrito cuando dictó el auto de veintiséis de septiembre, a lo cual se responde que, punto por punto, meditó en su exposición y no halló argumentos de peso que desvirtuaran la fuerza legal de las disposiciones que se invocaron para pronunciar la decisión, ni para rectificar lo que él brillantemente había sostenido en ocasión anterior.

Dice además el señor apoderado que se debe condenar en costas, conforme al artículo 458 del Código Judicial, a los funcionarios que intervinieron en el juicio. No por falta de obediencia a la ley sino por interpretación justa de la misma calló la Corte en lo referente a costas, pues repetidas veces se ha dicho por esta Superioridad que en los casos dudosos o difíciles, en los cuales no puede atribuirse culpa, malicia o temeridad a funcionarios y litigantes, debe absolverse en costas: “La condenación en costas es una consecuencia de la apreciación que en conciencia hace el sentenciador sobre la temeridad de la demanda o de la oposición... Cuando el recurso de casación ha servido en parte para aclarar un punto de doctrina, no se hace condenación en costas, según reiterada jurisprudencia de la Corte”. (*Jurisprudencia de la Corte, Gaceta Judicial* número 1976, páginas 935 y 936). Lo que se dice respecto al recurso de casación es valedero para todo otro recurso que se interponga.

La apreciación del señor apoderado, de que el auto de 26 de septiembre constituye un semillero de pleitos, no tiene ningún efecto sobre la juricidad de él.

Lo expuesto lleva a la conclusión de que no prospera el recurso de reposición intentado contra el auto de veintiséis de septiembre proferido por esta Sala.

En mérito de las razones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, niega la reposición del auto de fecha veintiséis de septiembre del corriente año, proferido en el juicio de deslinde de los terrenos “San Sebastián del Pantano” o “El Charcón”, promovido por el señor Rafael Henríquez.

Notifíquese y cópiese.

Aníbal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez,
Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido,
Secretario en propiedad.

Aviso de exploración de petróleos.—Naturaleza jurídica de las encomiendas en la legislación de Indias.—Resguardos de indígenas. Propiedad comunal de los resguardos.—Situación legal de los indígenas conforme a las leyes españolas y a las primeras leyes de la República.—Propiedad de los bienes vacantes bajo la legislación española y luégo bajo la República independiente.—Vacantes y baldíos

1.—Lo adjudicado a los encomenderos no era la propiedad de la tierra, sino el derecho a percibir determinados tributos de acuerdo con el número de indios útiles que hubiera en el repartimiento o resguardo respectivo. Confirma esta conclusión el hecho de que a la muerte de un encomendero el Gobernador podía disponer libremente de la encomienda adjudicándosela a otra persona. También confirma que la tierra no era el objeto de la adjudicación, el hecho de que los encomenderos perdían su encomienda si no daban fiel cumplimiento a sus deberes. Y el área del terreno laborable variaba con el número de indios útiles que hubiera en el repartimiento, lo que está indicando que la encomienda se refería esencialmente a los indios y secundariamente a la tierra. La encomienda era un beneficio que se otorgaba a los conquistadores españoles, mediante el cual los indios se ponían bajo su protección, con la obligación de adorarlos en la fe católica, dirigirlos y enseñarlos, a cambio de lo cual el encomendero podía aprovecharse del trabajo de la tribu que se le encomendaba, mediante la percepción de un tributo que se regulaba en cada caso, según el número de indios y la clase de los terrenos que éstos poseían. De consiguiente, ningún título de encomienda puede servir para acreditar propiedad sobre la tierra en que habitaban los indios a que la encomienda se refería.

2.—Las Leyes de 11 de octubre de 1821, 6 de marzo de 1832 y 2 de junio de 1834, y el Decreto del Libertador, de 20 de mayo de 1820, proveyeron a la división de las comunidades de indígenas sobre la base de que los indios eran propietarios legítimos de las tierras comunales que constituían sus respectivos resguardos, porque las leyes españolas se las habían "asignado" con ese carácter. Y fue para poner fin a la comunidad indígena de los resguardos y para re-

partir las tierras entre los respectivos comuneros, para lo que se dieron aquellas leyes y otras posteriores que contuvieron reglamentaciones protectoras, a fin de que las reparticiones que se hicieran por la autoridad al propio tiempo que guardaran equidad contribuyeran a mejorar la condición de los indios y a hacer fructíferas sus tierras. Los legisladores de la República, al reconocer y confirmar la propiedad de las tierras de los resguardos en favor de las parcialidades de indios, por repetidas veces, ya de manera expresa y perentoria, ya en forma implícita en otras ocasiones, sobre la idea de que lo mismo había hecho la legislación española, fueron los mejores intérpretes de esta legislación, tanto por su autoridad como porque estaban bajo el dominio de los hechos que ella había creado y establecido, de suerte que estaban en plena capacidad de dar cuenta de lo que significaba en la práctica, en contraste con el intérprete de la época contemporánea, que no puede poseer la misma información. De consiguiente yerran, en sentir de la Sala, quienes han sostenido que ni de la legislación española ni de la de la República se infiere que a los indios se les hubiese reconocido la propiedad de las tierras de los resguardos. Las leyes de la República no pueden ser más perentorias, sobre todo las primeras. Con respecto a las leyes españolas, su alcance de por sí es también manifiesto en el sentido de que las tierras se les daban en propiedad a los indios por la Corona Española. Eso se infiere, entre otras disposiciones, de la Ley XVIII, Título XII, Libro IV de la "Recopilación de Indias", de la XIV del mismo Título y Libro, y de la XIX del Título y Libro citados. Las leyes españolas consideraron desde el primer momento a los indios como hombres libres, súbditos de la Corona, con amplia capacidad para poseer y disfrutar de sus bienes de cualquier naturale-

za; los indios eran así sujetos de toda clase de derechos, inclusive el de propiedad, sin ninguna excepción. Pero atendiendo a que eran personas necesitadas de tutela, a semejanza de los incapaces, les impusieron, con ánimo de favorecerlos y defenderlos, determinadas trabas para el libre ejercicio de sus facultades dominicales sobre las tierras de su propiedad. Mas estas limitaciones no querían decir que se les diesen a los indios las tierras únicamente en usufructo, reservándose la Corona la propiedad; significaban solamente que entonces como ahora se hacía la distinción entre los conceptos de "goce" y "ejercicio" de los derechos que corresponden, el primero a poder ser titular del derecho, y el segundo a las restricciones que la ley introduce en el ejercicio del derecho, en atención a la incapacidad de la persona por razón de edad, estado civil o falta de discernimiento. Las leyes de la República no fueron menos expresas en reconocer a los indios su plena capacidad y, por ende, su personalidad. Con respecto al derecho de propiedad sobre toda clase de bienes, se lo otorgaron ampliamente, como lo habían hecho las leyes españolas. A este respecto no colocaron los indios en condición inferior a la que tenían los demás ciudadanos. Por ello el derecho pleno de propiedad que tenían en los resguardos se lo continuaron reconociendo sin cercenamientos ni limitaciones. El Libertador fue claro al decretar que los indios eran propietarios legítimos de sus tierras y resguardos. El Congreso de Cúcuta ratificó el mismo principio. Y si este Cuerpo empleó la expresión de que los resguardos "se les repartirán en pleno dominio y propiedad" a los indios de la respectiva parcialidad, no fue porque el legislador de Cúcuta estuviera consagrando la idea de que el derecho de los indios sobre los Resguardos era precario, limitado al usufructo —según lo afirmaron tres Magistrados disidentes de la sentencia de Corte Plena, de fecha 30 de octubre de 1925—, pues la expresión entre comillas se refiere manifiestamente al hecho de que la distribución de los resguardos era operación que se decretaba con todos los caracteres de la división de las demás comunidades en que el condómino adquiere el pleno dominio individualizado de la porción asignada; a diferencia de lo que prescribía, según claramente lo advierte el mismo artículo 3º de la Ley de 11 de octubre, "el reglamento del Libertador Presidente, de 20 de mayo de 1820, de que la división de los resguardos era en porciones distribuidas

a sus familias, sólo para su cultivo". Las leyes posteriores que vinieron a complementar la de 11 de octubre, parten también de la base de que los resguardos eran propiedad común y plena de los indios. Los artículos 7º y 10 de la Ley de 2 de junio de 1834, reiteran expresamente tal reconocimiento. El 7º habla de que en aquellas "parroquias en donde se encuentre alguna porción de terreno perteneciente a los resguardos, destinada al servicio de alguna cofradía o cualquiera obra pía, este terreno acrecerá a la comunidad, y será dividido y distribuido..." Y el artículo 10 no deja lugar a dudas cuando dispone que a las parroquias de indígenas "que no tienen resguardos se les repartirán las tierras baldías donde se hallen situadas"; lo que quiere decir que como había comunidades de indios sin terrenos propios de resguardos, que habitaban tierras baldías, o sea tierras de la Nación que no eran de los indios, se les debían distribuir también estas tierras, al igual que las tierras de los resguardos que eran de los indios, y no del Estado.

4.—La sentencia del Juez de Barranquilla, proferida el año de 1886, por la cual se declaró vacante la comunidad de tierras correspondiente al resguardo de indígenas de Tubará tiene efectos obligatorios para la Nación, en virtud de lo dispuesto por la Ley 55 de 1905.

5.—Aunque conforme a la legislación española que rigió en la época colonial los bienes mostrencos y los vacantes estaban incluidos entre los de regalía de la Corona, aplicándose indiferentemente una y otra denominación a cualquier clase de bienes muebles o inmuebles abandonados por sus dueños, y aunque naturalmente la República, como sucesora de la Corona Española, incorporó a su dominio los mismos bienes, mientras sobre el particular mantuvo vigente la legislación peninsular, ya la Nueva Granada por las Leyes de 19 de mayo de 1834, en el artículo 178, inciso 3º; de 13 de junio de 1844, en el artículo 26; y de 3 de junio de 1848, en su artículo 6º, declaró de propiedad de los Municipios los mostrencos o vacantes que se hallasen dentro de determinada extensión de sus límites. Vinieron luego las Leyes de 22 de junio de 1850 y 21 de mayo de 1851, que destinaron el producto de los bienes vacantes o mostrencos a acrecentar los fondos para la gradual liberación de los esclavos. Y en el año de 1857 se dictaron dos leyes muy importantes, las de 7 de febrero y 2 de junio, las cuales fueron explícitas en radicar

en cabeza de los Municipios la propiedad de los bienes vacantes o mostrencos, como entonces eran llamados. Más tarde el legislador de 1887 declaró pertenecer a los Municipios los bienes vacantes o mostrencos que se hallaban dentro de sus límites, con lo cual no hizo sino confirmar la situación que ya existía desde el 31 de diciembre de 1861, por obra del artículo 10 de la Ley de 7 de febrero de 1857.

6.—De la reglamentación hecha en el Código Civil del antiguo Estado Soberano de Bolívar, se deduce que el dueño de los bienes considerados como vacantes nunca perdía el derecho de propiedad sobre ellos mientras no fueran enajenados; eran declarados vacantes, porque no aparecía su dueño; pero si aparecía antes de la enajenación se le restituían los bienes, pues éstos no se consideraban “irrevocablemente perdidos” para su dueño sino después de ser enajenados. Luego la conclusión que se saque de este postulado tiene que ser lógica: si el dueño de los vacantes conservaba el derecho de propiedad hasta la enajenación, el adquirente era sucesor directo e inmediato de aquél en la propiedad, sin que entre los dos se colocase ninguna otra persona que pudiese considerarse adquirente y trasmisor de la propiedad del vacante. En consecuencia, la comunidad de indígenas de Tubará fue dueña de sus tierras hasta el día en que, por causa de la declaración de vacantes formulada por el Juez de Barranquilla, fueron rematadas. Por tanto, el rematador es el sucesor y dueño de esas tierras de propiedad particular.

7.—Desde el año de 1921, en sentencia de 23 de abril de la Sala de Negocios Generales, “Gaceta Judicial”, tomo 28, página 343, ha sostenido la Corte la doctrina de que los bienes vacantes son fundamentalmente distintos de los baldíos. Esta tesis, que es cierta, se refuerza hoy con nuevos argumentos, de los cuales también se infiere una segunda tesis, consistente en que aun de acuerdo con la actual legislación nacional de vacantes, el fenómeno de la transmisión de la propiedad de ellos se opera con solución de continuidad del anterior dueño del vacante al que lo remata o se le adjudica en el juicio que se sigue para formular la declaración de vacante y disponer del inmueble. Es un principio igual al examinado anteriormente y que establecía el Código Civil del Estado Soberano de Bolívar. Que los inmuebles vacantes son bienes distintos de los baldíos, lo había venido también sustentando la Corte desde el año de 1907. Los baldíos son

aquellas tierras a que alude el artículo 675 del Código Civil, y los vacantes aquellas a que se refieren los artículos 706 a 709 del mismo Código. La institución de los bienes vacantes es conocida entre nosotros desde la legislación española como institución distinta de los baldíos; las Reales Cédulas estatúan que los bienes mostrencos (y bajo esta denominación se incluían los vacantes), cuyos dueños no se presentaren hechas las necesarias diligencias de publicidad prescritas por las leyes pertenecían al Fisco. Las tierras realengas, que hoy equivalen a los baldíos, obedecían a otro concepto. Tales diligencias tenían por objeto, como también sucedió después y sucede hoy, darle oportunidad al dueño de reclamar el bien y recuperar su derecho. Y en las leyes de la República que atrás se citaron, los vacantes adquirirían el carácter real de tales mediante decisión judicial que así los declarase, previo el juicio o la investigación correspondiente en que si el dueño aparecía, recobraba el bien. Y declarado vacante un inmueble, se adjudicaba al Municipio o se remataba para destinar su producto a los fines que la misma Ley establecía, por ejemplo, aumentar el fondo de manumisión de esclavos, según la Ley de 22 de junio de 1850. Otro tanto disponía la Ley de 7 de febrero de 1857, en su artículo 1º. El Código Civil adoptado en 1873, que rigió exclusivamente, conforme está dicho, en los territorios nacionales que administraba el Gobierno central, durante la federación, disponía que los bienes vacantes y los mostrencos de esos territorios pertenecían a la Unión, y que su enajenación y aplicación se regirían por las disposiciones del Código Fiscal. De consiguiente, desde la época colonial los vacantes y mostrencos forman una institución jurídica inconfundible con los baldíos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre diez (10) de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

En memorial presentado ante el Ministerio de la Economía Nacional el día dos de abril de 1940, avisa el doctor Carlos H. Pareja, a nombre y representación de la llamada “Comunidad de Condueños del Antiguo Resguardo de Indígenas de Tubará”, cuyo Administrador es el señor Valmiro L. Donado, que la Compañía de Petróleos del Carare pretende efectuar exploraciones con taladro en busca de petróleo, que re-

puta como de propiedad particular, en los terrenos llamados "Tubará", ubicados en el Departamento del Atlántico; exploraciones que se van a realizar en virtud del contrato que tiene celebrado la comunidad con la Compañía de Petróleos del Carare, según consta en la escritura pública número 1489 de 16 de diciembre de 1938, otorgada en la Notaría Segunda de Barranquilla. Por su parte, el doctor Carlos Arturo Torres Pinzón, como apoderado especial de la Compañía de Petróleos del Carare, en escrito presentado posteriormente, manifiesta que coadyuva en todas sus partes el referido aviso de perforación dado por el doctor Pareja, y presenta algunos documentos adicionales tendientes a demostrar la propiedad particular del petróleo que se pretende explorar.

El Ministerio de Minas y Petróleos, en Resolución del 17 de octubre del mismo año, estudió la titulación presentada, encontrando que en su concepto no se había probado que el terreno materia del aviso hubiera salido del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, por lo cual resultaba inaceptable la pretensión del avisante, de que el subsuelo del mismo terreno fuese de propiedad particular. En consecuencia, dispuso que el negocio se remitiera a la Corte, para que aquí esta Sala decida de acuerdo con la ley, acerca del fundamento legal de aquella pretensión.

En la Corte surtióse el juicio breve y sumario que disponen las leyes, en que hubo término de prueba y alegaron las partes. Y estando agotada la sustanciación, la Sala procede a pronunciar la correspondiente sentencia.

CAPITULO I

Determinación del terreno materia del aviso.

El terreno en donde quieren hacerse las exploraciones con taladro en busca de petróleo de propiedad particular, se origina en el antiguo resguardo de indígenas de Tubará, en el Departamento del Atlántico; tiene, según los planos presentados al Ministerio, una extensión superficial de 16.500 hectáreas, y está comprendido dentro de los siguientes linderos:

"Dividivi (árbol) de la Cruz del Carmen, entre Galapa y Tubará, en cuyo árbol de dividivi lindan terrenos de varios condueños particulares; de este lindero se parte en línea recta por la fila de Guaimaral, lindando con terrenos de Blas Llanos y terrenos de Baranoa. De ahí, al lugar nombrado Bongo de la Quinta, a inmediaciones de Sibarco. De ahí, pasando por el Palo de León, línea recta hacia el mar, cerca de la desembocadura del 'Todofierro', en donde lindan también terrenos de la señora Petrona Molineros de Salinas y otros condueños. De ahí, por

la playa del mar, pasando por 'Morro Hermoso', hasta la desembocadura al mar del arroyo Caracol; y de ahí, línea recta, al dividivi de la Cruz del Carmen."

Los derechos de la comunidad provienen del remate, por los mismos linderos, verificado por el señor Manuel M. Palacio el 26 de mayo del año de 1886, en el juicio de declaratoria de vacante del globo alinderado, seguido ante el Juzgado Primero de la Provincia de Barranquilla.

El rematador vendió luego el terreno al Municipio de Tubará, reservándose el subsuelo para sí y para sus hermanos Gregorio Palacio y Rafael M. Palacio, quienes aportaron este derecho a la sociedad de Palacio & Cía.

Los derechos de los tres hermanos Palacios pasaron a las personas que hoy figuran como comuneros del subsuelo, siendo administrador de la comunidad legalmente elegido el señor Valmiro L. Donado.

Todo lo anterior está respaldado en escrituras públicas, de las cuales se desprende el mencionado origen de la comunidad y su subsistencia actual en las personas que hoy representan los primitivos dueños.

En diligencia de inspección ocular practicada por esta misma Sala de la Corte, con la intervención de peritos y asistencia del señor Procurador Delegado en lo Civil, en los días 17 y 18 de diciembre del año próximo pasado, fue recorrido el terreno por los linderos descritos, habiendo quedado identificados y satisfactoriamente localizados los principales puntos de esos linderos, a saber: el "Arroyo de Caracol", que se encontró situado en las inmediaciones de Puerto Colombia, a la orilla del mar; la "Cruz del Carmen", situado sobre el camino que une a las poblaciones de Galapa y Tubará, sitio en que se encontró "una cruz de concreto, unida a la cual existe otra de madera casi destruida por la acción del tiempo. A seis metros, poco más o menos, de dichas cruces, y al pie de una cerca de alambre de púas, se encontró clavado en la tierra un tubo de hierro relleno de concreto, el que, según afirmaron los señores peritos, sirve de mojón para separar los terrenos de los Municipios de Galapa y Tubará", la desembocadura del arroyo de "Todofierro" en el mar, la cual se encontró entre los cerros llamados Palmarito o las Ventanas, y Blanquicé; el cerro de "Morro Hermoso", por donde pasa la línea que va de "Todofierro", por la orilla del mar al "Arroyo Caracol"; se vio el filo o serranía de Guaimaral, "que arrancando en la 'Cruz del Carmen' continúa en dirección más o menos suroeste y muere en las inmediaciones o un poco más allá de la Loma de Santa Rosa", sitio este último que es un cerro elevado de la serranía de Guaimaral; y por último, encontráronse los lugares deno-

minados Sibarco, que es un caserío, y a sus inmediaciones "Bongo de la Quinta", y el punto conocido con el nombre de "Palo de León", que se localizó "en la intercepción del arroyo llamado Cimarronera con el camino que conduce de Juan de Acosta a Tubará."

La localización del terreno materia del aviso encontróse, pues, acorde con la que describen los linderos y muestran los planos que con el aviso presentáronse al Ministerio.

CAPITULO II

Los títulos.

Los títulos con que los avisantes pretenden justificar el derecho de propiedad de la comunidad sobre el subsuelo del terreno descrito, por haber salido éste del patrimonio del Estado con anterioridad al año de 1873, son los siguientes:

1º El más antiguo es la adjudicación de la encomienda de indios del repartimiento de Tubará, hecha en el año de 1610 al Capitán Alonso de Mendoza y Carvajal. Compónese este título de varios documentos, presentados en copia expedida por el Director del Archivo Histórico Nacional, entre los cuales figuran los antecedentes de la ratificación que hiciera don Juan de Borja del título de la encomienda "presentado por parte de don Alonso Mendoza Carvajal, Capitán de caballería de la ciudad de Cartagena, de los indios llamados Tubará, el cual parece haberle dado don Pedro de Lodeña, Gobernador de la dicha ciudad, por dejación del Capitán Alvaro de Mendoza, su padre".

2º Copia de la escritura pública número 838, otorgada en Barranquilla el 7 de septiembre de 1905, ante el Notario Primero de la ciudad, en donde se encuentran profocolizados los documentos relativos a la propiedad del Municipio de Tubará sobre el suelo del globo de tierra descrito. Estos documentos son: 1º Copia de la Resolución del Juzgado Primero de la Provincia de Barranquilla, de fecha 3 de febrero de 1886, dictada en el juicio de declaratoria de vacante del globo de tierra denominado "Resguardo de Indígenas de Tubará", por medio de la cual fue declarado bien vacante dicho globo y se dispuso enajenarlo previo avalúo; 2º El remate que el Administrador de Ventas de la ciudad de Barranquilla, por comisión del Juez Primero, efectuó el 26 de mayo siguiente, del globo de tierra en cuestión; en el que fue rematador el señor Manuel María Palacio, y el auto del Juez, aprobatorio del remate; 3º La venta que el señor Palacio hizo al Municipio de Tubará del globo que había rematado, con reserva del subsuelo para el vendedor y sus hermanos Gregorio y Rafael María, acto autorizado mediante escritura pública número 1 del 31 de diciembre de 1886, ex-

tendida ante el Notario de Barranquilla; 4º La cesión o traspaso que el Fiscal del Tribunal del Distrito Judicial del Atlántico, en nombre de la Nación, y en cumplimiento de los artículos pertinentes de la Ley 55 de 1905, le hizo al Municipio de Tubará, representado por su Personero, del globo de tierra que había sido de los indígenas habitantes del pueblo de Tubará, por los linderos que ya se conocen, cesión que se hizo constar en el instrumento cuyo contenido se está relatando.

Los anteriores son los títulos que se pretenden emanados del Estado, y con los cuales se intenta acreditar la propiedad privada del petróleo existente en el globo de tierra avisado, con orígenes desde mucho antes del año de 1873. Incumbe, pues, examinar por separado cada una de las dos fuentes propuestas.

A—La encomienda.

Leyendo el título de encomienda otorgado a Alvaro de Mendoza en el año de 1590 por el doctor Antonio González, Presidente del Nuevo Reino de Granada, y confirmado luego por composición autorizada por don Juan de Borja, en el año de 1606, se desprende claramente que ese no es un título de tierras, sino la merced con que los conquistadores españoles eran favorecidos por la Monarquía sobre un grupo de indios que habitaban determinados lugares para que cuidaran de ellos, los adoctrinaran y recibieran de ellos los tributos que el mismo título estableciera.

Así en la merced que se contempla se lee: "A vos el cacique e indios del pueblo de Tubará, encomendado en el capitán Alvaro de Mendoza, vecino de esta ciudad de Cartagena, sabed: que yo he fecho la tasa de lo que los indios de esta provincia han de dar tributo en cada año a sus encomenderos y entre las otras tasas esta la que toca a vos el cacique e indios del dicho pueblo de Tubará, su tenor de la cual... es en la forma e manera siguiente:—El doctor Antonio González, del real Consejo de las Indias del Rey nuestro señor e Presidente Gobernador e Capitán General del Nuevo Reino de Granada a sus Provincias etc.—A vos encomenderos de esta ciudad de Cartagena, sabed que teniendo el Rey nuestro señor relación por muchas vías de religiosos y otras personas de que muchas de las encomiendas que en su real nombre os habían hecho merced se os habían dado no habiendo vacado por muerte de quien las tenía que es solo el camino por donde se permite a los Gobernadores proveerlas antes, os las habían dado por renunciaciones, dejaciones, truecos, acrecentamientos de nuevas vidas, que todo esto es contra lo que está dispuesto y ordenado por su Magestad y que así mismo se entendía

que trabajabais con algún exceso a vuestros indios no los dejando en su libertad e llevándoles mas tributos de los que debian, sirviendo os de ellos en muchos ministerios fuera de su obligación e deseando Su Magestad componer e dar remedio en lo uno y en lo otro me lo cometió a mí, teniendo consideración a los servicios que le habeis hecho y queriendo vuestro beneficio y acrecentamiento e para poder hacerlo todo e yo cumplir con la voluntad del Rey nuestro señor e con lo que me mandó he averiguado los títulos con que teneis vuestras encomiendas en lo cual voy procediendo con la suavidad que habeis visto e para contener los excesos con que son tratados los indios e si el tributo que pagan es mayor de lo que pueden e deben pagar e si les habeis llevado más tributo e demora del que están obligados a dar, he mandado visitar la tierra como habeis visto y habiendo hecho con diligencia e juzgando lo que en este ha resultado de ella con la temperancia e moderación que habeis entendido e porque todavía para que del todo se pongan las cosas de los indios e lo que deben hacer sus encomenderos he querido hacer la tasa que va aquí expresada, la cual guardareis puntualmente que con ella seréis en alguna manera gratificados de vuestros servicios y ellos relevados de sus trabajos sabiendo cada uno lo que le pertenece, así el encomendero lo que ha de hacer con el indio como lo que él ha de hacer con su encomendero e la tierra beneficiada de fruto, la cual es en la forma e manera siguiente:”

Sigue una reglamentación general para todos los encomenderos de Cartagena, y luego en aplicación de ella se dispone lo que comprende la encomienda de Tubará:

“Tubará del capitán Alvaro de Mendoza.—En el pueblo de Tubará encomendado al capitán Alvaro de Mendoza, vecino e regidor de esta ciudad con doscientos y tres indios que en ella hay útiles de tributo, han de hacer una roza de diez y siete mil e ochocientas e sesenta e cuatro varas, medidas a la redonda, que cabe a cada indio ochenta e ocho varas de roza y esta la han de quemar y amontonar y sembrar en ella doce hanegas e ocho almudes e un cuartillo de almud de maiz en la misma roza sin que sean obligados a lo cargar ni poner en la barbacoa por que esto la ha de hacer el encomendero con bestias a su costa y esta roza la han de sembrar otra vez como es costumbre en esta tierra y a limpialla e coger el maiz como dicho es de manera que dos veces al año la han de sembrar e coger e beneficiar y para que cada indio sepa lo que ha de sembrar e coger e beneficiar y para que cada indio sepa lo que ha de sembrar e no pueda ser engañado e mando hacer una medida de tres cuartillos de almud que le cabe

de sembrar a cada indio sellada con el sello de la ciudad para que aquella haga e no mas; y demás de esto han de dar los dichos indios para Pascua de Navidad en cada año a su encomendero una gallina e dos perdices de tributo y no le puedan llevar mas ni comutales en otra cosa so pena de perdimiento de la tal encomienda y que se pongan los indios en la real Corona y mando que después de cortada la dicha roza para el encomendero, luego corten otra roza que por lo menos sea de la mitad de la tasa y la siembren, beneficien y cojan y ésta sea para los mismos indios en comunidad para socorro de sus necesidades y de esto ha de tener cuidado el mayordomo y en todo lo demás que se requiere saber y declarar, acerca de esto, guarden la orden de los capitulos que van por cabeza de esta tasa y no exceda de lo que en ellos se contiene so la misma pena.—E para que las dichas tasas se guarden e cumplan y ejecuten y ninguno vaya contra ellas, mandé dar e di éste mi mandamiento para vos los dichos encomenderos e cada uno de vos por el cual vos mando que veais las dichas . . . (roto) . . . , e orden que de suso van incorporadas y cada . . . (roto) de vos, lo que le tocara cumplir las guardéis y cumplais y ejecuteis hagáis, mandéis guardar, cumplir y ejecutar y llevéis y que sean llevadas a pura e debida ejecución con efecto en todo y por todo como en ellas y en cada una de ellas se contiene y contra el tenor y forma de lo en ellas contenido no vais ni paseis ni consintais ir ni pasar en manera alguna so las penas en ellas contenidas en las cuales desde luego vos doy por condenados lo contrario hacienda.—Y por que soy informado cuan necesario es en esta tierra la labor del casabe para el sustento de ella y de las galeras y armadas y flotas que a esta ciudad vienen de ordinario e que si no se hiciese se padecería mucho trabajo e como . . . (roto) . . . , por las dichas tasas va ordenado que los indios por vía de tasa no sean obligados a beneficiar la yuca ni hacer el casabe más de hasta arrancalla de la tierra, podría ser que los indios de su voluntad y pagándoles su trabajo quisiesen ocuparse en la dicha labor del casabe por tanto se le permite queriendo los tales indios ocuparse en la dicha labor del casabe de su voluntad, pagándole a real por cada día que en los susodicho se ocuparen concertados y pagados ante el gobernador de esta Provincia o la persona que él nombrare lo puedan hacer libremente e no de otra manera e ninguna persona los ocupe en ello por otra orden so pena de privación de la encomienda de indios que tuviere y que se pongan en la Corona real de su Magestad.”

Del contenido de la encomienda se desprende lo siguiente;

1º Lo adjudicado a los encomenderos no era la propiedad de la tierra; sino el derecho a percibir determinados tributos de acuerdo con el número de indios útiles que hubiera en el repartimiento o resguardo respectivo. Conformando esta conclusión el hecho de que a la muerte de un encomendero el gobernador podía disponer libremente de la encomienda adjudicándosela a otra persona; en efecto, se lee: "...muchas de las encomiendas que en su real nombre os habían hecho merced se os habían dado no habiendo vacado por muerte de quien las tenía, que es sólo el camino por donde se permite a los Gobernadores proveerlas antes, os las habían dado por renunciaciones, dejaciones, truecos, acrecentamientos de nuevas vidas, que todo esto es contra lo que está dispuesto y ordenado por su Magestad...."

2º También confirma que la tierra no era el objeto de la adjudicación, el hecho de que los encomenderos perdían su encomienda si no daban fiel cumplimiento a sus deberes: "...so pena de privación de los dichos indios e que se pondrán en la real Corona..."; "...y no le puedan llevar mas ni conmutales en otra cosa so pena de perdimiento de la tal encomienda..."

3º El área del terreno laborable variaba con el número de indios útiles que hubiera en el repartimiento, lo que está indicando que la encomienda referíase esencialmente a los indios y secundariamente a la tierra: "...ansi se ha de disminuir la dicha roza tanta cantidad de medidas de las susodichas como indios hubieren faltado; y ansi mismo si fueren creciendo han de acrecentar la roza en tantas medidas como indios se acrecentaren...."

Las deducciones anteriores están acordes con las regulaciones del derecho indiano. En el Libro VI de la Recopilación de Indias, Ley 1ª, Título VIII, se recogieron los mandatos de las cédulas reales dadas desde la época del descubrimiento, referentes al trato especial que merecían los indios y a los abusos que se debían evitar; allí se lee: "Luégo que se haya hecho la pacificación, y sean los naturales reducidos a nuestra obediencia, como está ordenado por las leyes que de esto tratan, el Adelantado, Gobernador o Pacificador, en quien esta facultad reside, reparta los indios entre los pobladores para que cada uno se encargue de los que fueren de su repartimiento y los defienda y ampare, proveyendo ministro que les enseñe la doctrina cristiana, y administre los sacramentos, guardando nuestro patronazgo, y enseñe a vivir en policía, haciendo lo demás que están obligados los encomenderos en sus repartimientos, según se dispone en las leyes de este libro."

De otro lado, la Ley 1ª del Título IX del mismo Libro VI, decía más concretamente: "El motivo y origen de las encomiendas, fue el bien espiritual y temporal de los indios, y su doctrina y enseñanza en los artículos y preceptos de nuestra santa fe católica, y que los encomenderos los tuviesen a su cargo y defendiesen a sus personas y haciendas, procurando que no recibieran ningún agravio; y con esta calidad inseparable, les hacemos merced de se los encomendar de tal manera, que si no lo cumplieren, sean obligados a restituir *los frutos* que han percibido y perciben, y es legítima causa para privarlos de las encomiendas. Atento a lo cual, mandamos a los Virreyes, Audiencias y Gobernadores que con mucho cuidado y diligencia inquieran y sepan por todos los medios posibles si los encomenderos cumplen con esta obligación, y si hallaren que faltan a ella, procedan con todo rigor de derecho a privarlos de las encomiendas, y hacerles restituir las rentas y demoras que hubieren llevado y llevarán, sin atender a lo que son obligados, las cuales proveerán en la conversión de los indios."

Por último, la Ley XVII, del Título y Libro citados, prohibían a los propios españoles encomenderos que tuvieran casa en su encomienda y que residieran en ella, y lo mismo a sus criados y esclavos; igualmente se les impedía que hiciesen allí "estancias de ganados o asientos para su crianza ni obrajes".

Según esto, aparece claro que la encomienda era un beneficio que se otorgaba a los conquistadores españoles, mediante el cual los indios se ponían bajo su protección con la obligación de adoctrinarlos en la fe católica, dirigirlos y enseñarlos, a cambio de lo cual el encomendero podía aprovecharse del trabajo de la tribu que se le encomendaba, mediante la percepción de un tributo que se regulaba en cada caso según el número de indios y la clase de los terrenos que éstos poseían. El profesor Ots Capdequi, en su obra *El Estado Español en las Indias* dice lo siguiente:

"La *encomienda* es una institución de origen castellano, que pronto adquirió en las Indias caracteres peculiares que la hicieron diferenciarse plenamente de su precedente peninsular. Por la *encomienda*, un grupo de familias de indios, mayor o menor según los casos, con sus propios caciques, quedaba sometido a la autoridad de un español encomendero. Se obligaba éste jurídicamente a proteger a los indios que así le habían sido encomendados y a cuidar de su instrucción religiosa con los auxilios del cura doctrinero. Adquiría el derecho de beneficiarse con los *servicios personales* de los indios para las distintas necesidades del trabajo y de exigir de los mismos el pago de diversas prestaciones económi-

cas. Con el Rey, contraía el compromiso todo español encomendero de prestar el servicio militar a caballo cuando para ello fuese requerido. Tuvieron las encomiendas, en un primer momento, un carácter temporal o vitalicio. Al vencer el plazo del tiempo por el cual habían sido concedidas, o a la muerte del encomendero, se incorporaban los indios encomendados a la Corona. Pronto surgió la costumbre de consentir, por vía de *disimulación*, que la viuda y los hijos del encomendero siguieran disfrutando de los indios a la muerte de su causante. Se sancionó esta costumbre con la Real Provisión de 26 de marzo de 1513, y ya desde entonces se concedieron las encomiendas *por dos vidas*: por la del primer poseedor y por la de su sucesor inmediato el mayor de los hijos varones, en su defecto la hija y en último término la mujer.

“En torno de esta institución se suscitaron desde los primeros momentos polémicas doctrinales ardorosas. Combatieron su licitud, principalmente, teólogos y moralistas, y la defendieron, cediendo a imperativos de las circunstancias, juristas y hombres de gobierno. Culminaron estas polémicas en la célebre discusión sostenida por Fray Bartolomé de las Casas, el apóstol de los indios, y Juan Ginés de Sepúlveda, jurista español formado en las doctrinas del Renacimiento.

“Estas polémicas tuvieron repercusión acusada en la esfera legal. Se promulgaron series nutridas de leyes *protectoras* del trabajo del indio y se llegó a decretar en 1542 la abolición de las encomiendas. No alcanzaron plena vigencia estas leyes nuevas de 1542. Su aplicación provocó protestas generales de los colonizadores y en el Perú rebeliones sangrientas que culminaron con la muerte violenta del Virrey Blasco Núñez Vela. Se ordenó su derogación, pero esta derogación no fue total. Persistieron las encomiendas, pero, junto con otros preceptos favorables a los indios, quedaron vigentes aquellas disposiciones que prohibieron los servicios personales de los indios encomendados.

“A partir de esta fecha, 1542, sólo fue lícito a los encomenderos exigir de sus indios el pago de un *tributo*, tasado por las autoridades. Hay, sin embargo, testimonios históricos de que esta abolición de los servicios personales dentro de las encomiendas no se logró de un modo absoluto y general.

“Por Real Cédula de 8 de abril de 1629 se concedió una vida más en el disfrute de las encomiendas, mediante el pago de una composición. Y todavía el 10 de octubre de 1704 se permitió una *cuarta vida*, mediante el pago de dos *annatas* para los gastos de guerra.

“Pero estas prórrogas en el goce de las encomiendas no tuvieron grandes efectos. Ya en

1701 se había decretado la incorporación a la Corona de todas las encomiendas poseídas por personas no residentes en las Indias. La abolición general de esta institución se decretó el 29 de noviembre de 1718, completándose estas normas derogatorias el 12 de julio de 1720 y el 11 de agosto de 1721.

“Persistieron, esto no obstante, algunas *encomiendas* en comarcas determinadas, aun cuando puede afirmarse que el ciclo histórico de esta institución, *que ya había perdido todo su significado económico*, quedó cerrado definitivamente, de derecho y de hecho, en la segunda mitad del siglo XVIII.”

De consiguiente, ningún título de encomienda puede servir para acreditar propiedad sobre la tierra en que habitaban los indios a que la encomienda se refería. Por lo cual el título de repartimiento de los indios de Tubará, adjudicado a don Alonso de Mendoza y Carvajal, es completamente ineficaz en orden a acreditar que las respectivas tierras fueron adjudicadas por la Corona española al encomendero citado, o a su antecesor don Alvaro de Mendoza.

Lo que sí demuestra la citada encomienda es que ya por los años en que ella fue otorgada existía el pueblo o la comunidad de indios de Tubará, establecido en las mismas tierras que hoy ocupa ese Municipio, lo cual tiene importancia para el asunto que va a ser materia del capítulo siguiente.

B—Declaración de vacante del resguardo de indígenas de Tubará.

La encomienda de don Alvaro de Mendoza indudablemente dio origen a la comunidad o resguardo de indios de Tubará, cuyas tierras se declararon vacantes en el año de 1886, por el Juez de Barranquilla. “Estos pueblos de indios —dice el mismo profesor citado— se designaron primeramente con el nombre de *reducciones*, porque ante la resistencia de los aborígenes, que preferían llevar una vida no sedentaria alejados de los colonizadores, fue necesario *reducirles* para que vivieran en población y se les declaró *adscritos* al pueblo de que formaban parte. Más tarde se les llamó *corregimientos*, porque quedaron sometidos a la autoridad de un funcionario especial llamado *Corregidor de pueblos de indios*. Este funcionario debía ejercer sobre los indios de su corregimiento una misión tutelar análoga a la que correspondía al encomendero sobre los indios de su encomienda. Pero estas prevenciones de la ley no lograron en la práctica una mayor eficacia.

“Así como en la primera época de la colonización española en América los repartimientos en encomiendas gozaron de supremacía incuestionable en la organización social y económica

del trabajo de los indios, esta supremacía fue cediendo poco a poco en favor de *reducciones y corregimientos*, o sea los núcleos de población aborígen incorporados a la Corona.”

Los *resguardos de indios* son así rezagos de las antiguas reducciones o corregimientos que lograron conservarse no obstante la casi completa extinción de la raza indígena en la mayoría de las colonias españolas en América. Esas agrupaciones o comunidades de indios fueron objeto de especial reglamentación en disposiciones legales desde los primeros días de la República.

Y así el Libertador apenas constituida la República lo primero que hizo fue dictar el Decreto de la Villa del Rosario de 20 de mayo de 1820, “que ordena devolver a los naturales los resguardos”, Decreto que se dictó según reza su encabezamiento para “corregir los abusos introducidos en Cundinamarca en la mayor parte de los pueblos de naturales, así contra sus personas, como contra sus resguardos y aun contra sus libertades”, y cuyo artículo primero ordenó:

“Se devolverán a los naturales, como propietarios legítimos, todas las tierras que formaban los resguardos, según títulos, cualquiera que sea el que aleguen para poseerlas los actuales teneedores.”

En armonía con el Decreto del Libertador el Congreso de Cúcuta dictó la Ley de 11 de octubre de 1821, sancionada por el Vicepresidente Santander, “sobre extinción de los tributos de los indígenas, *distribución de sus resguardos* y exenciones que se les conceden”, de la que es parte el artículo 4º, que dispuso:

“Los resguardos de tierras *asignados a los indígenas por las leyes españolas*, y que hasta ahora han poseído en común, o en porciones distribuidas a sus familias sólo para su cultivo, según el reglamento del Libertador Presidente de 20 de mayo de 1820, se les repartirán en pleno dominio y propiedad, luego que lo permitan las circunstancias, y antes de cumplirse los cinco años de que habla el artículo 2º”

En seguida se consagran otras disposiciones encaminadas a dar normas para verificar la división de las tierras entre las familias del resguardo. Y el artículo 8º dispuso que “los protectores de naturales continuarán ejerciendo su ministerio y *promoverán las acciones comunales* que les correspondan; pero todas las demás acciones civiles o criminales las instruirán los indígenas como los demás ciudadanos considerados en la clase de miserables, en cuya virtud no se les llevarán derechos algunos”.

Los Congresos de la Nueva Granada dictaron también disposiciones especiales complementa-

rias para la inmediata ejecución de las leyes anteriores, mediante las Leyes de 6 de marzo de 1832 y 2 de junio de 1834 (números 724 y 878, de orden, respectivamente de la Codificación Nacional). Son de la última los artículos 7º y 10; por el primero dispuso el Congreso que en aquellas “parroquias en donde se encuentre alguna porción de terreno *perteneciente* a los resguardos destinada al servicio del cura o alguna cofradía o cualquiera obra pía, este terreno acrecerá a la comunidad, y será dividido o distribuido”; y por el segundo ordenó que a las “parroquias de indígenas que no tienen resguardos se les repartirán las *tierras baldías* donde se hallen situadas”.

Sirven las citas anteriores para demostrar que tanto el Libertador en su Decreto de 1820, como los legisladores del Congreso de Cúcuta, y después los de la Nueva Granada, proveyeron a la división de las comunidades sobre la base de que los indios eran propietarios legítimos de las tierras comunales que constituían sus respectivos resguardos, porque las leyes españolas se las habían *asignado* con ese carácter. Y fue para poner fin a la comunidad indígena de los resguardos y repartir las tierras entre los respectivos indios comuneros, que se dieron aquellas leyes y otras posteriores que contuvieron reglamentaciones protectoras en orden a que las reparticiones que se hicieran por la autoridad, al propio tiempo que guardaran equidad contribuyeran a mejorar la condición de los indios y a hacer fructíferas sus tierras.

Los legisladores de la República al reconocer y confirmar la propiedad de las tierras de los resguardos en favor de la respectiva parcialidad de indios, por repetidas veces, ya de manera expresa y perentoria, según lo hiciera Bolívar en 1820 y el Congreso de Cúcuta, ya en forma implícita en otras ocasiones, sobre la idea de que lo mismo había hecho la legislación española, eran los mejores intérpretes de esta legislación, tanto por su autoridad como porque todavía estaban bajo el dominio de los hechos que ella había creado y establecido, de suerte que estaban en plena capacidad de dar cuenta de lo que ella significaba en la práctica, en contraste con el intérprete de la época contemporánea, que no puede poseer la misma información.

De consiguiente en sentir de la Sala yerran quienes han sostenido que ni de la legislación española ni de la de la República, se infiere que a los indios se les haya reconocido la propiedad de las tierras de los resguardos. Las leyes de la República no pueden ser más perentorias sobre todo las primeras. Por eso con sobrada razón dijo esta misma Sala lo siguiente, en sentencia del 13 de abril de 1921, publicada en la *Gaceta Judicial*, número 1479, tomo XXVIII, pág. 344:

“Durante la República, pues, no ha declarado la ley que los resguardos no sean de propiedad de los indios, y al contrario, de las disposiciones referentes a ellos se desprende que los ha considerado dueños de los mismos.”

Con respecto a las leyes españolas su alcance de por sí es también manifiesto en el sentido de que las tierras se les daban en propiedad a los indios por la Corona española. Eso se infiere entre otras disposiciones de la Ley XVIII, Título XII, Libro IV de la Recopilación de Indias, que decía que en la venta, beneficio y composición de tierras a los indios *se les dejen con sobra todas las que les pertenecieren fuera en particular o en comunidad*; de la Ley XIV, del mismo Título y Libro, que ordenaba restituir al soberano toda la tierra que se poseía sin justos y verdaderos títulos, “para que reservando ante todas cosas lo que a Nos, o a los Virreyes, Audiencias y Gobernadores pareciere necesario para plazas, exidos propios, pastos, y baldíos de los lugares y concejos que están poblados, así por lo que toca al estado presente en que se hallan, como al porvenir, y al aumento que puedan tener, y repartiendo a los indios lo que buenamente hubieren menester para labrar y hacer sus sementeras y crianzas, confirmandoles en lo que ahora tienen, y dándoles de nuevo lo necesario, toda la demás tierra quede y esté libre y desembarazada para hacer merced, y disponer de ella a nuestra voluntad”; y de la Ley XIX, del Título y Libro citados que decía: “No sea admitido a composición de tierras el que no las hubiere poseído por diez años, aunque alegue que las está poseyendo, porque este pretexto solo no ha de bastar, y las comunidades de indios sean admitidas a composición con prelación a las demás personas particulares, haciéndoles toda conveniencia.” No hay que olvidar cuál era el alcance que según las cédulas y pragmáticas reales tenía la composición de tierras, que se daba con el fin de sanear las posesiones y titulaciones defectuosas sobre tierras que habían sido realengas, las cuales de esta manera se incorporaban definitivamente en los patrimonios particulares legitimándose para lo sucesivo el derecho de propiedad particular frente al Estado sobre las tierras materia de la composición.

Las leyes españolas desde el primer momento consideraron a los indios como hombres libres, súbditos de la Corona, con amplia capacidad para poseer y disfrutar de sus bienes de cualquier naturaleza; los indios eran así sujetos de toda clase de derechos, incluyendo el de propiedad, sin ninguna excepción. Pero atendiendo a que ellos eran personas necesitadas de tutela a semejanza de los incapaces, les impusieron, con ánimo de favorecerlos y defenderlos,

determinadas trabas al libre ejercicio de sus facultades dominicales sobre las tierras de su propiedad. Mas estas limitaciones no querían decir que las tierras se les daban a los indios únicamente en usufructo, reservándose la Corona la propiedad; significaban solamente que entonces como ahora se hacía la distinción entre los conceptos de *goce y ejercicio* de los derechos, que corresponden, el primero a poder ser titular del derecho, y el segundo a las restricciones que la ley introduce en el ejercicio del derecho en atención a la incapacidad de la persona por razón de edad, estado civil o falta de discernimiento.

Las leyes de la República no fueron menos expresas en reconocer a los indios su plena capacidad y por ende su personalidad. Con respecto al derecho de propiedad sobre toda clase de bienes se lo otorgaron ampliamente como lo habían hecho las leyes españolas. A este respecto no colocaron los indios en condición inferior a la que tenían los demás ciudadanos. Por ello el derecho pleno de propiedad que tenían en los resguardos se lo continuaron reconociendo sin cercenamientos ni limitaciones. El Libertador fue claro en decretar que los indios eran propietarios legítimos de sus tierras y resguardos. El Congreso de Cúcuta ratificó el mismo principio. Y si este cuerpo empleó la expresión de que los resguardos “se les repartirán en pleno dominio y propiedad” a los indios de la respectiva parcialidad, no fue porque el legislador de Cúcuta estuviera consagrando la idea de que el derecho de los indios sobre los resguardos era precario, limitado al usufructo —según lo afirmaron tres Magistrados disidentes de la sentencia de Corte Plena que en seguida se va a citar—; pues la expresión entre comillas manifiestamente se refiere al hecho de que la distribución de los resguardos era operación que se decretaba con todos los caracteres de la división de las demás comunidades en que el condómino adquiere el pleno dominio individualizado de la porción asignada; a diferencia de lo que prescribía, según claramente lo advierte el mismo artículo 3º de la Ley de 11 de octubre, “el reglamento del Libertador Presidente de 20 de mayo de 1820”, de que la división de los resguardos era “en porciones distribuidas a sus familias solo para su cultivo”.

Las leyes posteriores que vinieron a complementar la de 11 de octubre parten también de la base de que los resguardos eran propiedad común y plena de los indios. Los artículos 7º y 10 de la Ley de 2 de junio de 1834, reiteran expresamente tal reconocimiento. El 7º habla de que en aquellas “parroquias en donde se encuentre alguna porción de terreno *perteneciente a los resguardos* destinada al servicio del cura o al-

guna cofradía o cualquiera obra *pía*, este terreno acrecerá a la comunidad, y será dividido y distribuido....” Y el artículo 10 si que no deja lugar a dudas cuando dispone que a las parroquias de indígenas “que no tienen resguardos se les repartirán las tierras baldías donde se hallen situadas”; lo que quiere decir que como había comunidades de indios sin terrenos propios de resguardos, que habitaban tierras baldías, o sea tierras de la Nación que no eran de los indios, se les debían distribuir también estas tierras, al igual que las tierras de los resguardos que eran de los indios, y no del Estado.

Por ello, en fuerza de estas nuevas razones que destruyen totalmente las de los tres Magistrados disidentes de que antes se habló, respecto de la sentencia de Corte Plena de fecha 30 de octubre de 1925, relativa a la demanda de inexecutable de varias leyes, entre las que se encontró la 55 de 1905, que en el aparte siguiente ocupará la atención de la Sala, resultan incontestables los siguientes párrafos de dicho fallo, y que hoy por lo tanto se prohijan:

“De esta Ley —la de 11 de octubre de 1821— aparece que la República reconoció las asignaciones de los terrenos llamados resguardos, hechas a las parcialidades de indígenas por las leyes españolas, pero sometiéndolas por altas consideraciones de orden público a la división y distribución entre sus miembros, con el objeto de que la propiedad y posesión comunes se mudara, cuando las circunstancias lo permitieran, en la propiedad de las familias o de los individuos por la asignación de sus parcelas.”

“En las leyes que posteriormente se han dictado hasta llegar a las acusadas, domina el mismo propósito de dividir los terrenos de resguardos para repartirlos proporcional y equitativamente entre los indígenas, para lo cual es medida previa indispensable el empadronamiento de las parcialidades. La misma Ley 89 de 1890, que el acusador encuentra tan protectora de los derechos de los indígenas, ordena la división entre éstos de los terrenos de resguardos, y reconoció que los indígenas, individualmente considerados, eran simples usufructuarios de los terrenos mientras dure la indivisión.” (Véanse los artículos 37 y 38 *ibidem*). (*Gaceta Judicial* números 1655 y 1656, tomo XXXII, pág. 90).

La comunidad de tierras correspondiente al resguardo de indios de Tubará fue declarada como bien vacante por el Juez de Barranquilla en sentencia del 3 de febrero de 1886, por los mismos linderos que la Corte recorrió e identificó en la inspección ocular por ella practicada en el término de prueba del juicio, linderos que como se ha visto son los mismos del aviso de exploración presentado al Gobierno.

La mencionada sentencia del vacante, los trámites que la precedieron y las diligencias de avalúo y remate del bien, se hicieron en armonía con lo que sobre el particular disponía el Código de Procedimiento del Estado Soberano de Bolívar, en cuyos artículos 1280 a 1293 se encontraba la reglamentación correspondiente. En dicho juicio debía figurar como parte demandante o coadyuvante (artículo 1282) el Agente del Ministerio Público en representación del Estado y del Municipio de ubicación de los bienes, entidades que eran las que se beneficiaban con la declaratoria de un bien vacante, porque a sus cajas ingresaba por iguales partes el producto del remate del bien (artículo 1293).

La sentencia tenía pues efectos completamente vinculantes para el Estado y para el Municipio, desde que ellos no eran extraños al juicio sino partes interesadas y principalmente beneficiadas. Para dichas entidades y por ende hoy para la República de Colombia, en quien se refundieron los antiguos Estados Soberanos, una sentencia como la pronunciada por el Juez de Barranquilla obligalas en todos sus efectos. Por lo tanto el Estado colombiano, mientras subsista la referida sentencia de declaratoria de vacante del globo de tierra conocido con el nombre de resguardo de indígenas de Tubará, tiene que admitir que allí existió en realidad la parcialidad de indígenas dueña comunalmente de las referidas tierras.

Además el artículo 19 de la Ley 55 de 1905 acabó con cualquier duda que pudiera ofrecer el efecto obligatorio que para la Nación tiene la referida sentencia del Juez de Barranquilla, cuando dijo:

“La Nación ratifica y confirma las declaratorias judiciales legalmente hechas de estar vacantes globos de terrenos conocidos como resguardos de indígenas, así como también las ventas de ellas efectuadas en subasta pública; y reconoce como título legal de propiedad de esos terrenos el adquirido por sus rematadores.”

En consecuencia tanto la sentencia citada como la disposición anterior, prueban de manera incontrovertible que el vacante formado por las tierras de Tubará existió como tal y con origen en la propiedad particular que tuvo el referido resguardo desde antes del año de 1886; de manera que es excesivo requerir más pruebas al respecto, conforme lo sostuvo el Ministerio en la Resolución por medio de la cual examinó la documentación presentada hallándola deficiente por este aspecto.

El Ministerio reproduce otra objeción que el Departamento Legal del mismo le hizo a los títulos, objeción que por su importancia merece detenido examen; es la siguiente:

“Conforme a la Legislación Española, que rigió entre nosotros hasta la expedición de los Códigos actuales, eran considerados como del Estado todos los bienes muebles e inmuebles que no tuvieran dueño conocido. Entre esos bienes se distinguían tres clases: mostrencos, vacantes y abintestatos. Mostrencos eran los semovientes y las especies muebles que se hallaban perdidas o abandonadas y sin saberse su dueño; vacantes eran los bienes raíces sin dueño conocido o que habían sido abandonados por quien lo fuera; y abintestatos eran los bienes de toda clase que quedaban sin dueño por muerte del propietario que no hiciera testamento y no tuviera descendientes, ascendientes o colaterales que le sucedieran. Todos estos bienes, durante la vigencia de la Legislación Española, pertenecieron al Estado. Desde el año de 1848, se dictaron algunas pocas leyes que concedieron la propiedad de los bienes vacantes a los Municipios de su ubicación, hasta que el 26 de mayo de 1873 se sancionó el Código Civil de la Unión Colombiana, en cuyo artículo 675 se dijo expresa y claramente: ‘Son bienes de la Unión *todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño*’. Por virtud de esta disposición, todas, absolutamente todas las tierras de Colombia que al ser sancionado el Código Civil Nacional de 1873 no tenían dueño conocido, entraron a formar parte del patrimonio territorial del Estado y como en ese mismo año se sancionó el Código Fiscal Nacional que estableció la reserva del subsuelo minero, se tiene que al adjudicarse de nuevo las tierras vacantes al Municipio de su ubicación por los artículos 14 de la Ley 48 de 1887, 238 de la Ley 49 de 1888 y 82 de la Ley 153 de 1887, no se incluyó en esa cesión el subsuelo reservado desde 1873. Y como si lo anterior no fuera suficientemente claro, el artículo 707 del mismo Código Civil de 1873 estableció una disposición especial para bienes vacantes y mostrencos, diciendo: ‘Los bienes vacantes y los mostrencos de los Territorios pertenecen a la Unión. La enajenación de tales bienes se arreglará a lo que sobre la materia disponga el Código Fiscal’. Si por la palabra Territorios empleada en esa disposición legal se entienden los antiguos Estados Soberanos (que parece lo racional, porque para los llamados territorios nacionales, no había necesidad de hacer una declaración que resultaba evidentemente redundante) entonces se confirma una vez más la conclusión sacada sobre la completa nacionalización de los terrenos que estaban vacantes en 1873; pero si por tal palabra se entiende los territorios que se había reservado la Unión Colombiana, con prescindencia de los Estados Soberanos, la nacionalización completa e integral

de los bienes vacantes estaría consagrada por lo dispuesto en el artículo 675 antes citado. Siendo esto así y sin perder de vista que desde el mismo año de 1873 rige en Colombia la reserva establecida en los artículos 1116 y 1126 del Código Fiscal de ese año sobre algunas minas y especialmente sobre las minas o yacimientos de petróleo, resulta que todas las enajenaciones posteriores que se hayan hecho de bienes que eran vacantes en la época indicada, ya se trate de cesiones a Municipios, ya de ventas en remate a particulares, están afectadas por esa reserva y no aparejan a sus dueños derecho alguno sobre el correspondiente subsuelo que ya la Nación se había reservado para sí. Esto es tan claro que sería ocioso insistir sobre el particular.”

En síntesis sostiene pues el Ministerio que antes de la vigencia del artículo 82 de la Ley 153 de 1887 que declaró la pertenencia de los vacantes a favor de los Municipios, los vacantes eran de propiedad nacional. La objeción es seria, porque en lo tocante a las tierras de los resguardos declarados vacantes, querría decir que aunque los resguardos fueron terrenos de propiedad particular, al quedar los inmuebles abandonados por sus dueños —la respectiva comunidad de indígenas—, el Estado los recogió como sucesor legítimo y los incorporó a su patrimonio, con lo cual tanto el suelo como el subsuelo volvieron a su dominio.

Empero, la tesis parte de estos errores que es preciso rectificar: 1º Que fuera la Ley 153 de 1887, la única que les hubiera dado a los Municipios la propiedad de los vacantes; 2º Que el reglamento de los vacantes contenido en el Código Civil del año de 1873 rigiera en los antiguos Estados Soberanos; 3º Que los vacantes sean baldíos.

1º—Es evidente, y en ello está conforme la Corte, que conforme a la legislación española que rigió en la época colonial, los bienes mostrencos y los vacantes estaban incluidos entre los de regalía de la Corona, aplicándose indiferentemente una y otra denominación a cualquier clase de bienes muebles o inmuebles abandonados por sus dueños, pues por mostrencos debían considerarse no sólo los ganados y otros animales errantes “sino también —según Solórzano, citado por Ots Capdequi— todo otro cualquier género de bienes, que o no tenga dueño conocido, o el que lo fue los hubiese desamparado”; y los vacantes eran los abintestatos, o sea bienes de toda clase que a la muerte de su propietario quedaban sin dueño, por ausencia de herederos dentro del décimo grado inclusive.

Naturalmente la República, como sucesora de la Corona española incorporó a su dominio los mismos bienes, mientras sobre el particular mantuvo vigente la legislación peninsular.

Pero ya la Nueva Granada, por las Leyes de 19 de mayo de 1834, en el artículo 178, inciso 3º; de 13 de junio de 1844, en el artículo 26; y de 3 de junio de 1848, en su artículo 60, declaró de propiedad de los Municipios los mostrencos o vacantes que se hallaran dentro de determinada extensión de sus límites.

Vinieron luego las Leyes de 22 de junio de 1850 y 21 de mayo de 1851 que destinaron el producto de los bienes vacantes o mostrencos a acrecentar los fondos para la gradual liberación de los esclavos.

Y en el año de 1857, dictáronse dos leyes muy importantes, las de 7 de febrero y 2 de junio, las cuales dan una base muy firme al siguiente razonamiento que el doctor Bernardo J. Caicedo formula en el interesante folleto de que es autor, intitulado *El Derecho al Petróleo en los Bienes Vacantes*, razonamiento que por ajustarse a la realidad legislativa de aquella época, la Sala acoge:

“Con relación al año de 1857, se ha citado la Ley de 2 de junio para acreditar que el dominio de los bienes vacantes y mostrencos se declaró en favor de la Nación, pero sin advertir que esa ley no define propiamente los mostrencos sino los baldíos, pues a aquéllos ya acababa de definirlos la Ley de 7 de febrero del mismo año de 1857, que ha pasado inadvertida a los sostenedores de la teoría de que todas las sustancias del subsuelo y de los inmuebles vacantes pertenecen a la Nación y no a los actuales causahabientes del título respectivo.

“Es verdad que el artículo único de la citada Ley de 2 de junio de 1857 dice así:

‘Los terrenos sin dueño que estén fuera de las poblaciones son baldíos, pertenecen a la República y no son, por consiguiente, denunciables ni pueden adjudicarse como bienes mostrencos.’

“Aquí no se emplea la expresión usual *sin dueño conocido*, sino únicamente la frase *sin dueño*, la que claramente designa bienes que no hubieran salido del patrimonio nacional, o sea, terrenos baldíos, según la aplicación de la siguiente norma jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia:

‘Los terrenos vacantes no son baldíos: el carácter de aquéllos es el de haber tenido dueño y haberlos éste abandonado, a diferencia de las tierras baldías, que son las no apropiadas por títulos legítimos. En otros términos, los bienes vacantes son los inmuebles que abandona su propietario y los terrenos baldíos son los que no han sido transmitidos por la Nación.’

“En cambio, fue la Ley de 7 de febrero de 1857, que mencioné antes, la que dijo en su artículo 1º: ‘Los bienes que no tengan dueño conocido, llamados mostrencos por las leyes, per-

tenecen a la hacienda nacional, y serán vendidos en pública subasta, después de practicadas las diligencias que previene esta Ley, para la verificación de su calidad de mostrencos y para su enajenación’.

“Y aquí viene una demostración palmaria acerca de la voluntad del legislador de radicar en cabeza de los Municipios la propiedad de los vacantes o mostrencos, como entonces se les llamaba, volviendo al sistema establecido por la Ley de 3 de junio de 1848, tan luego como quedase amortizada la deuda de manumisión de esclavos.

“Véase lo que dice el artículo 10 de la citada Ley de 7 de febrero de 1857:

‘Cuando se hallen cubiertas todas las deudas que hoy afectan a los fondos de manumisión, los bienes mostrencos que se descubran en cada distrito, pertenecerán al mismo distrito, y la autoridad municipal respectiva dispondrá lo que a bien tenga sobre aquellos bienes después de declarada su condición de mostrencos, conforme a esta ley.’

“En decreto de 19 de noviembre de 1860, sobre bienes nacionales, se estableció otra distinción que merece mencionarse, porque va aclarando el concepto sobre vacantes y mostrencos en derecho colombiano, y es una corroboración histórica y legal de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, que antes quedó transcrita, acerca de que los vacantes son los terrenos que han estado en el dominio particular y son abandonados por sus propietarios. El artículo 3º de dicha Ley dice así:

‘Los bienes, derechos y acciones que son de la Confederación y de cuya propiedad no tiene conocimiento el Gobierno, se llaman ocultos y pueden ser denunciados en conformidad con lo que se establece en este decreto, a *diferencia de los mostrencos, que son los que han estado en dominio particular y aparecen sin dueño, los cuales deben ser denunciados en la forma que establece la Ley de 7 de febrero de 1857.*’

“Tenemos, pues, que el dominio de los vacantes o mostrencos únicamente correspondía a la Nación hasta cuando quedara extinguida la deuda de manumisión; pues al ocurrir esto, los mostrencos y vacantes que se descubriesen habrían de pertenecer a los distritos municipales, según el artículo 10 de la ley de 7 de febrero de 1857.

“¿Y cuándo se extinguieron la deuda y las rentas de manumisión de que tratan las leyes que se han citado?

“De una plumada el General Tomás Cipriano de Mosquera, por decreto dictatorial del 9 de septiembre de 1861, orgánico del crédito nacional, terminó con las rentas destinadas a la can-

celación de los vales de manumisión de esclavos, al declarar lo siguiente:

‘Artículo 24. Son fondos para la caja de amortización. 6º Todo el producto de la renta de manumisión que se haya causado a deber hasta el 31 de diciembre del presente año (1861), en cuya época queda abolida y que se cobrará bajo la administración del crédito nacional.’

‘Es decir, lo que había de cobrarse por esa administración eran las rentas o tributos caídos o causados antes del 31 de diciembre de 1861, fecha desde la cual quedó abolida definitivamente la deuda de manumisión.

‘Por consiguiente, los vacantes o mostrencos descubiertos después de la citada fecha ya no entraban a formar parte de la Hacienda Nacional, sino que correspondían a los Municipios en cuya jurisdicción se encontrasen.

‘Por eso, cuando el legislador de 1887 declaró pertenecer a los Municipios los bienes vacantes o mostrencos que se hallasen dentro de sus límites, no hizo sino confirmar la situación que ya existía desde el 31 de diciembre de 1861, por obra del artículo 10 de la Ley, de 7 de febrero de 1857, tantas veces citado.’

2º—La Constitución política de 1853 abrió las puertas al establecimiento del sistema federal del Estado, el cual recibió sanción definitiva en la Constitución subsiguiente de 1858. En consecuencia desde 1855 comenzaron a crearse los Estados Soberanos federales, con Panamá. A éste siguió Antioquia, en 1856. Luego Santander, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca y Magdalena en 1857. Y por último surgió el Tolima en 1860.

Bien conocida es la historia de la legislación en la época federal hasta su terminación con la Constitución de 1886. Los Estados federados recibieron autorización constitucional para legislar en asuntos de derecho público interno y de derecho privado. Y legislaron en derecho civil, comercial, administrativo, etc. Al Gobierno central correspondía exclusivamente legislar sobre asuntos que no se hubieran reservado a la potestad de los Estados, y como administraba además ciertos territorios que no hacían parte de aquéllos, la República tuvo también su derecho privado y público interno de aplicación en ellos exclusivamente.

Así fue como durante la federación en cada Estado regía un derecho civil especial a la par que para los territorios que dependían del Gobierno central se sancionó el Código Civil de 1873, que no fue otra cosa que copia en gran parte del chileno de don Andrés Bello, que los Estados también antes habían adoptado con pocas modificaciones.

El Estado Soberano de Bolívar tuvo por ende su Código Civil. A ese estatuto pertenecieron los

artículos 960, 961, 963 y 964, que con el Código Judicial respectivo, regularon todo lo concerniente a bienes vacantes, desde definirlos; en el fondo de una manera igual a como lo hizo el Código de la Unión de 1873, hasta el establecimiento de los trámites para rematarlos.

Eran bienes vacantes en el Estado de Bolívar los inmuebles que “manifestando o indicando haber estado en el dominio de alguien, se encuentran en la actualidad sin dueño aparente o conocido”. La misma definición que con otras palabras suministra el Código Civil de la Unión.

Disponía el Código de Bolívar: “Si pareciere el dueño de una cosa que se ha considerado vacante o mostrenca, antes de que haya sido enajenada, le será restituida, pagando las expensas de aprehensión, conservación y demás que incidieron, y lo que por este Código correspondiere al que encontró o denunció la cosa vacante”. (Artículo 963). Disposición también exactamente igual a la del artículo 708 del Código Civil de la Unión, que hoy rige.

Y disponía el artículo 964 del Código de Bolívar: “Hecha la enajenación, la cosa se considerará como irrevocablemente perdida para el dueño”. Es la misma disposición del artículo 709 del Código Civil nacional.

En el Código Civil de Bolívar no existía el artículo 707 del Código Civil de la Unión, reemplazado en 1887 por el artículo 82 de la Ley 153, y que decía: “Los bienes vacantes y los mostrencos de los Territorios pertenecen a la Unión”.

De la reglamentación anterior se deduce este hecho incontrovertible: que el dueño de los bienes considerados como vacantes nunca perdía el derecho de propiedad sobre ellos, mientras no fueran enajenados; eran declarados vacantes, porque no aparecía su dueño; pero si aparecía antes de la enajenación se le restituía los bienes; pues los bienes no se consideraban *irrevocablemente perdidos* para su dueño sino después de ser enajenados.

Luego la conclusión que se saque de este postulado tiene que ser lógica: si el dueño de los vacantes conservaba el derecho de propiedad hasta la enajenación, el adquirente era sucesor directo e inmediato de aquél en la propiedad, sin que entre los dos se colocara ninguna otra persona que pudiera considerarse adquirente y trasmisor de la propiedad del vacante.

En consecuencia, aplicados los anteriores principios al caso práctico del resguardo de indígenas de Tubará, se tiene que, de acuerdo con la legislación pertinente, la comunidad de dichos indios debe reputarse dueña de sus tierras hasta el día en que por efecto de la declaración de vacantes formulada por el Juez de Barranquilla, previo el cumplimiento de las formalidades le-

gales, las remató don Manuel M. Palacios el 26 de mayo de 1886, por los linderos que dicho inmueble tenía; de manera que el citado rematador es sucesor inmediato y directo en la propiedad particular del inmueble de la respectiva parcialidad de indios, su dueño anterior.

En esta forma, a los actuales sucesores del rematador no se les puede negar la propiedad del subsuelo, porque cualquiera que hubiera sido la época en que el bien quedó vacante o abandonado, nunca se consideró perdido para sus dueños, la comunidad de indios de Tubará; el inmueble mantuvo su calidad de bien de propiedad particular, desde que empezó a servir de asiento a la reducción de indios de Tubará, há ya varios siglos, según la encomienda de don Alvaro de Mendoza, y como inmueble de propiedad particular lo remató en 1886 don Manuel M. Palacio, quien viene a ser así el sucesor y causahabiente de los referidos indios.

3º Desde el año de 1921 en sentencia de 23 de abril de esta misma Sala de Negocios (*Gaceta Judicial*, tomo 28, página 343), la Corte ha sostenido la doctrina de que los bienes vacantes son fundamentalmente distintos de los baldíos. Esta tesis que es cierta, se refuerza hoy con estos nuevos argumentos, de los cuales también se infiere una segunda tesis, consistente, como va a verse, en que aun de acuerdo con la actual legislación nacional de vacantes, el fenómeno de la transmisión de la propiedad de ellos se opera sin solución de continuidad del anterior dueño del vacante al que lo remata o se le adjudica en el juicio que se sigue para formular la declaración de vacante y disponer del inmueble. Es un principio igual al examinado en el aparte anterior, y que establecía el Código Civil del Estado Soberano de Bolívar.

Los inmuebles vacantes son bien diferentes de los baldíos. Esta es una doctrina uniforme y reiterada que ya desde el año de 1907 sustentó la Corte; dijo entonces: "Para que sean bienes vacantes los que aparecen sin dueño visible o conocido, es preciso que tales bienes hayan estado en dominio anterior, que hayan tenido dueño; porque si nunca han tenido dueño particular, no serán vacantes sino baldíos". (*Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, tomo I, número 455).

La doctrina anterior es incontrovertible. El artículo 675 del Código Civil dice que son de la Unión (hoy la República), todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño. Aquí están contemplados los baldíos, que son tierras que nunca han tenido dueño, y que por ministerio de la ley pertenecen al Estado, porque el Estado nunca los ha transmitido a nadie.

En cambio los artículos 706 a 709 del mismo estatuto, configuran con caracteres distintos los bienes vacantes. Porque a virtud de estos preceptos son inmuebles que necesariamente han tenido que estar antes bajo el dominio de alguna persona distinta del Estado; esta persona los deja abandonados, por lo cual aparecen en un momento dado sin dueño aparente o conocido, pero cuyo propietario puede recuperarlos en cualquier tiempo siempre que no hayan sido enajenados o adjudicados en el juicio correspondiente de declaratoria de vacantes.

La institución de los vacantes es conocida entre nosotros desde la legislación española como institución distinta de los baldíos; las Reales Cédulas estatúan que los bienes mostrencos (y bajo esta denominación se incluían los inmuebles vacantes), cuyos dueños no se presentaren hechas las necesarias diligencias de publicidad prescritas por las leyes pertenecían al Fisco. Las tierras realengas, que hoy equivalen a los baldíos, obedecían a otro concepto.

Tales diligencias tenían por objeto, como también sucedió después y sucede hoy, darle oportunidad al dueño de reclamar el bien y recuperar su derecho.

Y en las leyes de la república que en capítulo anterior dejáronse citadas, los vacantes adquirían el carácter real de tales mediante decisión judicial que así los declarase, previo el juicio o la investigación correspondiente en que si el dueño aparecía, recobraba el bien. Y declarado vacante un inmueble se adjudicaba al Municipio o se remataba para destinar su producto a los fines que la misma ley establecía, por ejemplo a aumentar el fondo de manumisión de esclavos según la Ley de 22 de junio de 1850.

Otro tanto disponía la Ley de 7 de febrero de 1857, en su artículo primero: "Los bienes que no tengan dueño conocido, llamados mostrencos por las leyes, pertenecen a la hacienda nacional y serán vendidos en pública subasta, *después de practicadas las diligencias que previene esta ley, para la verificación de su calidad de mostrencos y para su enajenación.*"

El Código Civil adoptado en 1873, que rigió exclusivamente, conforme está dicho, en los territorios nacionales que administraba el Gobierno central, durante la federación, disponía que los bienes vacantes y los mostrencos de esos territorios pertenecían a la Unión y que su enajenación y aplicación se regirían por las disposiciones del Código Fiscal.

De consiguiente, desde la época colonial los vacantes y mostrencos forman una institución jurídica inconfundible con los baldíos. Estos últimos están constituidos por todas las tierras que al tenor del artículo 675 del Código Civil, estan-

do situadas dentro de los límites territoriales carecen de dueño. O cómo los define el artículo 44 del actual Código Fiscal, coincidiendo con el Código Civil: "Son baldíos y en tal concepto pertenecen al Estado, los terrenos situados dentro de los límites del territorio nacional que carecen de otro dueño."

Los vacantes obedecen a otro concepto; son tierras —se repite— que están en un patrimonio particular cierto, pero cuyo titular las tiene en abandono. El dueño aunque ausente, conserva la propiedad mientras no se rematen o adjudiquen. Y cuando el Código Civil o las leyes anteriores a él declaran que los vacantes y mostrencos son de la Nación o son de los Municipios, no es que esté haciendo una adjudicación concreta e inmediata, sino que da una norma general para que llenándose en cada caso el procedimiento previo señalado en la misma Ley, se aplique aquella norma, mediante la respectiva adjudicación o el remate.

No de otro modo se concibe el que la Ley al propio tiempo que dicta la norma de que los vacantes y mostrencos son de la Nación —artículo 707 del Código Civil—, o son de los Municipios —artículo 82 de la Ley 153 de 1887—, le conserva el derecho de propiedad al dueño ausente hasta el momento del remate o de la adjudicación, único momento en que la cosa se pierde definitivamente para su dueño, y ordena seguir un juicio especial para formular concretamente la declaración de vacantes y verificar luego la adjudicación o el remate. Así por ejemplo, el Código Judicial anterior al actual, que rigió hasta el año de 1932, decía que si en la "sentencia se declaran mostrencos los bienes, después de ejecutoriada aquélla, se pasará copia a la Corporación Municipal de la localidad a cuyo favor se hayan declarado pertenecer dichos bienes". Y el artículo 843 del Código actual prescribe que el Juez en la sentencia "*adjudica los bienes al Municipio respectivo*", y que en tratándose de vacantes, "la sentencia se registra en el lugar de su ubicación para que sirva de título de propiedad."

Lo que confirma la idea de que la ley no es en sí misma título de propiedad de la Nación en las épocas en que los vacantes declaráronse propiedad nacional, o de los Municipios, cuando la declaración es en favor de éstos, sino la regla abstracta de derecho que ha servir a la nación o al municipio de medio para buscar y concretar en cada caso el título, en su favor; o a favor de particulares, en el caso de que la ley procedimental disponga que se rematen —como sucedía en el Estado de Bolívar— con el objeto de que la Nación, o el Municipio, recojan el producto de la enajenación.

CAPITULO III

Conclusión.

De acuerdo con el artículo 7º de la Ley 160 de 1936 el que pretenda comprobar propiedad privada sobre el subsuelo petrolífero, deberá presentar el título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o á falta de éste, los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia.

Todo el razonamiento contenido en los capítulos anteriores, conduce a establecer que las tierras del aviso fueron del resguardo de indígenas de Tubará, desde tiempo inmemorial, por lo cual desde que existió dicho resguardo se incorporaron en el patrimonio de la respectiva comunidad y salieron del patrimonio del Estado. Y que no obstante que el resguardo desapareció, como fue declarado vacante en sentencia judicial que vincula al Estado, las tierras respectivas no perdieron con ello su carácter de propiedad particular, y quien las remató en 1886 es sucesor inmediato y directo, sin solución de continuidad, de la parcialidad de indios que las habitaban y explotaban.

Por otra parte las tierras se declararon vacantes y luego se remataron por linderos, los mismos del aviso, y no por cabida. La cabida de "una legua castellana de radio, medida como se ordena en las respectivas leyes españolas que se midieran los resguardos de indígenas, es decir, partiendo de la puerta mayor de la iglesia de este distrito" figura por primera vez en la venta que el rematador del resguardo, don Manuel M. Palacio, le hizo al Municipio de Tubará en diciembre de 1886. En el remate no figura tal cabida. Se ignora a qué leyes españolas pudo referirse don Manuel M. Palacio, pues en ninguna de las que regulaban la propiedad de los indios sobre sus tierras se determinaba tal limitación, y antes bien, de las que se citaron en el curso de este estudio se concluye que el Monarca español no estableció que una cabida precisa deberían tener todas las comunidades de indios, lo cual por otra parte era imposible, comoquiera que la extensión de dichas comunidades dependía de la población y de las necesidades de manutención de ella. Por eso decía la Ley XIV de la *Recopilación de Indias*, citada ya, que a los indios se les repartiera "lo que buena mente hubieren menester para labrar y hacer sus sementeras y crianzas, confirmándoles en lo que ahora tienen, y dándoles de nuevo lo necesario..."

Tampoco las leyes de la república sobre tierras de resguardos, han limitado, o siquiera han partido de alguna base de limitación que rigiera

en la época colonial, la extensión de los dichos resguardos.

Siendo lo anterior así, es claro que el resguardo de Tubará debe reconocerse que existió por los linderos que figuran en el remate, y que ingresó al patrimonio del rematador por los mismos linderos. De esta suerte para la Nación carece de interés la declaración que hiciera posteriormente el rematador sobre la cabida del resguardo.

CAPITULO IV

Sentencia.

Por los motivos expuestos, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia,

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que es fundada la pretensión de la llamada "*Comunidad de Condueños del Antiguo Resguardo de Indígenas, de Tubará*", representada por el administrador señor Valmiro L. Donado, y de la Compañía de Petróleos del Carare, de que le pertenece en propiedad a la primera el petróleo que pueda encontrarse en el globo de tierra descrito en el aviso presentado al Ministerio.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Anibal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

EJECUCIONES ADMINISTRATIVAS

Los artículos 120, 121 y 122 de la Ley 167 de 1941 (Código Administrativo), reglamentan lo que se entiende por ejecución administrativa, distinta de la ejecución judicial, que es subsidiaria de aquella. En efecto, cuando un fallo de carácter administrativo dispone que una entidad de derecho público, distinta de la Nación, debe pagar una suma líquida de dinero, las autoridades correspondientes han de tomar las medidas del caso para que la ejecución se haga administrativamente. Si esto ocurre, la entidad a cuyo cargo está la obligación cumple así con la norma legal que eso dispone. Pero si dentro del término que la misma Ley indica (de treinta días, según el artículo 121) no se toman las medidas conducentes al cumplimiento voluntario del fallo administrativo, habrá lugar a la ejecución procesal tendiente a obrar en el ánimo de la entidad que debe pagar la suma líquida de dinero para que cumpla la obligación consignada en la sentencia respectiva. La reglamentación dada a la manera de ejecutar administrativamente las obligaciones deducidas a cargo del Departamento y los Municipios tiene por objeto fijar una norma que sea aplicada por los funcionarios públicos, pero no conduce a desconocer las disposiciones encañadas a la ejecución procesal común.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diez y seis de febrero de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Anibal Cardoso Gaitán).

Por medio de apoderado Edmundo Prieto V. demandó ejecutivamente al Departamento de Boyacá para que se librara mandamiento de pago contra el mencionado Departamento y a favor del demandante por la suma líquida de dos mil doscientos noventa y cinco pesos (\$ 2.295.00).

Como título ejecutivo acompañó al libelo, debidamente autenticada, la sentencia del Consejo de Estado de fecha nueve de julio de 1941, que en su parte resolutive dice así:

"1º Declárase nulo el decreto número seiscientos siete (607), de treinta de diciembre de mil novecientos treinta y nueve en cuanto privó al señor Edmundo Prieto del cargo de Inspector Escolar y en cuanto nombró en su reemplazo al señor Carlos Valderrama.

"2º El señor Gobernador del Departamento de Boyacá está obligado a restituir a su primitivo puesto al señor Prieto V.

"3º El Departamento de Boyacá está obligado a reconocer los sueldos dejados de percibir por el señor Prieto desde la fecha del decreto anulado hasta cuando se restituya al demandante en el cargo que le corresponde."

También se acompañó a la demanda copia auténtica del auto de fecha veinte de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, dictado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Tunja, providencia por la cual se determinó el monto de los sueldos dejados de percibir por el señor Prieto en la suma de \$ 2.295.00 y a cuyo pago fue condenado el Departamento de Boyacá por la sentencia que en parte se deja transcrita.

La sentencia del Contencioso fue notificada a los interesados y contra ella no se interpuso recurso alguno, por lo cual el mismo Tribunal la declaró ejecutoriada.

El Tribunal de primera instancia negó el mandamiento de pago en providencia de 7 de julio pasado. Apelada ésta, llegó a la Corte, y se procede a decidir el recurso por ser el momento oportuno para hacerlo.

Se considera:

El auto recurrido se fundamenta en el artículo 122 de la Ley 167 de 1941 (Código Administrativo) que dice así:

“Artículo 122. Cuando la Administración hubiere sido condenada al pago de una cantidad líquida de dinero, deberá acordarlo y verificarlo en la forma que determinen las disposiciones legales referentes al pago de las obligaciones y deudas del Estado, los Departamentos, Municipios y otras personas administrativas.”

Encuentra el Tribunal que por tratarse en el presente caso de una sentencia de carácter administrativo que condenó al Departamento de Boyacá al pago de una cantidad líquida de dinero corresponde el cumplimiento de dicho fallo a la Administración departamental, que debe acordar y verificar el pago en la forma en que lo determinen las leyes, y que ninguna intervención tiene en ello la justicia ordinaria. Concluye advirtiendo que el nuevo Código Administrativo dio a los Departamentos y a los Municipios las mismas prerrogativas que el artículo 554 del Código Judicial otorga al Estado en cuanto se relaciona con la ejecución y cumplimiento de sentencias en que se condena a estas entidades al pago de una cantidad líquida de dinero.

El señor Procurador Delegado en lo Civil conceptúa que el artículo transcrito, en sus relaciones con el 120 y 121 de la misma Ley, constituye la reglamentación de lo que se entiende por ejecución administrativa, distinta de la ejecución judicial que es subsidiaria de aquélla.

La Sala se halla de acuerdo con el pensamiento del señor Procurador.

Cuando un fallo de carácter administrativo dispone que una entidad de derecho público, distinta de la Nación, debe pagar una suma líquida de dinero, las autoridades correspondientes han de tomar las medidas del caso para que

la ejecución se haga administrativamente. Si esto ocurre, la entidad a cuyo cargo está la obligación, cumple así con la norma legal que eso dispone. Pero si dentro del término que la misma Ley indica (de treinta días según el artículo 121 *ibidem*) no se toman las medidas conducentes al cumplimiento voluntario del fallo administrativo, habrá lugar a la ejecución procesal tendiente a obrar en el ánimo de la entidad que debe pagar la suma líquida de dinero para que cumpla la obligación consignada en la sentencia respectiva.

La reglamentación dada a la manera de ejecutar administrativamente las obligaciones decididas a cargo del Departamento y los Municipios tiene por objeto fijar una norma que sea aplicada por los funcionarios públicos pero no conduce a desconocer las disposiciones encaminadas a la ejecución procesal común.

En el caso presente se observa que el citado auto de 20 de mayo de 1942, proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que determinó claramente el monto de la obligación en contra del Departamento, quedó ejecutoriado el 27 de junio del mismo mes, y la demanda ejecutiva se presentó el 30 de junio de dicho año.

Como ya se advirtió, según el artículo 121 de la Ley 167 de 1941, las autoridades, corporaciones o funcionarios de todo orden a los cuales corresponda la ejecución de una sentencia de los organismos de lo contencioso-administrativo tienen un plazo de treinta días contados desde la ejecutoria de ella para dictar las providencias en las que se adopten las medidas necesarias para el debido cumplimiento de lo resuelto. Antes de vencido el término que se menciona, la ejecución forzosa es prematura por cuanto no se sabe si la administrativa será o no eficaz. Ya se advirtió que la fecha de la ejecutoria de la sentencia que determinó con claridad la cuantía de la suma que el Departamento debe pagar es la del 27 de mayo de 1942, y la fecha en que se propuso la demanda ejecutiva la de 20 de junio del mismo año. No había pues transcurrido el plazo exigido por la ley para que pudiera adelantarse la acción ejecutiva ante el Órgano Judicial, cuando ella se propuso.

Debe por tanto confirmarse lo resuelto por el Tribunal de primera instancia, por las razones expresadas en esta decisión.

En consecuencia la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, CONFIRMA el auto proferido por el Tribunal Superior de Tunja el 7 de julio pasado en el presente juicio.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez.
Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido,
Secretario en propiedad.

EXCEPCIONES. - VENTA DE ARMAS

1.—El artículo 15 del Decreto número 954 de 1932 faculta a los Alcaldes Municipales de los lugares donde se vendan armas de defensa personal, sin que el comprador presente el permiso de compra de que debe estar provisto de conformidad con las disposiciones del mismo Decreto y del 1206 de 1927, para imponer al vendedor multas de \$ 100 a \$ 500 por la infracción.

2.—El Decreto 954 de 1932 es complementario del 1206 de 1927 y ninguna oposición existe entre ellos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, febrero diez y ocho de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

En el juicio ejecutivo que la Nación sigue contra la firma comercial "Macía & Cia.", dueña del Almacén América, de esta ciudad, por la suma de tres mil pesos (\$ 3.000.00) moneda corriente, valor de multas provenientes de documentos de fianza, la sociedad ejecutada propuso un pliego de excepciones, incidente del cual conoce la Corte, y debe por ella ser desatado, conforme lo hará en seguida.

Se proponen las excepciones de *inexistencia de la obligación, carencia de causa, cobro de lo no debido, cosa juzgada, pago efectivo de lo que se cobra, ilegalidad de las resoluciones que sirven de título ejecutivo, cobro excesivo e incompetencia de jurisdicción del Juez executor para conocer del cobro.*

Salvo la primera y la última excepción, las demás se fundan en el mismo hecho. El exceptante denomina de distinta manera las consecuencias que de dicho hecho pretende deducir. La Corte se ocupará menos del nombre y de los calificativos expresados, que del hecho global, el cual es lo trascendente en orden a edificar la defensa del ejecutado. Por lo cual, siendo en realidad tres los hechos concretos que se invocan, pásase a estudiarlos, no sin antes dar la síntesis del más extenso, que es el fundamental, porque representa la impugnación a fondo de la acción de cobro.

PRIMER HECHO

Las alegaciones pertinentes a este hecho que el abogado del ejecutado hace a todo lo largo del memorial de excepciones y de las cuales podría deducirse la ineficacia del título ejecutivo, son sintéticamente las siguientes:

El Ministerio de Guerra considera en las resoluciones que sirven de título ejecutivo que los deudores infringieron el artículo 11 del Decreto 954 de 1932 sobre comercio de armas, y en consecuencia les impone como sanción unas multas por valor de \$ 3.000. El mismo Decreto citado establece como pena por la infracción del artículo aludido, la de multa que no puede ser inferior a \$ 100 ni superior a \$ 500, que impone el Alcalde del respectivo Municipio. Luego es la Alcaldía de Bogotá, en el presente caso, la competente para sancionar las infracciones cometidas, y en manera alguna el Ministerio de Guerra.

El Ministerio se apoya también en el artículo 79, letra a) del Decreto 1206 de 1927, sobre armas, que establece una solidaridad entre el comerciante de armas y su fiador. Empero, ni ese artículo, ni ninguno otro autoriza al Ministerio de Guerra para imponer multas. Por el contrario el artículo 23 del citado Decreto da tales atribuciones al Alcalde del Municipio de la residencia del vendedor de armas que comete las violaciones de sus artículos.

Fuera de esto lo que el Ministerio cobra son unas fianzas pactadas por medio de contratos; se trata por consiguiente de una obligación civil y contractual, cuyo cobro no corresponde a las autoridades administrativas, sino al Poder Judicial.

Además los multados no cometieron los hechos que la Resolución les atribuye. Fue el señor Manuel Giraldo quien dio lugar a ellos.

De otro lado, la Alcaldía de Bogotá había conocido de las pretendidas violaciones de que trata la Resolución ejecutiva y las había sancionado. En efecto, cuando el Ministerio dictó las Resoluciones que sirven de título ejecutivo, la Alcaldía de Bogotá ya había dictado la suya de 12 de diciembre de 1938, número 402, por medio de la cual impuso una multa de \$ 500 con base en la misma acta de visita de 28 de noviembre de 1938, y en el mismo artículo 11 del Decreto 954

de 1932, que luego le sirvieron también de fundamento a las Resoluciones del Ministerio de Guerra. De allí que por una supuesta infracción se imponen dos sanciones. La multa que impuso la Alcaldía fue pagada en su totalidad desde antes de iniciarse la presente ejecución.

Se considera:

Los razonamientos anteriores tienden a negar la facultad al Ministerio de Guerra para proferir las Resoluciones ejecutivas que son base de la ejecución. Y como ese punto ya quedó aclarado en el auto que dictó la Corte con motivo del recurso de apelación que interpuso el ejecutado contra el auto ejecutivo, lo procedente ahora es reproducir lo que entonces dijo la Sala, a propósito del mismo tópico. Con tales argumentos, que están en pie, se acredita ampliamente la existencia de la obligación ejecutada.

"I. Los documentos de fianza de fechas 20 de abril y 4 de octubre de 1939, que obran a folios 19 y 21 del cuaderno principal, aparecen suscritos por el General Secretario del Ministerio de Guerra y los señores Jesús Macía y Benicio Ramírez, amén de los testigos de rigor. Macía actuó como representante legal de la sociedad comercial "Macía & Cia.", y Ramírez como fiador de la misma. Al tenor de lo pactado en tales contratos, a la referida sociedad se le concedió permiso por el Ministerio para introducir al país las cantidades de cartuchos para armas de fuego que en los respectivos documentos se especifican, comprometiéndose la sociedad importadora a cumplir todas las disposiciones reglamentarias reguladoras de la importación y comercio de aquella clase de elementos. Expresamente se estipuló que en caso de contravención por parte de "Macía & Cia." a alguna o algunas de las disposiciones reglamentarias citadas, el fiador quedaba obligado a pagar las sumas de dinero que los mismos documentos señalan, previa la correspondiente declaración administrativa del Ministerio de Guerra sobre el hecho de la contravención.

"Los aludidos contratos fueron celebrados de conformidad con lo que sobre el particular disponen los artículos 7º, ordinal a) y 8º del Decreto ejecutivo número 1206 de 1927, reglamentario del comercio de armas, explosivos y otros artículos similares. La primera de dichas disposiciones establece los requisitos que deben llenarse para introducir al país los llamados elementos de defensa personal, entre los cuales el Decreto incluye los cartuchos para armas de fuego, exigiendo como indispensable un permiso por escrito del Ministerio de Guerra, en el cual se haga constar:

“a) Que el interesado ha constituido una fianza solidaria a satisfacción del Ministerio citado, o del respectivo Gobernador, Intendente Nacio-

nal o Comisario Especial, según el caso, con la cual debe asegurar que los elementos que va a importar no le serán vendidos sino a personas provistas de un certificado expedido por la primera autoridad política del lugar, en que conste que el comprador es comerciante del artículo, e individuo pacífico y de buena conducta, o que tiene fábrica o empresa lícita establecida en que necesita alguno o algunos de esos elementos; y que los elementos referentes a altos explosivos son exclusivamente para fines industriales. A ese efecto, basta que el gerente o administrador o jefe de la empresa o fábrica adonde van destinados los elementos certifique que son para ese fin. Esta fianza no podrá ser menor, en ningún caso, de mil pesos en moneda legal, y en el documento de fianza se adherirán las estampillas de timbre nacional y de sanidad, según lo prescrito por el ordinal 5º del artículo 13 de la Ley 20 de 1923 y el artículo 13 de la Ley 53 de 1921. A la fianza se acompañará el testimonio de solvencia del fiador, de acuerdo con el artículo 2376 del Código Civil; y

“b) La cantidad y clase de los elementos que se van a introducir, el nombre de la persona que debe hacer el despacho, el del destinatario o consignatario, la Aduana por donde va a hacerse la importación, el lugar del destino y el del expendio.”

El artículo 8º adscribe a la Secretaría del Ministerio de Guerra la atribución de aceptar las fianzas de que trata el ordinal a) del artículo 7º.

Entre las disposiciones reglamentarias sobre comercio de cartuchos para armas de fuego vigentes para la época en que se firmaron los documentos de fianza y que los demandados declararon conocer en todas y cada una de sus partes, figura la del artículo 11 del Decreto número 954 de 1932, “por el cual se adiciona el 1206 de 1927, sobre restricción y reglamentación del uso de armas, y se dictan algunas medidas sobre orden público”. El citado artículo dice así:

“Artículo 11. Las ventas al por mayor de armas de defensa personal y de cartuchos para las mismas, necesitan permiso del Ministerio de Guerra, permiso que deberá presentarse al Alcalde del Municipio en donde hayan de venderse, a fin de que este empleado pueda tomar nota de él y controlar los expendios de tales elementos. Las armas y cartuchos que se hallaren en poder de cualquier persona o establecimiento, sin el requisito expresado, serán secuestradas, hasta tanto que se cumpla la formalidad exigida.”

Por lo que hace al hecho de la violación de las disposiciones reglamentarias en referencia, que el Ministerio de Guerra imputa a la sociedad "Macía & Cia.", en los dos primeros consi-

derandos de la Resolución ejecutiva número 1104 se dice lo siguiente:

"1º Que de las actas de visitas practicadas por las autoridades de policía el 28 de noviembre de 1938 y el 5 de julio de 1939 en el Almacén América de esta ciudad, a los señores Macía & Cia. aparece que dicha sociedad *vendió cartuchos para armas de fuego* de defensa personal en dos ocasiones y con violación del artículo 11 del Decreto número 954 de 1932, *al por mayor y sin permiso* del Ministerio de Guerra (subraya la Sala);

"2º Que, por medio de documentos de fechas 20 de abril y 4 de octubre de 1938, el señor Benicio Ramirez se constituyó fiador solidario de la sociedad Macía & Cia., para el cumplimiento, por parte de ésta, de todas las disposiciones que reglamentan la importación y comercio de municiones y se obligó a pagar al Tesoro Nacional por vía de multa y en los casos de infracción, las cantidades de mil (\$ 1.000.00) y dos mil pesos (\$ 2.000.00) respectivamente; (folio 11 del cuaderno principal).

"Posteriormente en la Resolución número 1628 de 1939, en virtud de la cual se negó la reposición de la número 1104, impetrada por los señores Macía y Ramirez, se formuló el siguiente considerando:

"c) Que si bien es verdad que el artículo 12 del Decreto 954 de 1932 y otras disposiciones señalan sanciones para el comercio irregular de armas y municiones, a ellas se refiere la Resolución 1104 de 1939 cuando dice en su artículo 1º: 'Sin perjuicio de las demás acciones a que pueda haber lugar', no habiendo impuesto la citada Resolución 1104 sanciones distintas de las que los memorialistas se comprometieron a aceptar en los documentos de fianza de 20 de abril y 4 de octubre de 1938, los cuales están basados en el ordinal a) del artículo 7º del Decreto número 1206 de 1927 vigente en las citadas fechas." (Folio 3 id.).

"De todo lo hasta aquí relacionado surge fácilmente la conclusión de que la sociedad Macía & Cia. al infringir las disposiciones reglamentarias del comercio de armas y municiones, fehacientemente comprobada por el Ministerio de Guerra en colaboración con las autoridades de policía, se vio imposibilitada para presentar la documentación que el Decreto número 1206 de 1927 exige a efecto de que sea cancelada la fianza impuesta a quienes se dedican al comercio de aquella clase de elementos. En tales circunstancias era de estricta aplicación el siguiente artículo del citado Decreto:

'Artículo 16. A los introductores de elementos de que trata el presente Decreto, que no presenten la documentación debida para que se les cancele la fianza de que habla el punto a) del

artículo 7º, se les *declarará incurso en las penas correspondientes* (subraya la Sala), se ordenará sacar copia de lo conducente y se pasará al respectivo Juez de Ejecuciones Fiscales para que las haga efectivas, a menos que presten nueva caución por el saldo de artículos no vendidos, caución que durará por otro año únicamente.'

"Al tenor de la disposición que se acaba de transcribir, el Ministerio de Guerra, una vez constatado de modo fehaciente el hecho de la contravención por parte de Macía & Cia. a las disposiciones reglamentarias del comercio de armas y municiones, estaba plenamente autorizado para sancionar esa violación mediante la correspondiente resolución y ordenar el envío del expediente al Juez de Ejecuciones Fiscales, a efecto de que este funcionario procediera a cobrar a la sociedad demandada y a su fiador las respectivas sumas de dinero estipuladas como sanción para ese evento."

En calidad de nuevo argumento sólo queda lo relativo a la multa que les fue impuesta a los señores Jesús Macía y Manuel Giraldo por valor de \$ 500 a cada uno, por parte de la Alcaldía de Bogotá, para sancionar la venta que el primero le hizo al segundo de sesenta millares de cartuchos para revólver, sin licencia, multa que los expresados señores pagaron, según se lo ordenaba la Resolución del Alcalde de fecha 12 de diciembre de 1938, y lo comprueban con los recibos de la Tesorería Municipal.

La Alcaldía se apoyó para imponer tal multa en actas de visita practicadas por las autoridades de policía al Almacén América, el día 28 de noviembre de 1938, en que también se apoyó posteriormente el Ministerio de Guerra, y en otra visita practicada el primero de diciembre siguiente a la "Cacharrería Noel".

El artículo 15 del Decreto 954 de 1932 faculta a los Alcaldes Municipales de los lugares donde se vendan armas de defensa personal, sin que el comprador presente el permiso de compra de que debe estar provisto de conformidad con las disposiciones del mismo Decreto y del número 1206 de 1927, para imponer al vendedor multas de \$ 100 a \$ 500 por la infracción.

De esta disposición usó el Alcalde de Bogotá para sancionar al señor Jesús Macía, de la firma Macía & Cia., propietaria del Almacén América, por haberle vendido a Giraldo, quien no tenía el permiso para hacer la compra, los sesenta millares de cartuchos para revólver de que habla la Resolución.

Aun cuando el Ministerio de Guerra también tuvo en cuenta para sancionar a los dueños del Almacén América, la venta ilegal de los cartuchos a Manuel Giraldo, sancionada por el Alcalde, es lo cierto que la Resolución ejecutiva tiene un motivo más trascendental, cual es la viola-

ción de los compromisos que adquirieron aquellos señores, en los documentos que le firmaron al Ministerio de Guerra, para introducir al país los elementos de defensa personal de que hablan los dos documentos.

De consiguiente, al paso que el Ejecutivo Nacional sanciona a los dueños del Almacén América como importadores de armas de defensa personal, por violar las obligaciones que contrajeron en dicha calidad de importadores, la sanción impuesta por el Alcalde se refiere al caso especial de una venta que se hizo de armas a persona que dejó de presentar el respectivo permiso de compra expedido por la autoridad competente.

El Decreto 954 de 1932 es complementario del 1206 de 1927. Ninguna oposición existe entre ellos. El primero, que es el que establece para los introductores de armas la formalidad de firmar el documento de que trata el ordinal a) del artículo 7º, afianzando el fiel cumplimiento de las obligaciones legales de importadores de tales elementos, cuyo incumplimiento hace incurrir en el valor de la fianza, que nunca puede ser menor de mil pesos, contiene también el artículo 23, precepto repetido luego en el Decreto de 1932, por el cual se dispone que el comerciante que venda armas de las llamadas de defensa personal, sin que el comprador presente el permiso de compra de que debe estar provisto, incurrirá en una multa de cien a quinientos pesos.

Es decir, que los mismos Decretos citados establecen bien claro dos acciones diferentes: la del introductor que se haga responsable ante el Ministerio de Guerra de quebrantar el compromiso solemne y escrito que firmó para que se le otorgue por el Gobierno el permiso de introducir al país los elementos de defensa personal, sanción imponible por el Ejecutivo Nacional; y la del vendedor que vende elementos de defensa personal, a un comprador desprovisto de licencia especial de compra.

De consiguiente el introductor puede incurrir en las dos sanciones. Como es el caso del Almacén América.

SEGUNDO HECHO

Alégase como excepción la circunstancia de no haberse notificado las dos Resoluciones ejecutivas, que hicieron efectivas las multas estipuladas en los documentos; a los dos interesados, que son la sociedad "Macía & Cia." y el señor Benicio Ramírez, sino a uno de ellos solamente, siendo que se imponían las multas a ambos.

La primera Resolución ejecutiva número 1104 se notificó personalmente a los señores Jesús

Macía y Benicio Ramírez. En dicha Resolución se declaró incurso en las multas estipuladas en los documentos a "Macía & Cia." y Benicio Ramírez. Ambos pidieron reposición de lo resuelto, recurso que les fue negado en la nueva providencia número 1628 de 1939. Pero esta nueva Resolución sólo se notificó a Jesús Macía. Dejó de notificarse a Benicio Ramírez. Por tal causa, el mandamiento de pago no prosperó contra este último.

El hecho apuntado, cuando más significa que la segunda Resolución no está ejecutoriada contra el señor Ramírez. Pero de ahí no se deduce que el título ejecutivo carezca de validez en lo referente a la sociedad "Macía & Cia.", porque respecto de ella las Resoluciones están debidamente ejecutoriadas.

Como la deuda es solidaria, el Estado puede perseguir indistintamente a cualquiera de los dos deudores. De ahí que no sea necesario que la ejecución se adelante conjuntamente contra ambos. Y como el título ejecutivo está debidamente preparado contra uno de los deudores, la ejecución es por ende válida contra él.

TERCER HECHO

Para rechazar la excepción propuesta bajo este hecho, basta con enunciarla: "Fundo esta excepción en el hecho de que las Resoluciones del Ministerio de Guerra ordenan pasar copia de ellas al Juez de Ejecuciones Fiscales, sin especificar a cuál, puesto que existe el Nacional y el Departamental." De aquí se deduce la incompetencia de jurisdicción del Juez ejecutor.

Para contestar esta objeción basta considerar que debiendo ingresar las multas impuestas al Tesoro Nacional, se subentiende que el cobro lo adelante el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales, pues la ley es la que le confiere la respectiva atribución. No la orden del Gobierno.

SENTENCIA

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas las excepciones propuestas por el ejecutado.

Publiquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

Anibal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez.
Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Acción de división o separación de unos patrimonios

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veinte de febrero de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Anibal Cardoso Gaitán).

Ha venido a la Corte Suprema de Justicia el expediente formado en el juicio sobre división de bienes comunes seguido por la Nación contra David A. Forero y otros, y en el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja profirió fallo en el que decide que no es el caso de decretar la división o separación del patrimonio particular de los demandados en su calidad de causahabientes de José Vicente de las Casas Novas del patrimonio del Estado, por no haber acreditado el representante de la Nación la calidad de comunera de ésta. Por apelación que interpuso el señor Fiscal del Tribunal se ha surtido esta segunda instancia, habiendo llegado el negocio al estado de decidirlo.

ANTECEDENTES

El Ministerio de Industrias, Departamento de Baldíos, Bosques Nacionales y Aguas de Uso Público, dictó el 24 de abril de 1930 una resolución que en su parte motiva dice, entre otras cosas, lo siguiente:

“La señorita Isabel Forero y el doctor David A. Forero han presentado oportunamente para su revisión, de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 84 de 1927, los títulos de propiedad de unos terrenos situados antes en jurisdicción de la ciudad de Muzo y hoy en los Municipios de Pauna y Briceño, del Departamento de Boyacá.

“De los documentos presentados aparece lo siguiente:

“En la ciudad de Santa Fe, el tres de octubre de mil setecientos ochenta, por ante el Oidor General Privativo de Tierras, se celebró, previas todas las formalidades legales del caso, el remate de nueve estancias y un cuarto de tierra de pan y ganado mayor, que como realengas denunció, por medio de apoderado, don José Vicente de las Casas Novas, ante el Virrey, Gobernador y Capitán General del Nuevo Reino de Granada.

“Dos lotes contiguos contienen dichas nueve estancias y un cuarto de tierra de pan y ganado

mayor, y en la época del remate estaban ubicados en jurisdicción de Muzo y comprendidos dentro de los siguientes linderos:

“Primer lote. ‘Desde la quebrada de los Puripies o de las Sardinas, camino que va de Pauna aguas arriba a dar a una peña o cerro que nombran Moray; de este cerro por una cuchillita que va circulando hasta el monte de Panache; y de ahí, monte arriba, para la tierra fría, por el camino de Pauna, hasta la boca del Monte de Pauna; y volviendo por la serranía, lindando con tierras de los Gualteros, hasta llegar a la boca del Monte de San Pedro; y cogiendo monte abajo, todo el camino real que va para el sitio de Puripi, hasta el paso de la quebrada de Sabahamá o Quebradagrande; y por ésta, aguas abajo hasta el paso del camino de Puripi a Pauna, y de allí, todo el camino real que va de Puripi (o Briceño) a Pauna, hasta topar con quebrada de los Puripies o de las Sardinas, primer lindero, donde se encuentra el resguardo de Buquipi.’

“Segundo lote. ‘Desde el paso de la quebrada de El Guayabal, camino que pasa a Puripi, todo el camino real que va a la boca del Monte de San Pedro, cogiendo toda la serranía, aguas vertientes a tierra caliente, hasta llegar con dicha serranía a la boca del Monte de Tulunga, cogiendo de ahí para abajo, hasta topar con una sabana redonda que es el camino de Puripi; y cogiendo aguas abajo la quebrada de El Guayabal hasta llegar al paso de ella, frente al cerro de Los Yopos, primer lindero citado.’

“El remate se adjudicó al mencionado don José Vicente de las Casas Novas; lo aceptó su Procurador Pablo Sarmiento, y su valor se pagó según certificó el Contador Oficial de las Reales Cajas, quedando excluidas de dicho remate las cuatro estancias que reclamó el presbítero José Fandiño, las cuales están situadas al norte del lote número primero, y alinderadas así:

“Del paso de la quebrada de El Guayabal camino que pasa a Puripi, todo el camino real que va desde la boca del Monte de San Pedro hasta el paso de la Quebradagrande, y cogiendo aguas abajo, hasta el paso de la quebrada Sabahamá, y de ahí, por el camino de los Puripies, hasta el paso de la quebrada de El Guayabal, frente al cerro de los Yopos, primer lindero.”

En su parte resolutive la mencionada Resolución expresó:

"Por lo expuesto el Ministerio de Industrias declara:

"Que la señorita Isabel Forero Ortiz y el doctor David A. Forero Ortiz han dado cumplimiento al inciso 2º del artículo 2º de la Ley 84 de 1927, por cuanto presentaron para su revisión, en oportunidad los títulos de propiedad correspondientes a un terreno situado en los Municipios de Pauna y Briceño, del Departamento de Boyacá, con una extensión superficiaria de siete estancias de pan y ganado mayor, o sean mil quinientas sesenta y cinco (1.565) hectáreas con seis mil doscientos ochenta y siete metros cuadrados (6.287 m²), y alinderado como se dijo en la parte motiva de esta providencia en relación al lote número primero. Devuélvanse a los interesados los títulos exhibidos, con la constancia de haber sido revisados por este Ministerio y archívese lo actuado."

El 28 de diciembre de 1934 el Gobierno Nacional confirió una autorización al Fiscal del Tribunal de Tunja por medio de la disposición que en seguida se inserta:

"RESOLUCION EJECUTIVA NUMERO 94 DE 1934
(diciembre 28)

por la cual se confiere una autorización al señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

"El Presidente de la República,

en uso de sus atribuciones legales, y

"considerando:

"Que mediante el cumplimiento de los requisitos exigidos, por el Decreto número 582 de 1916, reglamentario del artículo 58 del Código Fiscal, el señor Julio A. Ortiz denunció ante el señor Fiscal del Distrito Judicial, un exceso de tierras baldías en el remate de nueve estancias y un cuarto de tierra de pan y ganado mayor, ubicados hoy día en los Municipios de Pauna y Briceño del Departamento de Boyacá, hizo el señor José Vicente de las Casas Novas ante el Oidor General Privativo de Tierras, el 3 de octubre de 1780;

"Que, fundado en ese denuncia, el señor Ortiz solicitó del Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Industrias, que se autorizara al señor Fiscal antes citado, para que en nombre de la Nación, y conforme a las disposiciones del Decreto 582 de 1916, promueva la acción o acciones conducentes a obtenerse se declare si hay o no el exceso denunciado;

"Que tal autorización es necesaria, de conformidad con lo establecido por el artículo 171 de

la Ley 105 de 1931, 'sobre organización judicial y procedimiento judicial civil';

"Que, de otra parte, y según estudios que reposan en el Ministerio de Industrias y Trabajo, si la acción de denuncios de excesos a que se refiere el artículo 56 del Código Fiscal, por cualquier causa no prosperare ante el Poder Judicial, la Nación puede intentar las acciones conducentes a obtener que se reconozca el dominio que ella tiene sobre la mayor extensión de nueve estancias y un cuarto de tierra de pan y ganado mayor, que se halle comprendida dentro de los linderos que constan en la diligencia de remate de que se hizo mérito,

resuelve:

"Primero. Autorizar al señor Fiscal del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, para que, en nombre de la Nación, promueva la acción o acciones conducentes a establecer judicialmente lo siguiente:

"a) Que dentro de los linderos que constan en la diligencia de remate de que trata la parte motiva de esta providencia, existe una superficie mayor de nueve estancias y un cuarto de tierra de pan y ganado mayor;

"b) Que la mayor superficie a que se refiere el punto anterior pertenece a la Nación, y

"c) Que esa mayor superficie no constituye un exceso denunciante de tierras baldías, de que tratan el artículo 58 del Código Fiscal y el Decreto número 582 de 1916.

"Segundo. El señor Fiscal antes de presentar la demanda, la someterá a la revisión del Ministerio de Industrias y Trabajo, y durante la tramitación del juicio o juicios que promueva en virtud de esta autorización mantendrá informado al citado Ministerio sobre el particular.

"Tercero. Por el Ministerio nombrado se darán al señor Fiscal todos los datos que allí existan al respecto y las instrucciones que fueren oportunas para el mejor desempeño de su cometido.

"Comuníquese y publíquese.

"Dada en Bogotá a 28 de diciembre de 1934.

"(Firmado) ALFONSO LOPEZ

"El Ministro de Industrias y Trabajo,

"(Firmado) León CRUZ SANTOS"

El señor Fiscal del Distrito Judicial de Tunja elevó ante esa entidad, en ejercicio de la facultad dada a él por el Gobierno Nacional, la demanda que originó el presente pleito. Del libelo correspondiente destaca la Sala los hechos que a continuación se transcriben:

"1º Que en la ciudad de Santa Fe, el tres de octubre de 1780, por ante el Oidor General Privativo de Tierras, se celebró, previas todas las formalidades legales del caso, el remate, de nueve estancias y un cuarto de tierra de pan y ganado mayor, que como realengas denunció, por medio de apoderado, don José Vicente de las Casas Novas, ante el Virrey, Gobernador y Capitán General del Nuevo Reino de Granada.

"2º Que dichas nueve estancias y un cuarto de tierra de pan y ganado mayor están contenidas en dos lotes contiguos, y en la época del remate, estaban ubicados en jurisdicción de los Municipios de Pauna y Briceño y comprendidos dentro de los siguientes linderos:

"Primer lote. Desde la quebrada de los Puripies o de las Sardinias, camino que va de Pauna, aguas arriba a dar a una peña o cerro que llaman Moray; de este cerro, a una cuchillita que va circulando hasta el monte de Panache; y de ahí, monte arriba, para la tierra fría, por el camino de Pauna, hasta la boca del Monte de Pauna, y volviendo por la serranía, lindando con tierras de los Gualteros, hasta llegar a la boca del Monte de San Pedro; y cogiendo, monte abajo, todo el camino real que para el sitio de Puripí, hasta el paso de la quebrada de Sabahama o Quebradagrande; y por ésta, aguas abajo, hasta el paso del camino de Puripí a Pauna; y de allí todo el camino real que va de Puripí (o Briceño) a Pauna, hasta topar con quebrada de los Puripies o de las Sardinias, primer lindero, donde se encuentra el resguardo de Buquipi."

"Segundo lote. Desde el paso de la quebrada de El Guayabal, camino que pasa a Puripí, todo el camino real que va a la Boca del Monte de San Pedro; cogiendo toda la serranía, aguas vertientes a tierra caliente, hasta llegar con dicha serranía a la boca del Monte de Tulunga; cogiendo de ahí para abajo, hasta topar con una sabana redonda, que es el camino de Puripí; y cogiendo aguas abajo la quebrada de El Guayabal, hasta llegar al paso de ella, frente al cerro de los Yopos, primer lindero citado.

"3º Que el remate se adjudicó al mencionado don José Vicente de las Casas Novas; lo aceptó su Procurador, Pablo Sarmiento, y su valor se pagó según certificó el Contador Oficial de las Reales Cajas, quedando excluidas de dicho remate las cuatro estancias que reclamó el presbítero José Fandiño, las cuales están situadas al norte del lote número 1, y alinderadas así:

"Del paso de la quebrada de El Guayabal, camino que pasa a Puripí, todo el camino real que va a la boca del Monte de San Pedro, hasta el paso de la Quebradagrande, y cogiendo aguas abajo, hasta el paso de la quebrada Sabahama; y de ahí, por el camino de los Puripies, hasta el

paso de la quebrada de El Guayabal, frente al cerro de los Yopos, primer lindero.

"22. Pertenecen a la Nación por no haber salido del patrimonio del Estado en ninguna de las formas previstas en la Legislación Española, durante el régimen colonial, ni por las leyes administrativas de la República, los excesos de baldíos que han resultado de la mensura practicada en la diligencia de inspección ocular por el perito único que intervino en tal diligencia, doctor Arturo Corral Gómez, cuyo concepto pericial aprobado por el Tribunal he tenido el honor de exhibir en esta demanda;

"23. La aseveración que el Ministerio Público hace en nombre del Estado de ser baldíos los excesos equivalentes a 6.972 hectáreas con 3.761 metros cuadrados, entraña una negación indefinida, o sea la de no haber salido del patrimonio del Estado tales excesos de terrenos baldíos en ninguna de las formas previstas por la legislación nacional, y por consiguiente, según los principios sobre pruebas tal negación indefinida debe destruirse con la prueba concreta y definida de haber adquirido el dominio quien se pretenda dueño;

"24. La Nación tiene a su favor la presunción de dominio y aunque intervenga como actora, está dispensada del peso o carga de la prueba, según jurisprudencia de la Corte;

"25. La Nación no está obligada a permanecer en indivisión con los adjudicatarios ni con sus causahabientes, de la cabida rematada el 3 de octubre de 1780, y por consiguiente, cabe la mensura y deslinde en juicio divisorio de los excesos de baldíos que le quedan al Estado dentro de los linderos que enmarcan la cabida adjudicada en los lotes contiguos identificados en el remate verificado el 3 de octubre de 1780."

En la parte petitoria de la demanda manifestó su autor:

"Fundado en estos hechos y en las disposiciones legales pertinentes, en uso de la autorización que me ha concedido el Poder Ejecutivo, con todo respeto, demando ante usted la división o separación del patrimonio privado o particular del patrimonio del Estado, previa mensura, deslinde y entrega a los adjudicatarios o a sus causahabientes de las nueve estancias y un cuarto de tierra de pan y ganado mayor equivalentes a 2.068 hs. 1.238 m², adjudicadas en remate verificado el 3 de octubre de 1780 a José Vicente de las Casas Novas."

Señaló como "demandados o comuneros" a los causahabientes de José Vicente de las Casas Novas, señores David A. Forero e Isabel Forero Ortiz, y a los causahabientes de Miguel Bermúdez.

En el término probatorio de la primera instancia el Tribunal dispuso tener como pruebas

los documentos que forman un cuaderno separado, referente a una inspección ocular practicada por el propio Tribunal prejudicialmente, y en la cual se produjo el dictamen del doctor Arturo Corral Gómez, designado perito por ambas partes, sobre la existencia de un exceso de baldíos en la adjudicación por remate hecha en 1780 a José Vicente de las Casas Novas.

El Tribunal de la primera instancia negó, como se ha expresado ya, las peticiones de la demanda en un fallo en que analiza de modo especial el dictamen de que se ha hecho mérito. En él se hace un estudio de la cabida que debió tener la adjudicación a De las Casas Novas, y se concluye así:

“Para el caso en que el título se refiera a estancias de pan y ganado mayor de las antiguas, el terreno no tendría excedentes, ya que las 9 y $\frac{1}{4}$ estancias equivalen a 13.571 hs. con 5.666 m² metros cuadrados y el terreno no tiene sino 9.040, con 5.000 metros cuadrados. Para el caso de las estancias de pan y ganado mayor de las modernas, si habría un excedente de 7.344 hs. con 546 metros cuadrados y 2.500 centímetros cuadrados (9.040 hs. 5.000 m²—1.696 hs. 4.553 m², 7.500 cm²=7.344 hs. 5.546 m², 2.500 cm²).” Para el caso de que se trate de estancias de las que habla el Código de Policía del extinguido Estado Soberano de Santander, habría un excedente de 6.971 hs. con 6.339 m² metros cuadrados (9.040 hs. 5.000 m²—2.068 hs. 8.661 m²=6.971 hs. 6.339 m²). Y para el caso de la demanda instaurada por el señor Fiscal, habría un excedente de 6.972 hs. con 3.761 metros cuadrados (9.040 hs. 5.000 m²—2.068 hs. 1.239 m² = 6.972 hs. 3.761 m²).”

El Tribunal acoge la equivalencia contemplada en primer término por el perito, que da una cabida de 13.571 hs. con 5.666 metros cuadrados, porque dice: “como se trata de un hecho antiguo, o sea del tiempo de la Colonia, lo lógico y justo es adoptar los equivalentes de las medidas antiguas y en manera alguna los de las modernas”. Por lo cual el Tribunal deduce que no existe exceso de baldíos que pueda reclamarse por la Nación respecto a lo adjudicado a De las Casas Novas en el remate del año de 1780. Y que en habiendo exceso no está acreditado que la Nación tenga la calidad de comunera para que pueda demandar la división de bienes como lo ha hecho en el presente juicio.

EL CONCEPTO DEL PROCURADOR

El señor Procurador Delegado en lo Civil, después de referirse a la Resolución ejecutiva número 94 de 1934 y a las facultades que ella otorga al Fiscal, agrega:

“Era, por tanto, una acción declarativa de dominio lo que debía promover el Fiscal en nom-

bre del Estado en virtud de la Resolución antedicha, a efecto de que se reconociera el derecho de la Nación sobre el exceso de baldíos adjudicados, si del proceso resultaba que lo había. Pero el Fiscal se apartó del camino señalado y promovió una acción divisoria de bienes comunes, la cual presupone la calidad de comunero en la parte demandante, la que a su vez implica que dicha parte tenga un derecho de condominio no discutido, o que haya sido judicialmente declarado. De tal suerte que el Fiscal ejercitó una acción de naturaleza distinta de aquellas a que se refiere la autorización ejecutiva, y que además es improcedente para el caso de autos. Lo que debe conducir necesariamente a uno de dos resultados: la anulación del proceso, o la declaración de improcedencia de la acción ejercitada, según lo que vuestro ilustradísimo criterio os indique como más acertado.”

EL ALEGATO DE LOS DEMANDADOS

Refiriéndose el doctor David A. Forero y su señorita hermana a las consideraciones propuestas por el señor Procurador y al fallo de primera instancia, solicitan que este último sea revocado y se oponen a las pretensiones de la Procuraduría. “Si nos hemos prestado —dicen— a que se verifique la mensura de las tierras primitivamente adjudicadas para separarlas del exceso que resulte como patrimonio del Estado, no es justo declarar inconductente o negar la acción que hemos aceptado dentro de la jurisdicción voluntaria los únicos interesados en la separación de patrimonios, para enredar el asunto involucrando esta acción especial de jurisdicción voluntaria con una acción contenciosa sobre restitución y pertenencia del dominio de los excesos que reclama la Nación, sin que nos hayamos opuesto en ningún momento a la mensura y entrega de las nueve estancias y un cuarto ($\frac{1}{4}$) de tierra de pan y ganado mayor a que se refiere la adjudicación originaria, obtenida por remate de esa cabida en diligencia del tres de octubre de mil setecientos ochenta. Aunque es evidente que en el hecho los poseedores inscritos de las nueve estancias (9) y un cuarto ($\frac{1}{4}$) de tierra de pan y ganado mayor hemos estado en posesión material del exceso de baldíos que pertenece al Estado, dentro de una especie de cuasicontrato de comunidad, también es verdad que mientras no se declare la pertenencia de esos excesos a favor de la Nación por sentencia judicial, aquella comunidad no podría dividirse...” Y terminan pidiendo que se decrete la separación o entrega, previa mensura de las nueve estancias y un cuarto de tierra de pan y ganado mayor equivalentes a 2.068 hectáreas con 1.239 metros cuadrados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Aunque las facultades conferidas al Fiscal del Tribunal de Tunja por la Resolución ejecutiva número 94 de 1934, comprenden la de demandar, según el ordinal b) del punto primero, "que la mayor superficie a que se refiere el punto anterior pertenece a la Nación", en la demanda se pidió "la división o separación del patrimonio privado o particular del patrimonio del Estado, previa mensura, deslinde y entrega a los adjudicatarios o a sus causahabientes de las nueve estancias y un cuarto de tierra de pan y ganado mayor equivalentes a 2.068 hs. 1.239 m², adjudicadas en remate verificado el 3 de octubre de 1780 a José Vicente de las Casas Novas". Es decir, que la acción no ejerció la facultad del ordinal b) para pedir una declaración de pertenencia a favor de la Nación, de los excesos resultantes. Tampoco es el ejercicio de la previsión del ordinal a), el que simplemente contempla la declaración de que "dentro de los linderos que constan en la diligencia de remate de que trata la parte motiva de esta providencia, existe una superficie mayor de nueve estancias y un cuarto de tierra de pan y ganado mayor", ya que el libelo no solicita tal declaración sino la división o separación del patrimonio privado o particular del patrimonio del Estado. O sea que la demanda en este particular excede la facultad del ordinal a), que tan sólo autorizó la simple declaración de los excesos. El señor Fiscal pudo también pedir la declaración de los excesos (ordinal a) y la de pertenencia de tales excesos en favor de la Nación (ordinal b). Sin embargo, adelantó una acción de división de bienes comunes, dirigida a obtener, como allí se expresa, la división o separación del patrimonio privado o particular del patrimonio del Estado.

La Resolución ejecutiva no autorizó al Fiscal para demandar la división o separación de unos bienes considerados como de dominio privado de otros bienes pertenecientes al patrimonio del Estado, que es la acción que aquí se ejercita. Lo facultó para que en nombre de la Nación promueva la acción o acciones conducentes a establecer judicialmente la existencia de los excesos y que ellos pertenecen a la Nación.

Los demandados, con base en la Resolución del Ministerio de Industrias, expedida en 1930, relacionada al principio de esta providencia, pretenden que se les entregue delimitada la porción de terreno a que se refiere el remate de 1780. Para conseguirlo obrando al parecer en acuerdo con el señor Fiscal del Tribunal de Tunja, han cooperado a la acción que éste intentó contra ellos para que se hagan las declaraciones de que se ha hecho mérito sobre separación de patrimonios, el de los demandados,

causahabientes del rematador, y el de la Nación. dueña de los excesos.

El curso del juicio dio oportunidad para que terceras personas se hicieran presentes, como lo acreditan entre otros documentos los memoriales, con más de cuarenta firmas cada uno, que obran en folios 59 a 64 del cuaderno número 29 del Tribunal, manifestando que no existen los pretendidos excesos en favor de la Nación, por razones diversas que alegan, y porque ellos y sus antecesores poseen las tierras en un lapso mayor de cien años.

Esta última circunstancia, de que terceros reclamen la propiedad de parte de las tierras que se pretende dividir y entregar en parte como excesos a la Nación, de conformidad con la demanda, influye en la decisión que se adopte para resolverla.

No implica tal afirmación el concepto de que el Estado necesite obtener en casos como el que se estudia una declaración de dominio respecto a los excesos que se establezcan en una adjudicación de baldíos, pues es obvio que los excesos en una adjudicación de baldíos son baldíos y como tales pertenecen a la Nación. Podría pues, en principio, declararse la existencia del exceso en favor de la Nación, y por lo mismo adoptarse consecuentemente otras conclusiones en su beneficio. Sin embargo, el caso que se examina impone una decisión distinta: el representante de la Nación no ha pedido que se haga esa declaración de excesos, de que trata la facultad conferida al Fiscal en la letra a) del punto primero de la citada Resolución; demandó la entrega a los causahabientes del rematador de las tierras que debieron comprenderse en el título original; y al hacerlo dirigió la acción, en nombre del Estado, contra dichos causahabientes. En una amplia interpretación de la demanda pudiera pensarse que ella, al pedir que se separen los bienes del rematador de los del Estado, lleva implícita la declaración sobre existencia de excesos respecto a la adjudicación primitiva, sin lo cual los presuntos patrimonios distintos no podrían dividirse, pues la división supone la comunidad y ésta no existe sino cuando hay dueños distintos; pues si no hay excesos, como lo entendió el Tribunal, no se llena ese requisito, porque los bienes pertenecen a una sola persona. Mas no es posible en el caso *sub judice* tomar determinación como la que se ha pedido, haciendo "deslinde y entrega a los adjudicatarios o a sus causahabientes de las nueve estancias y un cuarto de tierra de pan y ganado mayor", porque, como se ha visto, hay terceras personas que reclaman los pretendidos excesos, y en tales circunstancias, sería inocuo, por estéril en sus resultados, y también injurídico, hacer una declaración judicial de excesos a favor

del Estado y deslindar y medir las tierras que se estimaren de propiedad privada, contiguas a los presuntos excesos, sin la dilucidación en el propio pleito de los pretendidos intereses de terceros que consideran de su dominio las mismas tierras que el fallo pudiese estimar y declarar como excesos, sin serlo realmente. Y conviene aquí repetir lo que ya se expresó, que las pretensiones de dominio privado se basan, entre otras razones, en la de que las tierras rematadas en 1780 lo fueron según la alinderación de los lotes que se formaron para entregarlas, es decir, por linderos y no por cabida de un número preciso de estancias. Lo que equivale a afirmar que no existen excesos, no precisamente por el motivo por el cual contempla el asunto la demanda, de sobrepasar la extensión comprendida dentro de los linderos a lav de las estancias que se mencionaron en el remate, sino porque éste último abarcó una extensión total que originariamente no dejó por fuera área alguna. Y no habiéndola dejado, no se trataría de un caso de excesos sino de la eficacia de una adjudicación en remate a cuyo amparo y como sucesores del rematador los terceros en este pleito vinieron a hacerse dueños.

Para entregar las tierras a los demandados, según las peticiones del libelo, hay que separarlas o dividir las, como se solicita, de otras tierras que los demandados y el demandante reputan excesos de baldíos pero que terceros consideran de su propiedad. La división no es posible

hacerse sin separar las tierras de los demandados de las demás comprendidas en los linderos globales, y ya se ha visto que otras personas reclaman éstas como suyas. Para poderlas separar o dividir, eficaz y no teóricamente, han de estar en el juicio aquellos presuntos dueños.

Medir, deslindar y entregar a los demandados la extensión que corresponda a un determinado número de estancias —una aplicación amplia de la demanda— no es pues decisión que pudiera adoptarse, porque al hacerlo, y de acuerdo con los documentos que obran en el juicio, se lesionarían posiblemente intereses de personas que no han estado presentes en él por no haberlos comprendido la demanda.

Todas estas consideraciones conducen a la conclusión necesaria de no ser procedente la acción ejercitada, de división o separación de patrimonios, en los términos en que se propuso y se adelantó en el presente juicio. Debe, por tanto, en atención a las razones expuestas, confirmarse la providencia de primera instancia, como así lo resuelve, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

*Aníbal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez.
Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido,
Secretario en propiedad.*

Cheques. — Requisitos para que puedan ser considerados como instrumentos negociables.

Es innegable que los cheques, para conservar su carácter y prerrogativas de instrumentos negociables, deben ser protestados por falta de pago en la forma y en la oportunidad establecidas por la ley. El cheque, de acuerdo con su definición legal (artículo 186 de la Ley 46 de 1923), es una letra de cambio girada sobre un banco y pagadera a su presentación. Y debe ser presentado para su pago en el término de 30 días, si su emisión se hace en la misma plaza en que debe ser pagado; o de 60 días, si la emisión corresponde a plaza distinta, dentro del territorio de la República. (Artículo 187 *ibidem*). Para que el cheque conserve su carácter de instrumento negociable debe presentarse al banco para que lo

pague, y si no es pagado debe protestarse. (Artículo 154 *ibidem*, reformado por el 1º de la Ley 46 de 1923). La ley enseña cómo se hace el protesto (artículo 155 *ibidem*), por medio de una diligencia notarial que en adelante no puede separarse del instrumento. Más la falta de protesto no liberta al girador de sus obligaciones, ni esa falta significa que la obligación a que el cheque se refiere haya dejado de existir de hecho. Meramente ocurre que el instrumento perdió su carácter de negociable y por ende los privilegios de que estaba revestido al emitirlo. Se trata entonces de una obligación corriente, regida por el derecho común, y, como tal, colocada en un campo en que puede ser discutida ampliamente, lo que no suce-

dería si se pretendiese conservar el carácter de tenedor en debida forma del cheque. La referida falta del protesto apenas significa que el actor que se presenta a cobrarlo en juicio no es un tenedor en debida forma del cheque, investido del privilegio de que se le pague sin admitir discusión. Uno de los requisitos fundamentales para adquirir el carácter de tenedor en debida forma de un instrumento negociable, es el de que se adquiere antes de haber pasado la fecha del vencimiento y sin noticia de que hubiera sido previamente rechazado (artículo 55 ibídem). De consiguiente, presentado el cheque para su cobro por un tenedor que no lo es en debida forma, está sujeto el actor a todas las excepciones que pueda oponer el demandado, como en los casos de obligaciones de derecho común (artículo 60).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, febrero veintidós de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El doctor Carlos H. Pareja, en nombre propio, demanda a la Nación, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que en juicio ordinario se la condene al pago de la suma de \$ 1.200.00, más los intereses corrientes de dicha suma, a favor del demandante. Suma que proviene del valor de tres cheques girados por Aquilino Bejarano, en su calidad oficial de Cajero Pagador Almacenista de la carretera Quibdó-Istmina, a cargo del Banco de la República en Quibdó, dos cada uno por la suma de \$ 500, y el tercero por \$ 200, con fecha aquéllos del 8, y éste del 16 del mes de octubre de 1937.

Los instrumentos fueron girados en su orden a Ernesto Chavarrá, Rafael Vargas y Epifanio Alvarez; y hoy figura como último endosatario de ellos el demandante.

La causa de la demanda es la de que tales cheques no fueron pagados por el Banco de la República cuando le fueron presentados, a causa de haber recibido órdenes superiores del Gobierno de no hacer el pago, por las razones que el señor Ministro de Obras Públicas expresa al doctor Pareja en el oficio número 4555 de 16 de julio de 1938.

Sustanciada la causa en primera instancia, con audiencia del representante de la Nación, quien desde el primer momento negó que exista la obligación a cargo de aquélla, el Tribunal le puso término a la primera instancia en sentencia del 31 de julio de 1941, en la cual absolvió a la demandada.

Por recurso de apelación interpuesto por el demandante subió el juicio a la Corte, donde, agotados los trámites de la segunda instancia, se procede a fallarla.

CAPITULO 1º

Los hechos acreditados.

Por decreto del señor Presidente de la República y del Ministro de Obras Públicas de fecha 2 de marzo de 1937 el señor Aquilino Bejarano fue nombrado para ocupar el cargo de Cajero Pagador de la carretera Quibdó-Istmina, del cual tomó posesión el día 11 del mismo mes (folios 1 y 2 c. p.).

El señor Bejarano ejercía dicho cargo en los días 8 y 16 de octubre de 1937, fechas en que giró los tres cheques que ahora se cobran; y estaba autorizado para hacerlo, porque como manejaba los fondos de la carretera mencionada “podía girar cheques a la agencia que tiene en Quibdó el Banco de la República contra los fondos de la Nación que se le giraban a Bejarano y que éste consignaba en la cuenta corriente abierta en dicha agencia, con carácter oficial, para atender al pago de sueldos y jornales del personal que trabajaba en la carretera indicada y al pago de materiales suministrados para tal obra”, según lo certifica el Ministerio de Obras Públicas (folio 5 del cuaderno principal).

Bejarano giró a cargo de la cuenta del Banco de la República en Quibdó los tres cheques que se presentaron con la demanda, uno a favor de Ernesto Chavarrá, por \$ 500; otro a favor de Rafael Vargas por \$ 500; y el otro a favor de Epifanio Alvarez por \$ 200, en las fechas que se dejaron indicadas. Y para hacer tales giros usó de sus atribuciones oficiales, pues en la antefirma expresó el cargo con que obraba, de “Cajero Pagador de la carretera Quibdó-Istmina”.

Los cheques contienen cesiones al doctor Carlos H. Pareja, y consta que no han sido pagados por certificaciones del Banco.

El motivo para no haberse pagado lo explica la Contraloría General de la República, en oficio del 24 de noviembre de 1937, que le dirigió al Ministerio de Obras Públicas, y que esta entidad transcribe al doctor Pareja en el suyo de 16 de julio de 1938. Dice la Contraloría:

“Me refiero a su atento oficio número 785 de \$ del presente en el cual consulta si el nuevo Cajero de la carretera Quibdó-Istmina debe reconocer y pagar las acreencias que contrajo su antecesor por \$ 1.200.00, provenientes de sumas que tomó en préstamo y que garantizó con cheques oficiales. Ningún Cajero Pagador tiene la facultad de hacer préstamos de dinero en nombre del Estado aun cuando sea para ejecutar obras o verificar pagos relacionados con

compromisos adquiridos por el mismo y menos como en el caso que se contempla en que el Pagador consiguió los préstamos para ocultar un alcance que existía en su caja. Ni el Pagador ni el prestamista pueden alegar ignorancia al efectuar compromisos de esta naturaleza, pues el uno como funcionario público tiene limitadas sus funciones por medio de reglamentaciones que debe conocer, y el otro para invertir su dinero debe saber la clase de documentos necesarios para respaldar sus préstamos y para no dejarse sorprender con comprobantes expedidos por empleados que extralimitan sus funciones en beneficio propio. La contabilidad oficial no podría reconocer los préstamos en referencia dentro de la cuantía en que se incorporan las deudas contraídas por los Pagadores, en desempeño de sus funciones o sea la de 'Acreedores Varios', pues el uso de tal cuenta está prescrito expresamente para determinados compromisos contraídos legalmente. El actual Pagador no podría atender a la cancelación de la expresada suma, pues las autorizaciones de pago que le libra el Ministerio son exclusivamente para el pago de los gastos de la carretera. Por las razones expuestas, el actual Pagador no debe cubrir la mencionada suma que tampoco puede tenerse en cuenta al deducirle el alcance al Cajero señor Bejarano puesto que el préstamo aludido es una operación celebrada por dicho señor particularmente aun cuando haya intentado comprometer a la Nación."

CAPITULO II

La defensa de la Nación.

Desde la contestación de la demanda el Fiscal del Tribunal alegó en defensa de la Nación que el señor Bejarano no tenía facultad para girar cheques a nombre de la Nación y en contra del Banco de la República, sino para atender al pago de sueldos, jornales y materiales que se invirtieran en las obras; mientras que los cheques que se cobran no representan erogaciones por ninguno de los conceptos indicados, puesto que tienden únicamente a garantizar obligaciones personales del mismo señor. Que los Cajeros Pagadores carecen de autorización para obtener dineros en préstamo, pues como su función lo indica, su labor se reduce a percibir y custodiar los fondos que el Gobierno destina a la obra y pagar con ellos los gastos de la misma. Y que las partidas que corresponden a cada uno de los cheques no entraron nunca a la Caja de la carretera, ni como préstamo, ni de ninguna otra manera, y por ello, tampoco pudieron gastarse o invertirse en jornales, sueldos o materiales de la obra a que prestaba sus servicios el señor Bejarano,

CAPITULO III

Aplicación del derecho.

El Tribunal en la sentencia apelada, anota que los cheques no fueron protestados por el tenedor, en la oportunidad debida, y como esa diligencia es esencial en tal clase de documentos, resulta imposible determinar si su actual tenedor lo es o nó en debida forma. Se transcribe lo pertinente del fallo:

"Se anota que los cheques cuyo pago se exige de la Nación no han sido protestados, ninguna diligencia de tal naturaleza aparece en el expediente y las simples certificaciones que existen y de que se deja hecho mérito de no haber sido pagados por el Banco no equivale en manera alguna al protesto, ni siquiera indican que esos instrumentos hayan sido presentados para el pago.

"Respecto a la necesidad de la presentación y consecuentemente a la del protesto encontramos el siguiente concepto en la célebre obra de Daniel and Calvert:

'Es una regla general, respecto de cheques, que el tenedor no tiene recurso contra el girador hasta que el cheque haya sido presentado al banco, y el pago haya sido rehusado; y tales presentación y rechazo son preliminares esenciales para que se pueda dirigir una acción contra el girador.' (*A Treatise on the Law of Negotiable Instruments*, tomo 11, pág. 1778.

"En términos generales y de acuerdo con nuestra legislación sobre la materia, se puede definir el protesto como el acto mediante el cual se atestigua, de manera fehaciente, la falta de aceptación o de pago del instrumento por el librado.

"El protesto debe ser efectuado por el tenedor del instrumento, si quiere conservar la acción cambiaria contra todos los responsables del importe del mismo. Es una formalidad legal que, si se trata de cheques (artículos 5º de la Ley 75 de 1916; 186 de la Ley 46 de 1923 y 1º de la Ley 83 de 1925), en modo alguno puede ser omitida. Ni el librador, ni los endosantes pueden dispensar al tenedor de dicho documento para dejar de protestarlo si no se paga a su presentación; es, pues, una diligencia de orden formalista, pero, al mismo tiempo, consustancial con la naturaleza del instrumento en mención. El cheque no protestado pierde su naturaleza cambiaria, se perjudica, deja de ser cheque en suma. Esta es la posición que se desprende de nuestra legislación sobre la materia y de la legislación norteamericana sobre el mismo punto.

"Cosa distinta pasa si se trata de letras de cambio, en las cuales, como lo establece la ley, se puede excusar el protesto en algunos casos,

“Dos son, pues, las posiciones adoptadas sobre la materia de instrumentos negociables por nuestra legislación al respecto; si se trata de cheques, el protesto es un acto consustancial con el mismo; si de letras de cambio, no es más que una prueba del no pago de la misma.

“El protesto ha de reunir determinados requisitos para ser eficaz, que están indicados en el artículo 155 de la Ley 46 de 1923, los que, se repite, no aparecen llenados en el presente caso.

“La falta de las diligencias de protesto, indican además que es imposible determinar si el actual tenedor de los cheques que contra la Nación se cobran lo es o nó en debida forma y por tanto si le son o nó oponibles las excepciones que la Nación pudiera hacer valer contra los primitivos beneficiarios de dichos documentos.

“Lo expuesto es suficiente para concluir que se impone la absolución de la Nación y que no es el caso de entrar a estudiar las excepciones perentorias propuestas por su representante en la presente instancia.”

Para la Corte el Tribunal razonó acertadamente en los anteriores pasos del fallo, pues es innegable que los cheques, para conservar su carácter y prerrogativas de instrumentos negociables, deben ser protestados por falta de pago en la forma y en la oportunidad establecidas por la ley.

El cheque, de acuerdo con su definición legal (artículo 186, Ley 46 de 1923) es una letra de cambio girada sobre un banco y pagadera a su presentación. Y debe ser presentado para su pago en el término de treinta días, si su emisión se hace en la misma plaza en que debe ser pagado; o de sesenta días si la emisión corresponde a plaza distinta, dentro del territorio de la República (artículo 187, *ibidem*).

Los cheques girados por Bejarano fueron expedidos en Istmina para ser pagados por el Banco de la República en Quibdó. Los beneficiarios contaron con sesenta días para cobrarlos, a partir de sus respectivas fechas, y dentro de ese plazo sentar la diligencia de protesto, si no eran pagados.

El cheque para que conserve su carácter de instrumento negociable debe presentarse al banco para que lo pague, y si no es pagado debe protestarse (artículo 154 *ibidem*, reformado por el 1º de la Ley 46 de 1923).

La ley enseña cómo se hace el protesto (artículo 155, *ibidem*), siendo una diligencia notarial que en adelante no puede separarse del instrumento.

¿Y qué consecuencias tiene en el presente caso la falta de protesto? ¿Será la liberación de plano

del girador del cheque contra el cual se cobra, como lo piensa el Tribunal? En manera alguna. Ese es el defecto de la sentencia en revisión, en la cual el sentenciador al observar la falta de protesto, se detuvo en el análisis del derecho y dejó sin estudiar la existencia real de la obligación, fuera ya de los privilegios de cobro con que la ley reviste para su mejor eficacia, los llamados instrumentos negociables.

La falta aquí del protesto de los cheques, no significa que la obligación a que ellos se refieren haya dejado de existir de hecho. Meramente se traduce en que los instrumentos han perdido su carácter de negociables y por ende los privilegios de que estaban revestidos al emitirlos. Se tratará entonces de obligaciones corrientes, regidas por el derecho común. Y como tales colocadas en un campo en que pueden ser discutidas ampliamente, lo que no sucedería si el demandante conservara el carácter de tenedor en debida forma de los cheques.

La referida falta del protesto apenas se traduce en que el actor no es un tenedor en debida forma de los cheques, investido del privilegio de que se le paguen sin admitir discusión.

Uno de los requisitos fundamentales para adquirir el carácter de tenedor en debida forma de un instrumento negociable, es el de que se adquiera antes de haber pasado la fecha del vencimiento y sin noticia de que hubiera sido previamente rechazado (artículo 55, *ibidem*).

Como los cheques no fueron protestados, tampoco hay base para asegurar que el demandante doctor Pareja los adquirió antes del vencimiento.

De consiguiente los instrumentos están siendo cobrados por un tenedor que no lo es en debida forma, y ello trae como consecuencia, que estén sujetos a todas las excepciones que pueden oponer el demandado, como en los casos de obligaciones de derecho común (artículo 60).

En el presente caso lo anterior significa que la Nación demandada por los giros que hizo el señor Bejarano, en calidad de agente suyo, tiene el derecho de discutir con el cesionario doctor Pareja la validez de la obligación y la real existencia de la deuda; derecho que le tendría que ser negado si el cesionario fuera tenedor en debida forma, porque entonces exhibido el título, que se supone ser *completo y regular en su forma exterior*, aparecería el vínculo de la Nación, completo e indiscutible.

LA DEFENSA DE LA NACION

Está visto que la Nación niega la eficacia de los cheques, en razón de que el giro no obedece a ninguna operación para la cual estuviera facultado el empleado. Se trató de un préstamo de dineros, que no compromete al Estado, el

cual, de acuerdo con la naturaleza de la función de Cajero que desempeñaba el girador, sólo responde de los giros hechos para el pago de sueldos, jornales y materiales que se emplearan en las obras de la carretera Quibdó-Istmina.

Efectivamente, de acuerdo con el certificado del Ministerio de Obras Públicas, que obra al folio 15 del cuaderno principal, ya citado y transcrito, y que fue acompañado por el demandante al libelo de demanda, las facultades del señor Bejarano, como encargado de los fondos destinados a la construcción de la mencionada carretera se limitaban a lo dicho.

Según reglamento de la Contraloría citado por el señor Fiscal del Tribunal en su alegato, sancionado por la Resolución de esa entidad, número 7 de 13 de enero de 1932, "los pagos que efectúen los empleados de manejo, a cuyo favor sitúen fondos el Tesoro Nacional deberán hacerse por medio de cheques girados a favor del respectivo acreedor, y solamente se permitirá al Pagador retirar una cantidad que no exceda de \$ 50.000, y esto mediante autorización previa".

Según esto el señor Bejarano podía girar cheques en cuanto se tratara de satisfacer créditos a cargo de los fondos de la carretera por concepto de sueldos, salarios y materiales para la obra.

En el libelo de demanda afirma el demandante que los cheques se giraron para el pago de materiales. Pero esta afirmación antes que haberse comprobado, la desvirtuó el mismo demandante en el alegato de conclusión de primera instancia al afirmar que "Bejarano no tomó para sí las sumas que se dicen prestadas mediante los cheques, sino que las consignó en la caja oficial para cubrir un alcance preexistente, el cual se le deduce en la misma acta de visita".

Fuera de eso, el mismo demandante acompañó con la demanda sendas declaraciones extrajudiciales rendidas por los señores Floro Alvarez, Gumersindo Palacios y Manuel Nauffal, rendidas ante el Juez Municipal de Istmina, las cuales tienden a establecer que en el ejercicio de su cargo el señor Bejarano acostumbraba vender cheques contra la Agencia del Banco de la República en Quibdó, que los cubría, recibiendo el dinero Bejarano, quien según los testigos lo destinaba al pago de los gastos de la carretera.

La afirmación mencionada del libelo de demanda, unida al hecho de traer al juicio las mencionadas declaraciones, robustecen la convicción de que ciertamente los cheques no obedecieron a giros regulares para satisfacer directamente deudas por el valor de materiales para la carretera; sino que fueron, como se había hecho en ocasiones anteriores, ventas de cheques a fin de que el Cajero recibiera el dinero

de manos de los girados una vez que éstos los cambiaran en el Banco. La sana o dañada intención con que estas operaciones se hicieran no se juzga ahora. Lo que actualmente importa anotar, es que tales operaciones estaban fuera de las facultades de que estaba investido el Cajero. Y siendo así lo natural es que al intentar hacer efectivo por la vía judicial uno de tales giros se compruebe por el demandante que el dinero ingresó efectivamente a los fondos de la carretera que él manejaba.

Pues bien. El expediente no arroja ningún comprobante de ese ingreso. Al contrario, el acta de entrega que de la oficina hizo Bejarano a su sucesor, con intervención de un alto funcionario de la Contraloría General de la República, condena a Bejarano, a quien en esa fecha, 27 de octubre de 1937, a raíz por consiguiente, del giro de los cheques, se le encontró un alcance de \$ 1.718.39, por dineros que le hicieron falta en la caja. Y en cuanto al giro mismo de los cheques, operación que Bejarano registró en un artículo del libro Diario, dice el acta que el ex-Cajero no pudo comprobar que las sumas respectivas se invirtieran efectivamente en gastos oficiales. "Se agrega además, dice el acta, que como todos los pagos que se hacen en esta localidad son en dinero efectivo, es imposible constatar la veracidad de cada uno de los egresos, si éstos no aparecen respaldados con documentos legales."

En este proceso también faltó la prueba de documentos legales que acrediten que con el valor de los giros se atendió a erogaciones de la carretera. Motivos todos que llevan al insuceso de la acción, comoquiera que el giro de los cheques extralimitó las facultades del girador, por cuya razón la obligación es inoponible contra el Estado demandado.

FALLO

Por las precedentes consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada en este negocio, pronunciada por el Tribunal de primera instancia con fecha 31 de julio del año de 1941.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

Anibal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez.
Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

Obligaciones modales. — Diferencias entre el modo y la condición suspensiva.

Las obligaciones modales son más propias de las transmisiones a título gratuito que de los contratos bilaterales, pues en éstos, dada la correspondencia de prestaciones entre las partes que los caracteriza, la aplicación de la cosa a un fin especial se convierte en figura jurídica distinta de la prevista en el artículo 1147, reglamentada exclusivamente por los preceptos propios relativos a las condiciones suspensivas o resolutorias de las convenciones sinalagmáticas. Ese fin especial llamado modo no suspende la adquisición del derecho; lo que quiere decir que éste se adquiere inmediatamente, pero sometido a los hechos constitutivos del modo. De consiguiente, el modo y la condición suspensiva se diferencian en que en el primero el derecho se adquiere por el solo hecho del contrato en tanto que en la condición la adquisición del derecho permanece en suspenso mientras no se cumpla la condición. El incumplimiento de la obligación modal no envuelve de suyo la extinción del derecho. A menos que así se estipule expresamente con una cláusula resolutoria. En las asignaciones modales se llama cláusula resolutoria la que impone el deber de restituir la cosa y los frutos, si no se cumple el modo (artículo 1148 *ibídem*). Producido el incumplimiento del modo, en el plazo señalado por el donante o el testador, la persona favorecida por el modo tiene acción contra el asignatario modal para que restituya la cosa asignada. Si el modo es en beneficio del asignatario exclusivamente, no impone obligación alguna, salvo que lleve cláusula resolutoria (artículo 1150). En el caso de autos, en que se estipuló claramente una cláusula resolutoria de la donación del terreno, si la Nación no construía ciertas obras destinadas a la educación pública dentro de cierto tiempo, es claro que debe cumplirse el artículo 1150 del Código Civil. Mas como la Nación ha construido en él algunas obras,

aun cuando fuera del tiempo estipulado, no debe perderse de vista que tratándose, como se trata, de una obra destinada a un servicio público, se hace más notoria la imposibilidad de devolución del terreno, y entonces, conforme al procedimiento que la Corte ha adoptado en casos similares, en que la reivindicación ha versado sobre zonas de tierra ocupadas por una carretera o un ferrocarril, a cambio de la restitución del terreno ordena el pago de su valor.

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

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El doctor Alberto Zuleta Angel, obrando como apoderado especial del señor Gustavo Heilbron P., varón mayor de edad y vecino de Barranquilla, promovió ante la Sala Civil de Unica Instancia de esta Corte, demanda ordinaria contra la Nación colombiana, representada por el señor Procurador Delegado en lo Civil para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se hagan las siguientes declaraciones:

“Primera. Que la Nación ha faltado al cumplimiento de la condición de la cual quedó pendiente el perfeccionamiento del contrato de donación, contenido en la escritura pública número 298, de 16 de marzo de 1937, de la Notaría Primera del Circuito de Barranquilla, celebrado entre el señor Gustavo Heilbron y la entidad demandada, y por el cual el primero estipuló donar a la segunda para el exclusivo beneficio de la instrucción pública del Departamento del Atlántico, ‘pero mediante la condición de que en él se construyeran los edificios de la Escuela Normal del Litoral Atlántico, dentro del término de dos años que se contará desde la fecha de la presente escritura pública’, el si-

guiente bien raíz: un lote de terreno situado en el Municipio de Barranquilla, que tiene un área de ocho (8) hectáreas y ciento sesenta y cuatro (164) metros cuadrados, que se mide y linda así: partiendo del punto 'D' primero, en dirección recta de la avenida once (11) de 'Las Delicias', cuyo rumbo es Norte 57°40' W, hasta el punto 'E', mide por ese lado doscientos once (211) metros y linda con el resto del terreno perteneciente al donante Gustavo Heilbron P.; del punto 'E' en dirección recta hacia el Oeste, rumbo 90° W hasta el punto 'E', mide ciento cincuenta (150) metros, y linda con la misma propiedad del donante; del punto "F", rumbo Sur, 2°25' W hasta el punto 'G', en donde se interceptan las cercas de Gustavo Heilbron P. y las de los señores Salcedo, mide trescientos sesenta y siete (367) metros, y linda con propiedad del mismo señor Heilbron; y del punto "G", volviendo al punto de partida 'D', primero en la línea quebrada, siguiendo la cerca divisoria de los señores Salcedo con rumbo general hacia el Norte-Este, mide quinientos treinta y nueve (539) metros.

"Segunda. Que ha fallado la condición explicada en la petición anterior, por no haber construido la Nación en el terreno antes descrito los edificios para la Escuela Normal del Litoral Atlántico dentro del término fijado, de dos años contados desde el 16 de marzo de 1937, ya vencido en exceso, y que, en consecuencia, la Nación no ha adquirido el derecho de dominio sobre el terreno de que trata la citada escritura."

"En subsidio —para el caso de que se considere que la condición, mediante la cual mi poderdante convino en hacer a la Nación la donación de que se trata, es modal con efectos resolutorios— pido se declare:

"Tercera. Que por no haberse construido en el terreno atrás determinado y dentro del término de dos años, de que se ha hecho mención, los edificios para la Escuela Normal del Litoral Atlántico, no se ha cumplido la condición modal, y en consecuencia, ha quedado resuelto el contrato de donación contenido en la citada escritura número 298 de 16 de marzo de 1937, de la Notaría Primera del Circuito de Barranquilla, extinguiéndose el derecho de la entidad demandada sobre el terreno que fue objeto del contrato, el que vuelve al patrimonio del demandante.

"En subsidio, y para el caso de que no prospere ninguna de las peticiones anteriores, solicito atentamente se haga la siguiente declaración:

"Cuarta. Que el citado contrato de donación contenido en la escritura pública número 298, antes mencionada es nulo, y por lo tanto carece de efectos, por no haberse cumplido en el

momento de su celebración las formalidades y requisitos exigidos por el Código Fiscal y por las demás leyes que reglamentan el régimen contractual del Estado.

"Quinta. Para el caso de que prospere cualquiera de las anteriores peticiones solicito respetuosamente que en la sentencia definitiva se ordene: la cancelación de los registros que se hicieron en virtud de la citada escritura número 298 en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Barranquilla; la devolución a mi poderdante de los terrenos determinados en la petición primera del presente escrito, salvo los edificios, y por último que la entidad demandada pague a mi poderdante el precio de los terrenos ocupados por edificios construidos indebidamente por ésta."

El señor Procurador contestó la demanda oponiéndose a la acción. Trabado el debate el juicio abrióse a pruebas y luego oyóse a las partes quienes en sendos alegatos escritos sustentaron sus conclusiones. Estando citadas las partes para sentencia, a proferir ésta entra la Sala.

ANTECEDENTES DEL LITIGIO

Por medio de escritura pública número 953 de 27 de mayo de 1927, otorgada en la Notaría 1ª de Barranquilla, el señor Gustavo Heilbron adquirió de Mauricio Heilbron un terreno llamado "Las Mercedes" o "Camino del Hobo", situado en jurisdicción de la misma ciudad.

Por medio de la escritura pública número 298 de 16 de marzo de 1937, otorgada en la misma Notaría el señor Gustavo Heilbron cedió parte del anterior terreno a la Nación. La cesión hizo se a título gratuito, y con la destinación y modalidad, consignadas en las cláusulas *primera* y *quinta* del instrumento:

"Primero. Que para el exclusivo beneficio de la instrucción pública en este Departamento del Atlántico, cede a la Nación, a título de donación gratuita, pero mediante la condición de que en él se construyan los edificios de la Escuela Normal del Litoral Atlántico, dentro del término de dos años que se contarán de la fecha de la presente escritura, el siguiente bien raíz:

".....
"Quinto. Que si al vencerse los dos años fijados para el cumplimiento de la condición expresada en la cláusula primera, o sea al llegar el día diez y seis de marzo de mil novecientos treinta y nueve (1939), no se hubieren construido los edificios para la Escuela Normal del Litoral Atlántico, que allí se han de construir, el donante recuperará la posesión del terreno objeto de este contrato, sin necesidad de formalidad legal alguna, es decir de hecho."

Esta donación fue aceptada a nombre de la Nación por el Gobernador del Departamento del Atlántico, autorizado por telegrama del señor Ministro de Educación Nacional.

El 26 de julio de 1939 el señor Heilbron dirigió al Gobernador del Departamento del Atlántico haciéndole saber que como la condición a que la donación estaba sometida había fallado, pues la Nación había dejado de construir los edificios respectivos en el lote donado dentro del término estipulado, iba a tomar posesión del lote restableciendo sus antiguas cercas; en efecto, decía el memorialista, "apenas una pequeña porción de un edificio de mampostería, concreto y tejas ya terminado —levantado sobre el lindero con el terreno donado por los señores Salcedo para la misma obra de la Escuela Normal—, queda sobre el predio de mi propiedad. Dentro de este mismo terreno se encuentra un edificio en construcción incipiente, respecto del cual no es menester hacer comentario, porque se trata de una obra inconclusa principiada cuando ya la Nación no podía hacerlo, o sea, en el mes de abril de este año, cuando había expirado el término estipulado para que todas las construcciones *estuvieran terminadas* (subrayo)."

El Gobernador del Atlántico se declaró incompetente para resolver el punto y pasó el memorial del señor Heilbron al Ministerio de Educación Nacional. Esta dependencia administrativa le contestó al memorialista en oficio del 10 de noviembre siguiente, del cual se destacan los siguientes párrafos:

"Inmediatamente llegó a este Despacho la nota referida de la Dirección de Educación Pública de ese Departamento junto con su memorial, le confieso, me alarmé de que pudiera haberse presentado el caso, muy penoso para el Gobierno, de la no correspondencia de acuerdo con lo pactado a su magnífico gesto de desprendimiento en bien de la instrucción pública colombiana y al embellecimiento de la ciudad de Barranquilla. Inmediatamente ordené se hiciera un completo estudio y se obtuviera la correspondiente información a efecto de verificar en forma clara por qué las construcciones no se habían localizado como usted indica sobre los terrenos materia de su donación sino sobre los que había adquirido la Nación por igual título de los señores Salcedo Cotes.

"El Ministerio de Obras Públicas, Despacho éste en donde se suscribieron los contratos de construcción y que ha venido interviniendo en el desarrollo de las obras, ha enviado el plano conjunto tanto del lote donado por usted como del cedido por los señores Salcedo Cotes, en el que, como podrá informarse, aparece la localización de los distintos pabellones, los cuales

han sido levantados unos, y otros lo serán en el curso de este año y del próximo sobre los terrenos de que usted era dueño. Las construcciones se han repartido por igual en los dos lotes, en la siguiente forma:

"1º Sobre los terrenos del señor Salcedo:

- "a) Pabellón de enseñanza (construido).
- "b) Tres pabellones de dormitorios (construidos dos).
- "c) El Economato (en construcción).
- "d) Escuela Anexa (contratada).

"2º Sobre sus terrenos:

- "a) Cinco pabellones de dormitorio (en construcción dos y para construir en 1940 uno).
- "b) Enfermería (contratada).
- "c) Lavandería (contratada).
- "d) Campos de deporte (para construir en 1940).

"El examen de estas cuestiones me ha hecho considerar que ha sido una deficiente información la que lo ha obligado a usted a presentar la reclamación que actualmente examina **este Despacho**.

"Es cierto que las construcciones se iniciaron sobre el terreno cedido por los señores Salcedo Cotes, algunas de las cuales muy pocas, están ya construidas; pero es que dadas las enormes proporciones planeadas para el edificio y su consecencial costo subidísimo no le han permitido al Gobierno absolutamente terminarlo dentro del plazo fijado sino que le ha tocado ir por grados de acuerdo con las sumas que cada año vota el Congreso para atender a este servicio, sin que esto quiera decir que se ha cumplido la condición resolutoria incorporada en la escritura, pues que, antes de que se venciera el término de dos años indicado allí mismo se hallaban terminados varios pabellones y se adelantaba en forma intensiva la construcción de otros. En el año de 1940 se completará el plan de construcción teniendo en cuenta las partidas presupuestadas para dicha vigencia.

"Por el plano y por las demás consideraciones que he tenido el honor de exponerle, podrá usted deducir que la Nación ha venido cumpliendo sus obligaciones contractuales estipuladas, tanto con usted como con los señores Salcedo Cotes. En la construcción del edificio de la Normal de Barranquilla el Gobierno Nacional ha puesto su mayor cuidado y entusiasmo en orden a lograr que en el más breve término pueda entregar para la cultura general de ese Departamento y del resto del país, una fábrica en donde los jóvenes del Litoral Atlántico encuentren educación eficiente e higiénica, gracias al espíritu público de ciudadanos como usted y de los señores Sal-

cedo Gotes y al interés de las autoridades del Atlántico.”

Con fecha 16 de febrero de 1940, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, a solicitud del apoderado del señor Heilbron, practicó con intervención de peritos, y del Fiscal del Tribunal, en representación de la Nación, una inspección ocular prejudicial sobre los terrenos donde se estaban levantando los edificios de la Escuela Normal del Litoral Atlántico, con el fin de constatar la ubicación de estos edificios, el estado de las construcciones y la época en que fueron iniciados. En esa diligencia dejó establecido lo siguiente:

“Primero. Que sobre el predio en cuestión, descrito en la escritura número 298 de la Notaría Primera de este Circuito, protocolo de mil novecientos treinta y siete y en la providencia de este Tribunal de fecha primero de los corrientes, están erigidos varios edificios destinados a la Escuela Normal del Litoral Atlántico y no para otros fines;

“Segundo. Que los edificios están totalmente terminados y se especifican así: uno para dormitorios, otro, para enfermería y otro para lavandería formando un grupo de tres edificaciones independientes entre sí;

“Tercero. Los peritos expusieron que sobre el lindero marcado en el plano de conjunto anteriormente indicado con las letras ‘D’ y ‘G’ que separa el predio del señor Gustavo Heilbron P. del de los señores Salcedo, se ha levantado un edificio destinado a dormitorios, edificado parte sobre el predio de Salcedo y parte sobre el predio de Heilbron P. sin que puedan los peritos determinar exactamente qué cantidad de terreno mide la parte del predio que corresponde a Heilbron P. y cuál al de Salcedo, ocupada por dicho edificio, pues para ello se requeriría un trabajo técnico especial, ajeno a esta diligencia;

“Cuarto. Las obras en construcción descritas antes están concluidas, y según informes que suministraron los representantes de los contratistas, a solicitud del Magistrado ponente, los trabajos de construcción se iniciaron y terminaron así: el edificio dormitorio levantado sobre el lindero Heilbron P.-Salcedo fue comenzado en agosto de mil novecientos treinta y siete y terminado en agosto de mil novecientos treinta y ocho, aproximadamente; el edificio dormitorio construido sobre los terrenos de Heilbron P. exclusivamente fue iniciado en marzo y terminado en octubre del año de mil novecientos treinta y nueve. La enfermería y lavandería fueron comenzados en noviembre de mil novecientos treinta y nueve y terminados en enero del presente año;

“Quinto. En el terreno adyacente al de esta diligencia, de los señores Salcedo, también objeto de esta inspección, de acuerdo con lo pedido, hay levantado un grupo de cinco edificios, totalmente terminados, destinados dos para dormitorios, uno para pabellón de enseñanza, otro para la Escuela Anexa y otro para el Economato, aparte del edificio dormitorio construido sobre el lindero Heilbron P.-Salcedo. Se deja expresa constancia de que los señores peritos actuaron y opinaron de un todo de acuerdo durante el curso de la diligencia y de que la intervención de los señores Cornelissen y Nassi se limitó a suministrar los datos e informes que les fueron solicitados, con respecto a fechas de iniciación y terminación de los trabajos.”

El Gobierno Nacional por medio de los Ministros de Obras Públicas y de Educación Nacional celebró con el señor Johannes Cornelissen el 18 de agosto de 1936 el contrato de construcción que figura publicado en el *Diario Oficial* número 23426 de 6 de marzo de 1937, para la edificación, por administración delegada, de un pabellón de economato, un pabellón de enseñanza, tres dormitorios, acueductos, caminos, alcantarillados, etc., obras que se ejecutaron en el terreno adyacente al que donó el señor Heilbron, donado también a la Nación por los señores Salcedo.

Y por medio de contrato celebrado el 24 de agosto de 1939, es decir varios meses después de vencido el plazo que el donante señor Heilbron había impuesto para la construcción de los edificios, entre el Gobierno Nacional y la sociedad constructora “Cornelissen y Salcedo”, contrato que corre publicado en el *Diario Oficial* número 24228 de 25 de noviembre de 1939, se estipuló la construcción de varios edificios en el predio que había sido donado por el señor Heilbron a la Nación.

Ya dentro del juicio el Ministerio de Obras Públicas a petición del demandante expidió el siguiente certificado:

“El Director General de Edificios Nacionales, en cumplimiento del auto anterior, certifica: Al punto (b). De acuerdo con los planos de la Normal de Barranquilla, se han construido los siguientes edificios, así: Pabellón número 1. Enseñanza. Construido en terrenos donados por el señor Salcedo. Pabellón número 2. Dormitorios. Construido en terrenos donados por el señor Salcedo. Pabellón número 3. Dormitorio. Construido en terrenos de Salcedo y de Heilbron. Pabellón número 4. Dormitorio. Construido en terrenos donados por Salcedo. Estos edificios se comenzaron a construir el 1º de julio de mil novecientos treinta y siete (1937) y se terminaron el quince de octubre de mil novecientos treinta y nueve (1939). Pabellón número 5. Eco-

nomato. Construido en terrenos donados por Salcedo. Pabellón número 6. Dormitorio. Construido en terrenos donados por Heilbron. Estos edificios se empezaron a construir el 10 de marzo de 1939 y se terminaron el 20 de octubre del mismo año. Pabellón número 7. Anexa. Construido en terrenos donados por Salcedo. Pabellón número 8. Enfermería. Construido en terrenos donados por Heilbron. Pabellón número 9. Lavandería. Construido en terrenos donados por Heilbron. Estos edificios se empezaron a construir en las siguientes fechas: La anexa, el 14 de octubre de 1939 y se terminó en el mes de mayo de 1940; y los pabellones de enfermería y lavandería, se empezaron el 16 de noviembre de 1939 y se terminaron el 10 de mayo de 1940. Al punto (c). El monto total de las sumas invertidas por el Gobierno Nacional en la construcción de la Escuela Normal de Barranquilla ha sido, hasta la fecha, de doscientos ochenta y siete mil ciento sesenta y cinco pesos con ochenta centavos moneda corriente (\$ 286.165.80), distribuida así: por valor de las construcciones llevadas a cabo en terrenos donados por el señor Salcedo \$ 189.389.20

“Valor de las construcciones llevadas a cabo en terrenos donados por el señor Heilbron 62.142.85

“Valor de obras de urbanización y otros gastos en terrenos de Salcedo. 26.077.23

“Valor de obras de urbanización y otros gastos en terrenos donados por el señor Heilbron 8.556.52

“Suma \$ 286.165.80

“Al punto (d). El Instituto o Escuela Normal de que se trata está prácticamente terminado, pues fue dado al servicio hace un año. Al punto (e). Que el señor Octavio Giraldo era Interventor del Gobierno en dicha construcción en la fecha en que se practicó la inspección ocular, extrajuicio a que se refiere este punto.”

Igualmente dentro del juicio el Tribunal Superior de Barranquilla por comisión de la Corte practicó una nueva inspección ocular sobre los edificios y globo de tierra de la Escuela Normal del Litoral Atlántico, con intervención de peritos y de los representantes de las partes. Esta diligencia se llevó a cabo en los días 9 de febrero y 29 de marzo del año próximo pasado y como resultado de ella los peritos rindieron un dictamen del que se copian las siguientes conclusiones:

“Las superficies parciales de los lotes donados son las siguientes: ocho hectáreas y cinco mil trescientos ochenta y tres metros cuadrados, para el lote cedido por los señores Salcedo

Cotes; y siete hectáreas con siete mil trescientos cuarenta metros cuadrados para el cedido por el señor Heilbron P. En esta forma queda absuelto el tercer punto.

“La cuarta prueba solicitada por el demandante se relaciona con las construcciones existentes, y a ese respecto, nuestras observaciones en el terreno son las siguientes: la Nación ha terminado totalmente la construcción de nueve edificios, cuya ubicación relativa a los lotes donados, superficies y destinaciones son las que indicamos, a renglón seguido. Dentro del lote cedido por el señor Heilbron se hallan construidos: el edificio para lavandería, marcado en el plano con el número 9, y con una superficie de 324,27 metros cuadrados; el edificio para enfermería, cuyo número en el plano es 8, con una superficie de 234,75 metros cuadrados, y un edificio para dormitorio, marcado con el número 7, con 300,70 metros cuadrados de superficie.

“Dentro del lote de terreno cedido por los señores Salcedo C. a la Nación, se hallan levantados: tres edificios para dormitorios, con una extensión superficiaria de 300,70 metros cuadrados cada uno; marcados en el plano con los números 4, 5 y 6; un edificio con número . . . destinado a Anexa y con una superficie de 492,40 metros cuadrados; un edificio marcado con el número 2 en el plano, destinado a economato, comedor y teatro, cuya superficie es de 686,20 metros cuadrados; y un edificio destinado a enseñanza, marcado con el número 3 y con una superficie de 844,22 metros cuadrados.

“Igualmente ha sido construida una calle o camino interior, cuyos pormenores pueden apreciarse en el plano adjunto. Dicho camino ha sido construido en casi la totalidad de su longitud dentro del lote cedido por los señores Salcedo Cotes. Asimismo existe una hortaliza dentro del lote donado por los señores Salcedo C.

“Las obras mencionadas constituyen la totalidad de las que existían totalmente construidas o en proceso de construcción en el momento de practicar nuestra visita.”

APLICACION DEL DERECHO

Los antecedentes que se dejan relatados sobre cuya existencia tal como están presentados no existe desacuerdo entre las partes, ya que están consignados en documentos públicos de origen oficial y en inspecciones oculares, establecen de manera plena este hecho que es el cardinal del pleito: que el 16 de marzo del año de 1939, último día del término de dos años estipulado en la escritura de donación otorgada por el demandante señor Heilbron, para que durante ese lap-

so la Nación construyera en el terreno cedido los edificios de la Escuela Normal del Litoral Atlántico, la Nación apenas adelantó la construcción de un pabellón de dormitorios ubicada casi en su totalidad en terreno adyacente, donado por los señores Salcedos, y en una pequeña parte sobre el lote del señor Heilbron; el resto de las construcciones que actualmente existen en este lote, se iniciaron después de la fecha citada; y aún hoy están en el plano de simples proyectos la construcción de otras dependencias para servicio de la Escuela Normal, que deberán ubicarse en lo que resta del terreno aprovechable.

Lo que quiere decir en síntesis que la Nación dejó pasar el término estipulado en la escritura de donación sin realizar la obra que le impuso el donante, la cual ha venido cumpliéndose paulatinamente después, pero sin que todavía sea una completa realización. ¿Qué efectos apareceja en el terreno legal ese incumplimiento? Va a verse.

Para la Sala conforme lo previó subsidiariamente el demandante en la demanda, la construcción de las obras previstas por el donante, es una condición que equivale a una obligación modal.

El artículo 1147 del Código Civil dice que si se asigna algo a alguna persona para que lo tenga por suyo, con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un *modo* y no una condición suspensiva. El modo, agrega el artículo, "no suspende la adquisición de la cosa asignada".

Las obligaciones modales son de consiguiente más propias de las transmisiones a título gratuito que de los contratos bilaterales, pues en éstos, dada la correspondencia de prestaciones entre las partes que los caracteriza, la aplicación de la cosa a un fin especial se convierte en figura jurídica distinta de la prevista en el artículo 1147, reglamentada exclusivamente por los preceptos propios relativos a las condiciones suspensivas o resolutorias de las convenciones sinalagmáticas.

Como la cesión hecha por el señor Heilbron al Gobierno Nacional y de que se ha venido tratando hizose a título gratuito y en calidad de donación entre vivos, la obligación impuesta a la Nación de destinar el globo de tierra cedido a la construcción de los edificios de la Escuela Normal, aplicando así el globo de tierra a un fin especial, es de consiguiente un *modo* y no una condición suspensiva.

El modo pues no suspende la adquisición del derecho; lo que quiere decir que éste se adquiere inmediatamente, pero sometido a los hechos constitutivos del modo.

De consiguiente el modo y la condición suspensiva se diferencian en que en el primero el derecho se adquiere por el solo hecho del contrato, en tanto que en la condición la adquisición del derecho permanece en suspenso mientras no se cumpla la condición.

El incumplimiento de la obligación modal de suyo no envuelve la extinción del derecho. A menos que así se estipule expresamente con una cláusula resolutoria. En las asignaciones modales, llámase *cláusula resolutoria* la que impone el deber de restituir la cosa y los frutos, si no se cumple el modo (artículo 1148 *ibidem*).

Producido el incumplimiento del modo, en el plazo señalado por el donante o el testador, la persona favorecida por el modo tiene acción contra el asignatario modal para que restituya la cosa asignada.

Si el modo es en beneficio del asignatario exclusivamente, no impone obligación alguna, salvo que lleve cláusula resolutoria (artículo 1150).

La ejecución de las obras impuestas en la donación con fines de fomento y apoyo de la educación pública, la cual es una de las funciones primordiales del Estado, que a él corresponde impulsar y darle desarrollo con sus propios recursos, es un modo que puede considerarse estatuido más en beneficio del propio Estado, que de un tercero, el cual en el caso contemplado no existía como persona distinta de aquél. Por lo tanto la asignación modal no impondría obligación alguna, si no estuviera tan perentoria la voluntad del donante, en el sentido de recobrar la posesión del terreno donado si al vencerse los dos años fijados para la ejecución de las obras ordenadas, no hubieran sido ellas construidas. El artículo 1150 impone el acatamiento a esa voluntad, y como el plazo se cumplió sin que el Gobierno hubiera ejecutado la obra prevista, el juzgador debe quedar vinculado a esa realidad, que determina necesariamente el fallo en el sentido de reconocer el derecho ejercitado bajo la *petición tercera*, subsidiaria, del libelo de demanda, y que es la condenación que la Corte halla más ajustada a la técnica, en contraste con las peticiones *primera* y *segunda*.

RESTITUCIONES

Como consecuencia de la resolución que se decreta, el demandante en la petición *quinta* del libelo, limitase a solicitar la devolución de los terrenos materia de la donación "salvo los edificados"; y que la Nación "pague el precio de los terrenos ocupados por edificios construidos indebidamente por ésta".

La parte edificada del globo donado por el demandante, consta hoy día de varias dependencias o pabellones construidos separadamente pero

que para los efectos de los servicios a que están destinados no pueden aislarse unos de otros con el fin de devolver al demandante las zonas de tierra que los circundan por todos sus lados, pues todos los pabellones construidos forman un todo armónico que materialmente no es posible desarticular. Y lo propio cabe decir de las otras dependencias que están por construir, las cuales según los planos y según la naturaleza de todo el conjunto arquitectónico de la obra de la Escuela Normal del Litoral Atlántico, de la cual para completarla sólo faltan los servicios esenciales que todavía no se han levantado dentro del globo pero que ya están definitivamente proyectados, al suspenderlas, para devolver los terrenos en que habrán de quedar, determinarían que toda aquella hermosa y grande estructura quedara inconclusa con grave e irreparable perjuicio para la obra que el señor Heilbron tuvo el noble gesto de auxiliar, en beneficio de la educación de la juventud, pues le faltarían aquellos servicios esenciales.

En estas condiciones la realidad crea también el imposible jurídico de que se pueda ordenar la devolución del globo en las partes donde no haya construcciones, pues si es verdad que dichas partes físicamente no están edificadas, están sin embargo afectadas a la construcción de servicios esenciales de los ya terminados.

Por estas razones estima la Corte que es más acorde con la situación de hecho contemplada, limitar la correspondiente prestación a cargo de la Nación, a que pague el valor de todo el globo que le quiso donar el señor Heilbron, en vez de que se pague lo construido y se restituya lo no construido, conforme a la petición de la demanda.

Además, no debe perderse de vista que tratándose como se trata de una obra destinada a un servicio de interés público, se hace más notoria la imposibilidad de devolución del terreno, y entonces, conforme al procedimiento que la Corte ha adoptado en casos similares, en que la reivindicación ha versado sobre zonas de tierra ocupadas por una carretera o un ferrocarril, a cambio de la restitución del terreno ordena el pago de su valor.

El valor del lote debe ser naturalmente el que tenía el día en que el señor Heilbron hizo

la donación. Ya que el donante no puede recuperar la tierra, debe recibir su precio, que la representa, estimado el día en que él hizo cesión de aquélla al Estado.

Y como esta solución implica una condena a pagar en abstracto una suma de dinero, hay necesidad de que dicha suma se concrete o liquide con posterioridad al fallo en el incidente especial de ejecución de sentencia previsto en el artículo 553 del Código Judicial.

SENTENCIA

Por las razones expuestas la Sala Civil de Única Instancia de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla esta controversia así:

1º Por no haberse construido por el Gobierno el edificio de la Escuela Normal del Litoral Atlántico en el término estipulado en la escritura de donación número 298 de 16 de marzo de 1937 otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Barranquilla, declárase resuelto el contrato de donación contenido en dicha escritura.

2º En la imposibilidad jurídica de que la Nación devuelva el terreno que se le donó por el señor Gustavo Heilbron, mediante dicha escritura, por el motivo anotado en la parte motiva del fallo, condénasele en cambio a pagar el justo valor que tenía el inmueble, según los linderos respectivos, el día en que se hizo la transferencia, que fue el 16 de marzo de 1937.

3º En el incidente previsto en el artículo 553 del Código Judicial hágase la fijación del precio.

4º Se absuelve a la Nación de las peticiones primera y segunda de la demanda; y de la quinta, cuya fórmula se rechaza tal como ella está concebida.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese este fallo en el próximo número de la *Gaceta Judicial*.

José M. Blanco Núñez—José Miguel Arango.
Anibal Cardoso Gaitán—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pinda Garrido,
Secretario.

Naturaleza jurídica de la fuerza mayor o caso fortuito.

Hay varios hechos que como cataclismos de la naturaleza ostentan por sí mismos los caracteres de lo fortuito y pueden ser obstáculo invencible al cumplimiento de la obligación. El rayo y el terremoto, por ejemplo, son acontecimientos súbitos, que avasallan el poder del hombre. Es imposible escapar a sus efectos aniquilantes y prever el fenómeno. Pero son pocos los casos de esta naturaleza, que sean siempre y en todo supuesto, causa de irresponsabilidad. El naufragio, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, propuestos por el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 como ejemplos de casos fortuitos, no son siempre y en todo evento causas de irresponsabilidad contractual. Eso depende de las circunstancias y del cuidado que haya puesto el deudor para prevenirlos. Si el deudor se embarca a sabiendas en una nave averiada que zozobra haciéndole perder lo que debe, o temerariamente se expone a la acción de sus enemigos o comete faltas que lo colocan a merced de la autoridad, o no toma las medidas adecuadas que hubieran evitado la inundación de su propiedad, sin embargo de que se cumplen acontecimientos por su naturaleza extraños y avasalladores, no configuran el caso fortuito liberatorio del deudor. Es que los dos caracteres esenciales del caso fortuito son la imprevisibilidad y la imposibilidad. No se puede prever su ocurrencia; y realizada domina completamente el poder del hombre. Se está, pues, bajo el influjo de lo fortuito cuando el deudor se imposibilita totalmente para cumplir lo prometido por causa del evento imprevisible. Pero cuando el acontecimiento es susceptible de ser humano y normalmente previsto, por más súbito y arrollador que parezca, no genera caso fortuito ni fuerza mayor.

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de Unica Instancia—Bogotá, veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El señor José Ramírez Gómez, por medio de apoderado, instauró demanda ante la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de

Justicia, impetrando que, con audiencia del señor Procurador General de la Nación y previos los trámites legales correspondientes al juicio ordinario, se declaren nulas las Resoluciones números 4191 de 9 de octubre del año de 1940 y 76 de 10 de enero de 1941, confirmatoria de la anterior, por medio de las cuales el Ministerio de Correos y Telégrafos declaró civilmente responsable al demandante, en su calidad de contratista de conducción de los correos nacionales de correspondencia y encomiendas, de las líneas de Antioquia, primer grupo, por la pérdida de la cantidad de tres mil novecientos cuarenta y cuatro pesos (\$ 3.944) que le fueron robados al conductor de correos de la línea Medellín-Yarumal, señor Alfonso Madrigal, en la mañana del día 30 de septiembre del año de 1939.

Los hechos en que el actor funda esta demanda, los relaciona él así:

“El 24 de agosto de 1939 se celebró entre el Gobierno y José Ramírez Gómez, un contrato sobre conducción de los correos nacionales de correspondencia y encomiendas, de las líneas de Antioquia, primer grupo, contrato que corre publicado en el número 24216 del *Diario Oficial* de 10 de noviembre del citado año, del cual acompaño un ejemplar debidamente autenticado, por el Ministerio de Gobierno.

“II. Mi poderdante José Ramírez Gómez, no ha dejado de cumplir ninguna de las obligaciones contractuales con el Gobierno y si éste afirmare lo contrario, demostrará los hechos de incumplimiento.

“III. Mi poderdante nombró como conductor del correo en la línea Medellín-Yarumal, al señor don Alfonso Madrigal, hombre de actividad reconocida, de acrisolada honorabilidad, de la más larga práctica en el ramo y merecedor de absoluta confianza bajo todo aspecto, especialmente como cuidadoso, escrupuloso y diligente en el cumplimiento de ese deber de conductor, como lo demostraré oportunamente; de una contextura física y respetabilidad indiscutible.

“IV. El 29 de septiembre de 1939, el Administrador de Correos de Medellín entregó entre otras cosas, al señor Alfonso Madrigal para que condujera a distintos lugares de su línea, varios valores y encomiendas por un total de tres mil novecientos cuarenta y cuatro pesos (\$ 3.944), cantidad que dicho conductor no pudo llevar a su destino, porque le fue robada, a fuerza y vio-

lencia, al salir de la oficina de la Administración el día 30 de septiembre de dicho año, de las 6 a las 6½ de la mañana.

“V. El conductor Madrigal manejaba el revólver Lechuza, calibre 32, número 2064, arma que le suministró desde el 6 de junio de 1939, la Alcaldía de Yarumal, con el fin específico de defender con él los correos que transportaba entre esa ciudad y Medellín, arma que portaba el día del robo y que sólo devolvió el 1º de octubre de 1940, como consta de la información del citado funcionario, que acompaño y que presentaré en mejor forma dentro del término probatorio.

“VI. No hubo lucha propiamente entre el conductor y el sujeto del delito de robo, porque éste huyó con tal rapidez que no dejó lugar a ello y aquél iba a la vez con otro saco de correo, en condiciones que no pudo dar alcance al delincuente, como se demostrará oportunamente.

“VII. Los correistas de mi poderdante manejan y manejan escoltas para aquellos lugares donde ellas son necesarias a la defensa del correo, pero tal escolta no se toma ni es necesaria en el punto donde se entregan los correos. El robo o delito contra el correo se consumó al salir de la oficina en el andén del propio Palacio Nacional de Medellín, el lugar más central de la ciudad y donde funcionan los correos, telégrafos, la Administración de Hacienda Nacional, Juzgados, Tribunales, etc., lugar generalmente el más concurrido y vigilado por la Policía Municipal y Departamental a toda hora, vigilancia que se presume más urgente e intensa en las horas de la mañana y de la noche, por los muchos intereses que deben custodiarse en ese lugar.

“VIII. La manera como se realizó el robo, la forma como se planeó, con el concurso de individuos que conocían los detalles de las remesas y que estuvieron dentro de la propia Administración de Correos, la existencia del delito de robo que se hizo al conductor Madrigal, los sindicados y enjuiciados, etc., son cosas ya establecidas y que yo comprobaré en el término legal.

“IX. El Ministerio de Correos y Telégrafos —Departamento de Correos— dictó la Resolución número 4191 de 9 de octubre de 1940, por la cual declaró civilmente responsable de la pérdida de esos valores y encomiendas al señor José Ramírez Gómez, en su calidad de contratista de las líneas de Antioquia —primer grupo— a que pertenecía el correo robado, se le ordena la indemnización respectiva y se le impone una multa, haciéndosele responsable por un total de tres mil novecientos sesenta y cuatro pesos (\$ 3.964.00).

“X. Notificado Ramírez G. de la aludida providencia, pidió reposición de ella, pero le fue

confirmada la anterior Resolución por la número 76 del 10 de enero último y notificada el 20, según copias auténticas que acompaño.”

El representante de la Nación se opuso a la acción, fundado en las mismas razones que están expuestas en las Resoluciones acusadas.

Por ser competente la Corte para conocer de esta acción, según lo dispuesto en el artículo 40 del Código Judicial, el ponente cumplió las ritualidades del juicio, por lo cual ha llegado el momento de que la respectiva Sala sentenciadora le ponga término a la controversia, fallando sobre la legalidad de las Resoluciones administrativas acusadas.

La Resolución principal dio las siguientes razones en orden a justificar la condenación del señor Ramírez Gómez:

“Por medio de telegrama número 2286 del 30 de septiembre de 1939 el Administrador de Correos de Medellín informó al Ministerio que en la mañana de la fecha antes citada, en calle central de Medellín fue asaltado el conductor de la línea Yarumal, señor Alfonso Madrigal, dependiente del contratista de las líneas de Antioquia, primer grupo, señor José Ramírez Gómez. Agrega el Administrador que el señor Madrigal informole que le habían arrebatado la ‘mochila’ en que llevaba tres mil novecientos veinte pesos (\$ 3.920.00) en encomiendas, y veinticuatro pesos (\$ 24.00) en valores declarados. Fuera de esto, advierte el Administrador que formuló la denuncia respectiva ante las autoridades correspondientes.

“Las piezas arriba mencionadas le fueron entregadas al conductor Alfonso Madrigal, quien prestaba sus servicios bajo la inmediata responsabilidad del señor José Ramírez Gómez, en su calidad de contratista de las líneas de Antioquia, primer grupo, según consta en el contrato publicado en el *Diario Oficial* número 24216, fechado el 10 de noviembre de 1939; pero el conductor Madrigal no las entregó en los lugares de destino, como lo acreditan las respectivas actas de novedades que obran en el informativo; pues el conductor Madrigal fue víctima de un robo en las cercanías de la Administración de Correos.

“Cuando el Ministerio tuvo conocimiento de la irregularidad denunciada por el Administrador de Medellín dio aviso al contratista por medio del oficio número 9135 del 3 de noviembre de 1939, a fin de que formulara los correspondientes descargos en tiempo oportuno, hasta la fecha no ha formulado descargo alguno.

“Como pudiere alegar que el robo constituye fuerza mayor o caso fortuito, este Ministerio observa que la Corte Suprema de Justicia en repetidas sentencias ha declarado que para que

estos eventos ocurran se necesita que se llenen los requisitos exigidos por el artículo 19 de la Ley 95 de 1890, es decir, que ellos sobrevinieron a pesar de que el agente previó la eventualidad y puso suma diligencia y cuidado. En el caso de autos, aparece que el conductor no iba protegido por escolta alguna, y ni siquiera portaba arma para defender los correos, circunstancias éstas que hacen recaer toda la responsabilidad administrativa sobre el contratista, ya que de acuerdo con el contrato él está obligado a suministrar escolta que custodie los correos, y a proveer a los conductores de armas para que lo defiendan.

“Según consta en el expediente no hubo lucha alguna entre el conductor y los asaltantes, toda vez que un desconocido arrebató al conductor Madrigal la valija en donde llevaba las piezas de valor, de tal manera que si hubiera portado arma habría podido disparar sobre el desconocido que huyó, siendo perseguido por el conductor hasta que tomó un automóvil y desapareció. Versión ésta que hace el conductor al Administrador de Correos pocos momentos después de ocurrido el hecho delictuoso.

“Como la comisión de un delito determina no sólo una responsabilidad criminal, sino también que hace surgir para el autor una responsabilidad civil, este Ministerio considera que al contratista señor José Ramírez Gómez le asisten las correspondientes acciones civiles para repetir contra el autor del hecho que ha originado esta providencia, como también para obtener de las autoridades judiciales la entrega de las sumas que se recuperaron, teniendo en cuenta que las piezas postales se perdieron en poder de uno de sus conductores, lo cual le acarrea la consiguiente responsabilidad administrativa, pues no ha alegado fuerza mayor ni caso fortuito, ni mucho menos ha comprobado la existencia de tales hechos exculpativos de responsabilidad, pues el contratista sabe que en los momentos en que se perpetró el robo el conductor no había tomado las precauciones y cuidados que el manejo de sumas considerables requería.

“Como está plenamente establecida la responsabilidad del contratista, señor Ramírez Gómez, este Ministerio considera que hay mérito suficiente para declararlo responsable administrativamente, al tenor del artículo 118 del Decreto 20 de 1939 y el artículo 56 del Decreto 361 del año antes mencionado.”

EL ROBO AL CONDUCTOR MADRIGAL

Antes de darle aplicación al derecho, es necesario tener en cuenta la forma como ocurrió el asalto de que fue víctima el conductor Madri-

gal, según resulta de las comprobaciones procesales, y especialmente de los autos de proceder, dictados por el Juez Superior y el Tribunal Superior de Medellín, en los cuales culminó la respectiva investigación criminal que se siguió para el esclarecimiento del delito.

A eso de las seis y media de la mañana del día 30 de septiembre de 1939 el señor Alfonso Madrigal, que ejercía las funciones de conductor de los correos de Medellín para algunas de las poblaciones del norte del Departamento de Antioquia, por cuenta del contratista señor Ramírez Gómez, salió del Palacio Nacional, donde están las oficinas del correo en Medellín, conduciendo varios paquetes de correspondencia y encomiendas en dinero por valor de \$ 3.944. Lo seguía muy de cerca el joven Roberto Luis Torres, empleado del periódico “El Colombiano”, que diariamente, entre las 5 y 6 de la mañana solía ir a la estación de Amagá, del ferrocarril de Antioquia, a llevar la prensa que debía transportar el correo del Cauca, después de lo cual iba al Palacio Nacional a llevar lo que debían conducir los correistas de Occidente; como siempre Torres hizo el 30 de septiembre las diligencias acostumbradas y después de entregar los paquetes que llevaba para el correo, se encontró con Madrigal, a quien le ayudó a sacar, según todos los días también lo hacía, lo que le faltaba del correo que debía llevar hacia Yarumal. Salieron ambos, Madrigal llevando un bulto grande de correo al hombro y terciada sobre el cuerpo “una jicara o mochila nueva”; y Torres detrás de Madrigal ayudándole a conducir algunos sacos vacíos que quedaron sobrantes. Pocos metros se habían alejado de la puerta del Palacio, en la calle de Pichinchá, cuando un sujeto desconocido, rápida e intempestivamente se aproximó a Madrigal por detrás, le cortó la jicara o mochila, sin que Torres pudiera ver con qué clase de herramienta, y salió en carrera precipitada calle abajo, sin darle tiempo a Madrigal de defenderse, pues únicamente pudo éste dejarle a Torres el bulto que llevaba al hombro y salir en carrera precipitada detrás del ladrón de la valija, que era la que contenía el dinero, sin lograr darle alcance, porque el desconocido rápidamente tomó un automóvil que lo estaba esperando y desapareció.

La investigación criminal descubrió que este hábil asalto en plena y central calle pública fue planeado y dirigido por Julio Rendón y secundado por Juan B. Rodríguez y Luis Eduardo Mejía, habiendo sido Luis Gutiérrez Torres el desconocido que le arrebató a Madrigal la valija del dinero. Contra todos los responsables el Juez Superior de Medellín dictó auto de proceder, confirmado por el Tribunal Superior.

En el término de prueba de este juicio ampliamente estableció el demandante lo siguiente:

1º Que desde el día 6 de junio de 1939 la Alcaldía Municipal de Yarumal le prestó al señor Alfonso Madrigal un revólver marca *Lechuza* para la defensa de los intereses confiados a su cuidado, en su carácter de correista de la línea del Norte, el cual fue devuelto a la Alcaldía el día 1º de octubre de 1940 (certificado de folios 5 c. principal);

2º Que en la época en que se cometió el atraco contra el conductor Madrigal, no existía ninguna vigilancia de policía en el Palacio Nacional ni en sus alrededores, no obstante estar allí ubicadas las Oficinas de Correos, la Administración de Hacienda, y otras dependencias oficiales que guardan fuertes caudales, y a pesar de los constantes requerimientos que desde meses antes del asalto estúvole haciendo a las respectivas autoridades el Administrador Principal de Correos de Antioquia (certificados de folios 89, 91, 96 y 121 vuelto a 122);

3º Que el Palacio Nacional de Medellín está ubicado en uno de los sitios más céntricos de la ciudad; una de sus puertas de entrada principal, da a la calle de Pichincha, que es de gran movimiento. La distancia de dicha puerta a la esquina de la carrera Cundinamarca es de 50 metros (certificado de folio 94 vuelto, y declaraciones de varios testigos);

4º Declara Madrigal: "Cuando me di cuenta después de un extraño movimiento que el mismo peso del fardo no me dejó sentir bien, que me habían reventado la 'jicara', arrojé el bulto y miré hacia abajo, sacando mi revólver para buscar el ladrón mediante carrera, y en esas vi que un sujeto desconocido se metió a un automóvil y el carro salió apresuradamente por la carrera Cundinamarca en dirección al barrio Guayaquil, y como al llegar a la esquina no había rastro de nada, me volví inmediatamente y fui a dar cuenta a la autoridad." Esta versión está confirmada por Roberto Luis Torres, quien vio que Madrigal salió corriendo para alcanzar el ladrón, llevando el revólver desenfundado. (Declaraciones de folios 108 y 113 del mismo cuaderno);

5º El señor Alfonso Madrigal en un tiempo fue paquetero encargado de transportar grandes remesas de dinero, oro y otros objetos, del comercio de Yarumal a Medellín; luego ha sido conductor de correos en Antioquia por más de veinte años; es hombre que se ha distinguido por su honorabilidad y cumplimiento; precavido y cuidadoso en sumo grado; se le ha comisionado para conducir valores por considerársele como el mejor correista y el de mayor confianza en el norte de Antioquia; nunca antes le habían

hecho robos ni asaltos; es de gran consistencia física y anda siempre armado en el ejercicio de sus funciones y listo a defender los intereses que se le encomiendan (declaraciones de Antonio Hoyos, Jesús M. Zapata, Alfonso Arango, Alfonso Trujillo, Luis Piedrahita, Roberto Gómez y Emilio Hoyos, comerciantes todos y personas de mucho crédito y respetabilidad; folios 117 a 120);

6º El correista Madrigal tenía la costumbre de avisar a la empresa de transportes en que viajaba con el correo todas las veces que llevaría cantidades apreciables de dinero, a fin de que los choferes fueran con cuidado y a la defensa. Consecuente con esa costumbre, el 29 de septiembre de 1939, víspera del asalto, le avisó al chofer Manuel Salvador Vergara, de la empresa de transportes "Fernández", que era quien iba a conducir la máquina en que viajaría Madrigal con el correo, que al día siguiente llevaría una considerable cantidad de dinero, a fin de que fuera armado y cuidadoso (declaraciones de Enrique Fernández, Manuel Salvador Vergara, Eleazar Palacio, Alfredo A. Zapata y Alfonso Hernández; folios 106, 11, 113, 114 y 114 vuelto);

7º Dentro del área de la ciudad de Medellín, y especialmente en las calles adyacentes al Palacio Nacional, se movilizan diariamente grandes cantidades de dinero y valores de diversas clases, pertenecientes al Gobierno, a los bancos y a los particulares, sin que se haya acostumbrado ni ocurrido que los conductores tengan que ir protegidos por escoltas especiales, ya que las afluencias de gentes de todas clases y la vigilancia que debe guardar la policía, infunden plena seguridad contra los asaltos. Las escoltas especiales se han empleado siempre para transportar fuertes sumas de dinero fuera de las poblaciones (declaraciones de Luciano Atehortúa, Jesús Parra, Carlos E. Cañola y Francisco Arango; folios 109, 110, 112 y 115).

APLICACION DEL DERECHO

En presencia del modo claro como quedó establecido el robo sorpresivo de que fue víctima el conductor Madrigal, en la mañana del 30 de septiembre, sobreviene inmediatamente el interrogante de cuya solución depende la clave del éxito de la presente acción: ¿el hecho es constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito?

¿Qué es la fuerza mayor y el caso fortuito?

El artículo 1º de la Ley 95 de 1890 suministra la noción, dándole equivalencia a los dos casos: es lo imprevisto a que no es posible resistir. El precepto ilustra la noción con los ejemplos del naufragio, el terremoto, los mandatos de autoridad, etc.

Ciertamente hay varios hechos que como causalismos de la naturaleza ostentan por sí mismos los caracteres de lo fortuito y pueden ser obstáculo invencible al cumplimiento de la obligación. El rayo y el terremoto, por ejemplo, son acontecimientos súbitos, que avasallan el poder del hombre. Es imposible escapar a sus efectos aniquilantes y prever el fenómeno. Pero son pocos los casos de esta naturaleza, que sean siempre y en todo supuesto causas de irresponsabilidad. El naufragio, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, propuestos por el artículo mencionado, como ejemplos de casos fortuitos, no son siempre y en todo evento causas de irresponsabilidad contractual. Eso depende de las circunstancias y del cuidado que haya puesto el deudor para prevenirlos. Si el deudor a sabiendas embárcase en nave averiada que zozobra haciéndole perder lo que debe; si temerariamente expónese a la acción de sus enemigos o comete faltas que lo coloquen a merced de la autoridad; o no toma las medidas adecuadas que hubiesen evitado la inundación de su propiedad, sin embargo de que se cumplen acontecimientos por naturaleza extraños y avasallantes, no configuran el caso fortuito liberatorio del deudor.

Es que los dos caracteres esenciales del caso fortuito son la imprevisibilidad e imposibilidad. No se puede prever su ocurrencia, y realizada domina completamente el poder del hombre. Se está, pues, bajo el influjo de lo fortuito cuando el deudor se imposibilita totalmente para cumplir lo prometido por causa de evento imprevisible. Pero cuando el acontecimiento es susceptible de ser humana y normalmente previsto, por más súbito y arrollador que parezca, no genera caso fortuito ni fuerza mayor.

Por ende, en tanto sea posible prever la realización de un evento susceptible de oponerse a la ejecución del contrato, y que este evento pueda evitarse con mediana diligencia y cuidado, cual lo haría el buen padre de familia, tipo del hombre previsivo y diligente, no hay caso fortuito ni fuerza mayor. Sin duda el deudor podrá verse en la imposibilidad de ejecutar la prestación que le corresponde, mas su deber de previsión le permitía evitar encontrarse en semejante situación. El incendio, la inundación, el hurto, el robo, la muerte de los animales, el daño de las cosas, etc., son hechos en general previsibles, y que por su sola ocurrencia distan de acreditar el caso fortuito o la fuerza mayor, comoquiera que dejan incierto si dependen o nó de culpa del deudor. Por lo tanto, es racional que el deudor que alegue uno de estos o parecidos acontecimientos, pretendiendo libertarse de los efectos del incumplimiento, deba no sólo acreditar el hecho, sino demostrar también las

circunstancias que excluyen toda culpa antecedente y concomitante.

Y la presunción de culpa que acompaña a quien no ha ejecutado el contrato, no se destruye por la simple demostración de la causa del incumplimiento cuando el hecho así señalado es de los que el deudor estaba obligado a prever o a eludir. El robo y el hurto son hechos que se pueden prever y evitar con sólo tomar las precauciones que indique la naturaleza de las cosas. No se convierten en caso fortuito sino probando que no obstante aquellas precauciones fue imposible evitar el suceso. Por ello la sola prueba del robo es insuficiente. A menos que las circunstancias en que se consuma y lo rodean excluyan por sí mismas toda culpa del obligado; como cuando se realiza mediante asalto violento que domina la guardia suficiente con que se custodiaba la cosa.

Pero la obligación de previsión del deudor comprende, aun en relación con la ocurrencia del caso fortuito, lo que está, como dice Demogue, meramente dentro de los límites de suceso bastante probable, en el normal desarrollo de los hechos. Sería en efecto excesivo exigir también precauciones contra todo lo que está en el orden de lo humana o físicamente posible; ello equivaldría a reducir al hombre a la impotencia y a la inactividad, pues para eludir todo hecho adverso sería entonces mejor que se abstudiese de contratar.

Las circunstancias en que fue asaltado el correista Alfonso Madrigal, en la mañana del 30 de septiembre de 1939, en plena calle central de la ciudad de Medellín, revelan todos los caracteres del caso fortuito.

No vale alegar que el correista estaba desarmado y sin guardia especial que lo protegiera.

En este proceso civil acreditóse ampliamente, conforme a lo ya dicho, que el conductor se movilizaba con el correo siempre provisto de un revólver que le había facilitado el Alcalde de Yarumal, y que cuando se vio desvalijado por el asaltante sorpresivo corrió tras él con el revólver en la mano, según su declaración confirmada por la de Roberto Luis Torres. Habiéndose desarrollado los acontecimientos en una calle pública, los disparos, sin la plena seguridad de dar en el blanco, obligando al ladrón por ese medio a detenerse, hubieran sido motejados con razón de actos imprudentes, por el grave riesgo que ellos constituían para cualquier transeúnte ocasional.

Tampoco es normal ni por tanto exigible que quien conduce valores de consideración por las vías más céntricas de una ciudad populosa como Medellín, donde la policía debe tener a su cargo la vigilancia del tránsito, ande resguardado por

gendarmería especial. Eso se explica en vías despobladas o quizá en ciudades señoreadas por el bandolerismo público, en que la vida o la propiedad de las gentes esté en constante amenaza y a merced de audaces criminales. Pero en manera alguna en las ciudades de Colombia, donde el nivel moral de la población mantiene siempre latente un ambiente general de respeto, por lo cual los asaltos de valores en plena calle pública y a la luz del día, son casos excepcionales, que no obligan a los ciudadanos a tomar precauciones especiales de defensa. Dentro de las ciudades es natural que toda persona confie en la seguridad que infunde la concurrencia en las calles; y entre más centrales sean éstas mayor confianza inspiran, porque deben suponerse más vigiladas y protegidas por la policía; sentimiento natural y humano y que es el que hay que tener en cuenta para ver como normal y correcto que Madrigal saliese sin escolta especial del Palacio Nacional de Medellín la mañana del robo. No estaba dentro de los límites de un acontecimiento probable, dada la hora y sitio tan central, que en semejantes circunstancias viniera a ser víctima de audaz e inesperado asalto.

Además de la falta de escolta, el señor Procurador Delegado en lo Civil encuentra imprudente igualmente que Madrigal llevara el dinero en la llamada *jicara* o *mochila*. Tampoco es aceptable esa objeción. Una maleta de mano y de cuero quizá habría prestado menos seguridad, por la mayor facilidad que tenía el ladrón para arrebatarla de la mano. La precaución que tomó Madrigal, de llevar la valija colgante del hombro y atravesada, fue extremadamente sensata, y ella por sí misma pone de manifiesto su diligencia y cuidado. Es difícil en circunstancias ordinarias mayor grado de previsión. Si no fue suficiente, la mayor y extraordinaria audacia del ladrón, que en segundos corta la valija y la arrebató, en presencia de Roberto Luis Torres, quien casi ni se da cuenta de ello, no le resta

mérito al comportamiento del conductor Madrigal, igual a la conducta que en circunstancias semejantes hubiera observado el hombre dotado de prudencia y diligencia sumas.

SENTENCIA

Por lo expuesto, la Sala Civil de única instancia de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

Declárase nula la Resolución número 4191, de fecha 9 de octubre de 1940, emanada del Ministerio de Correos y Telégrafos —Departamento de Correos— por medio de la cual se declaró que el contratista de correos señor José Ramírez Gómez debe responder de la cantidad de \$ 3.944 moneda corriente que le fueron robados al conductor de correos Alfonso Madrigal en la mañana del día 30 de septiembre del año de 1939, y le impone una multa de \$ 20.00 moneda corriente; e igualmente se declara nula la Resolución número 76, de 10 de enero de 1941, confirmatoria de la anterior. En consecuencia, el Gobierno, por conducto del Ministerio de Correos, debe devolver inmediatamente al señor Ramírez Gómez las cantidades que éste haya pagado o se le hayan retenido en cumplimiento de las Resoluciones citadas.

Se advierte además que las cantidades de dinero que se recuperen como consecuencia del proceso adelantado para sancionar y descubrir a los responsables del robo al conductor Alfonso Madrigal, corresponden al Gobierno y a él deben ser devueltas.

Publiquese, cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

José M. Blanco Núñez—Fulgencio Lequerica Vélez—Anibal Cardoso Gaitán—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta— Manuel Pine-da Garrido, Secretario.



Acción principal petitoria de pago de una participación en la explotación de las minas del rio Condoto y acción de mutua petición sobre pago de lo no debido, y otras acciones. — Denunciante de bienes ocultos. — Interpretación de la demanda. — Posesión y dominio. — Usufructuario y poseedor. — Apreciación de pruebas. Arrendamiento de minas. — Inaplicabilidad de las Resoluciones Ejecutivas inconstitucionales.

1.—Concedida a alguna persona la facultad de promover una acción sobre bienes ocultos, no puede quedar a su juicio el incoar y seguir otra clase de acciones o prescindir de las que debió promover, según el contrato respectivo celebrado con el Gobierno, tanto porque el denunciante obra en carácter de mandatario de la Nación, como porque a ésta no puede imponérsele, por medio de una sentencia, una situación jurídica que no estuvo en su propósito crear ni aceptar.

2.—Al juzgador no le es dable, en la interpretación de la demanda, tratar de adivinar la intención del actor completando lo que éste no ha formulado con la seguridad, claridad y precisión debidas en los hechos fundamentales de la acción, ni puede tampoco tratar de acomodar a alegaciones posteriores lo que en el libelo haya expuesto aquél en forma oscura, contradictoria, deficiente o dubitativa.

3.—Así como es imposible que un cuerpo ocupe más de un lugar en el espacio físico, del mismo modo es legalmente imposible que en el espacio jurídico coexistan o concurren simultánea y definitivamente en dos o más personas distintas con respecto a una misma finca, las figuras de la posesión y el dominio, salvo el caso de comunidad entre ellas.

4.—Debe presumirse que quien usufructúa la finca cuya posesión se reconoce judicialmente es el poseedor a quien la posesión se concede, y no aquella persona que es vencida por aquél en el juicio posesorio.

5.—Por grande que sea su autoridad, el juzgador no puede tener en cuenta como elementos de convicción para fallar aquellos argumentos y datos que presenten las partes y que no tengan pleno respaldo en el pro-

ceso, conforme a la tarifa probatoria preestablecida por la ley. Numerosas pueden ser las apreciaciones que surjan en torno de los diversos problemas cuya solución se exige del Juez en los respectivos juicios, y muy poderosas las razones que aquél tenga para formar su convicción en determinado sentido al margen de tales apreciaciones y deducciones; sin embargo, jamás podrá pronunciar su fallo con base en ellas, si esa convicción, además, no tiene como soporte principal el que de modo especial se ha creado en el terreno de la crítica procedimental para que sirva de única guía o norma al encargado de desatar la controversia, no conforme a sus impresiones subjetivas, que pueden originarse de factores más o menos equívocos, sino en armonía con esas normas que se presume fueron establecidas por el legislador por considerarlas como única fuente de segura y acertada información para ilustrar el criterio de quienes no deben fallarla como Jueces de conciencia, sino de derecho.

6.—Mal puede ser materia de explotación un bien cuya tenencia o entrega material se rehusa o no se realiza, aunque no se haya concedido derecho real sobre él, pues esa tenencia o entrega material sería indispensable para el goce de la finca concedida aun con un título simplemente precario, como el de arrendamiento, por ejemplo.

7.—Ninguna disposición legal expresa que sólo cuando se han conferido derechos reales en una mina, se necesita que ésta se entregue a quienes deben explotarla. La concesión o el otorgamiento del derecho para extraer el mineral de una mina equivale al arrendamiento, y por más que el arrendamiento no confiere al arrendatario

ningún derecho real sobre la finca arrendada, no puede entrar él en el goce de la cosa que se le ha dado en arriendo, si el arrendador rehusa entregársela, contra lo dispuesto en el artículo 1982 del Código Civil. Negar que se entregue al arrendatario la finca arrendada y autorizarlo a la vez para que éntre en el goce de dicha finca, son términos que, lógica y legalmente, se destruyen entre sí por antagónicos. Sería tanto como reconocer que el reivindicador es el propietario de la finca perseguida por él como dueño, y ordenar, a la vez, que no se le entregue o restituya esa misma finca.

8.—Si el error es la disconformidad entre la inteligencia y la verdad, debe, para ser error, originarse de una falsa creencia, o, como ya lo expresó la Corte en anterior ocasión, es necesario que aparezca que se tuvo una determinada creencia y que esa creencia no correspondió a esa realidad.

9.—La aceptación ab initio de una demanda, no compromete el criterio del fallador en el sentido de que no pueda él después reconocer y declarar su improcedencia cuando llegue el momento de fallar en el fondo de la litis.

10.—Son cuestiones ajenas a la competencia del Organó Ejecutivo las atinentes a la nulidad y caducidad de un título minero y a la posesión y el dominio de minas. Por tanto, las Resoluciones ejecutivas que sobre estas cuestiones versen, son inconstitucionales, y, por ende, inaplicables por la justicia ordinaria, a quien privativamente corresponde el conocimiento y decisión de tales cuestiones.

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de Unica Instancia—Bogotá, diecinueve de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

PRIMERA PARTE

Luis Benjamin Martinez, como apoderado especial de la Nación, promovió el diez y siete de febrero de mil novecientos treinta y siete, demanda ordinaria ante la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte, para que, con citación y audiencia de la sociedad inglesa denominada *The Anglo Colombian Development Company Limited*, domiciliada en Londres, y representada en Colombia por el señor Newton C. Marshall y con citación y audiencia del señor Henry G. Granger, o de sus causahabientes o representantes, se hiciesen las siguientes declaraciones:

"Principales.

"1ª Que la concesión Castillo (contrato celebrado por el Gobierno Nacional el 30 de noviembre de 1907 con el señor José Cicerón Castillo) para explotar el oro y el platino del lecho del río Condoto en la Intendencia del Chocó, comprendió no sólo el trayecto de la boca de Bazán para arriba, sino también los trayectos de la boca de Bazán para abajo, hasta la desembocadura en el San Juan.

"2ª Que el demandado, como cesionario del señor José Cicerón Castillo, excluyó indebidamente del objeto de la concesión para explotar los metales preciosos del lecho del referido río Condoto, el trayecto comprendido entre la desembocadura de ese río en el San Juan, y la boca de la quebrada de Bazán en el mismo Condoto.

"3ª Que los motivos, causas, fundamentos o razones que tuvo el demandado, como cesionario de José Cicerón Castillo, para excluir del objeto de la concesión el trayecto mencionado en la declaración anterior, son contrarios a las leyes colombianas entonces vigentes, porque violan las disposiciones de los Códigos Civil y de Minas que ordenan la determinación y certeza de la propiedad minera.

"4ª Que el demandado, como cesionario de José Cicerón Castillo, está obligado a pagar a la Nación el diez por ciento (10%) del producto bruto de la explotación del oro y del platino provenientes del lecho del río Condoto, en el trayecto que va desde la desembocadura de éste en las aguas del San Juan, hasta el límite inferior de la mina de El Salto, o sea, la boca de la quebrada de Bazán, explotación que comenzó el 20 de julio de 1915 y que debió terminar el 26 de enero de 1933.

"5ª Que el demandado, como cesionario de la concesión Castillo, debe hacer el pago a que se refiere la declaración anterior, dentro del plazo breve y prudencial que tenga a bien señalarle la Sala sentenciadora de la honorable Corte Suprema de Justicia.

"6ª Que el demandado, como cesionario de la concesión Castillo, debe pagar a la Nación los intereses corrientes o legales de las sumas pendientes y no pagadas por concepto de la participación a que se refiere la declaración cuarta principal de este libelo.

"7ª Que el demandado debe, como cesionario de José Cicerón Castillo, por concepto de la participación especificada en la declaración cuarta anterior y los intereses de que trata la inmediata precedente, a la Nación colombiana, la suma de un millón de pesos en moneda corriente, o la que se demuestre legalmente en el curso del juicio.

"Subsidiarias.

"Si no se hicieren las declaraciones anteriores, pido subsidiariamente:

"1ª Que no han salido del patrimonio de la Nación los territorios minerales de aluvión aurífero y platinífero, conocidos impropriadamente con los nombres de minas de René y Lincoln, en la Intendencia del Chocó, situados en el lecho del río Condoto y comprendidos dentro de los puntos que marcan el límite inferior de la mina El Salto y la desembocadura del Condoto en el San Juan.

"2ª Que el demandado excluyó indebidamente del objeto de la concesión Castillo el trayecto del río Condoto, correspondiente a las mal llamadas minas René y Lincoln.

"3ª Que el demandado, por virtud de la exclusión a que se refiere el punto anterior, violó el contrato de la concesión Castillo y se ha hecho responsable de tal violación.

"4ª Que el demandado está obligado a pagar la indemnización de perjuicios en favor del patrimonio de la Nación colombiana, por motivo de la violación del contrato de la concesión Castillo.

"5ª Que el demandado como cesionario de la concesión Castillo debe pagar, por concepto de daño emergente y lucro cesante de la indemnización de perjuicios a que se refiere la declaración anterior, la suma de un millón de pesos en moneda nacional y corriente, al Tesoro de la República, o la suma que se demuestre en el curso del juicio.

"6ª Que el pago debe efectuarse una vez en firme la sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia."

Los hechos dicen así:

"1ª) El 30 de noviembre de 1907, los señores Francisco de P. Manotas y Tobías Valenzuela, Ministros respectivamente de Obras Públicas y Hacienda y Tesoro, celebraron a nombre del Gobierno Nacional con el señor José Cicerón Castillo, un contrato por el cual le concedieron el derecho de explotar el río Condoto en toda su extensión, desde sus cabeceras hasta su desembocadura en el San Juan. Este contrato es el mismo que en la presente demanda se llama simplemente *concesión Castillo*.

"2ª) Aquel negocio quedó definitivamente perfeccionado con un pliego de modificaciones por los dos Ministros notificado al señor Castillo el 18 de diciembre del mismo año, y se publicó en el *Diario Oficial* número 13157 de fecha 30 de diciembre, habiéndose elevado precisamente a escritura pública en la Notaría 3ª de esta ciudad bajo el número 887 del 18 del mismo mes de diciembre.

"3ª) Por Resolución ejecutiva de 29 de abril de 1911, proferida por el Ministerio de Obras Públicas y aprobada por el Gobierno el 1º de mayo siguiente, se otorgó licencia al señor Castillo para que traspasara su concesión a una sociedad inglesa denominada *The Consolidated Gold Fields of South Africa Ltd.*

"4ª) Por Resolución de 21 de diciembre de 1912, el Ministro de Obras Públicas en representación del Gobierno, ratificó el traspaso que, con fecha 26 de agosto anterior, hiciera el señor José Cicerón Castillo en favor de la memorada Consolidated Gold Fields, etc., por conducto de The Anglo Colombian Development Co. Ltd. de Londres. En la misma Resolución se modificó la cláusula atañedora a la participación del Gobierno en la explotación de los terrenos de la concesión Castillo, en el sentido de que el porcentaje se liquidara sobre los productos brutos, en lugar de tomarlo sobre los productos líquidos como primeramente se había estipulado. El contratista cesionario aceptó la modificación —el 10% sobre los productos brutos—, como consta de la escritura pública número 136 de 24 de enero de 1913, pasada en la Notaría 2ª de Bogotá.

"5ª) *The Anglo Colombian Development Company Limited* vino a quedar, una vez cumplidas todas las formalidades legales del caso, directamente responsable de la concesión Castillo, en los términos ya indicados, respecto de obligaciones para con el Gobierno. Así consta de la escritura pública número 136, de 12 de febrero de 1913, otorgada en la Notaría 3ª de esta ciudad.

"6ª) *The Anglo Colombian Development Company Limited*, por sí o por medio de representantes, delegados, agentes o comisionados suyos, inició los trabajos de la explotación de los terrenos de la concesión Castillo —cauce del río Condoto—, el 20 de julio de 1915.

"7ª) Dentro de la concesión Castillo quedaron comprendidas las mal llamadas minas René y Lincoln, situadas en el lecho del río Condoto, entre la desembocadura de éste en el San Juan y la quebrada Bazán, minas de aluvión u oro corrido que fueron entregadas por la Gobernación del antiguo Departamento del Cauca en el año de 1898, bajo los números 1056 y 1094 de las respectivas titulaciones, al señor Henry G. Granger.

"8ª) La diligencia de entrega de posesión de la mina René es del siguiente tenor, en su parte sustancial:

"En el Distrito de Condoto, a las ocho de la mañana del día 3 de noviembre de 1897, se constituyó el señor Alcalde Municipal en el punto de Condoto, hallándose presentes los señores Leonte Castro

A., Manuel José Lozano, José María Lozano, José María Lozano N. y el Secretario que suscribe y manifestó que por comisión del señor Gobernador del Departamento iba a dar posesión al señor Henry G. Granger, representado aquí por el señor Leonte Castro, de la mina de oro corrido, sita y descubierta en el punto donde estaba situada; y para el efecto dispuso que el perito señor Manuel J. Lozano procediese a la medida de la pertenencia que en el cauce del río Condoto debe concedérsele. Habiendo tomado por base la punta superior de la isla que se encuentra en la boca del río Condoto, punto demarcado en el escrito de denuncia, se midieron aguas arriba y por ambas riberas del mentado río Condoto, cinco mil metros, los que terminaron en la punta de la peña conocida con el mismo nombre y que se encuentra casi frente de la boca de la quebrada El Platinero, punto que se marcó con un mojón. Concluida esta operación, el Alcalde Municipal preguntó si había alguno que como colindante quisiera oponerse a la posesión, y no habiendo habido contradicción dijo en voz perceptible: yo Ramón Lozano, Alcalde Municipal del Distrito de Condoto, por comisión del señor Gobernador..... etc.”

“9a) La diligencia de posesión de la mina *Lincoln* dice así:

‘En el Distrito de Condoto, a las dos de la tarde del día 7 de marzo de 1898, se constituyó el Alcalde Municipal del pueblo de Condoto a orillas del río del mismo nombre, hallándose presente el perito señor José María Lozano N. y el Secretario que suscribe; y manifestó que por comisión del señor Gobernador del Departamento iba a dar posesión al señor Henry G. Granger, y a su socio en iguales partes señor Eduard B. Treville, de la mina de oro corrido descubierta en el punto donde estaba situado; y para el efecto dispuso que el perito señor José María Lozano N. procediese a la medida de la pertenencia que debe concedérsele. Habiendo manifestado el perito nombrado que la medida era innecesaria por haber observado que la mina denunciada de La Peña punto de partida, a la boca de Bazán, es relativamente menor que la concedida por la ley, el denunciante manifestó que siendo esto así se conformaba con la extensión comprendida dentro de los linderos que quedan anotados. Concluida la presente explicación, el señor

Alcalde Municipal preguntó si había alguno que como colindante quisiera oponerse a la posesión, y no habiendo habido oposición, dijo en voz perceptible: yo Ramón Lozano, Alcalde Municipal del Distrito de Condoto, por comisión del señor Gobernador del Departamento y en nombre de la República y por autoridad de la ley, doy en debida forma posesión legal y material al señor Henry G. Granger para si y para su socio señor Eduard B. Treville, de la mina situada en este paraje, y dentro del lecho del río Condoto y comprendida bajo los linderos expresados arriba, junto con el cauce de las aguas comprendidas, sin perjuicio de los derechos legítimos adquiridos en ellos por un tercero.’

“10) Las actas de las diligencias inmediatamente acotadas, pertenecientes a las titulaciones de las supradichas minas René y Lincoln, constan de la escritura pública número 351, de 30 de marzo de 1915, originaria de la Notaría 4ª de esta ciudad.

“11) Desde el año de 1913, apenas quedó en firme la concesión Castillo para The Anglo Colombian Development Co. Ltd., se suscitaron diferencias —aparentes o reales—, con el señor Granger, por motivo de la situación de las minas que éste reputaba como propias y que se comprendieron dentro del objeto de la concesión para explotar el río Condoto. Dentro de tales diferencias figuraron las llamadas minas René y Lincoln.

“12) Como secuela de tales diferencias se agitó un litigio entre Granger y The Anglo Colombian, en el cual se abstuvo de intervenir el Gobierno, a pesar de las exigencias reiteradas que le hizo The Anglo Colombian para que terciara en su favor. La sentencia en todo caso dejó a salvo los derechos de la Nación, como extraña al litigio.

“13) The Anglo Colombian Development Company Limited protestó aparatosamente ante el Gobierno contra los fallos que, en concepto de la primera entidad, la privaban de la explotación de los trayectos del Condoto, correspondientes a las mal llamadas minas René y Lincoln. Esa protesta quedó consignada en la escritura pública número 814 de 12 de julio de 1916, extendida ante el Notario 3º de esta ciudad.

“14) A raíz de la citada protesta por escritura pública, The Anglo Colombian Development Company Limited entró en arreglos con el señor Granger, arreglos que culminaron en una fusión o alianza de las partes litigantes, quedando el Tesoro de la Nación privado de su derecho del diez por ciento sobre el producto bruto de la

explotación del Condoto en el trayecto de las muy mentadas minas René y Lincoln, pues The Anglo Colombian Development Company Limited se desligó de sus obligaciones de contratista para con el Gobierno.

"15) No obstante el litigio a que se refiere el hecho '12' y de su posterior arreglo, The Anglo Colombian pretendió obtener del Gobierno una promesa de que nunca se le reclamaria por concepto de las titulaciones de las minas René y Lincoln, pues aquélla no se sintió muy tranquila en la nueva posesión alcanzada.

"16) En el honorable Consejo de Ministros presentó un concepto el doctor Miguel Abadía Méndez, por el año de 1920, concepto de que tomo el siguiente aparte: "De otra parte, se propone el contrato obtener de la *Pacific Metals Corporation*, sucesora del señor Granger, en sus concesiones mineras, y de la *Anglo Colombian Development Company*, conchabada hoy con aquélla para la explotación de las riquezas almacenadas en el lecho de aquellos rios, sin que la República o sus naturales deriven provecho apreciable, se propone, digo, que retribuyan con algún módico derecho de exportación el beneficio que están recibiendo con la explotación de tales yacimientos metalíferos." (*Diario Oficial* números 17122 y 17123).

"17) Celebrado el contrato a que se refiere el hecho anterior, desapareció su texto y el expediente relativo a su formación, de modo inexplicable, de los archivos públicos; no llegando, por consiguiente, a producir efectos.

"18) The Anglo Colombian Development Company Limited explotó o debió explotar por cuenta propia, exclusiva o en participación con el señor Henry G. Granger y sus socios, asociados, representantes, agentes o cesionarios, las llamadas minas René y Lincoln, situadas dentro del cauce del río Condoto y comprendidas en el objeto de la concesión Castillo.

"19) The Anglo Colombian Development Company Limited no ha pagado al Gobierno Nacional, ni por sí, ni por representantes, ni a nombre propio, ni por cuenta de sus socios, asociados o conchabados, por concepto de la liquidación del diez por ciento sobre el producto bruto de la explotación de las mal llamadas minas René y Lincoln, suma alguna, ni en dinero, ni en especies."

En derecho se basó la demanda de esta manera:

"Las acciones de esta demanda se fundan en los artículos 1602, 1546, 1613, 1615, 1616 y 1617 del Código Civil colombiano, de manera directa. Indirectamente, en los artículos 54 y concordantes del Código de Minas nacional; 313 de la Ley 153 de 1887, 1502, 1517, 1518, 1740, 1741 y 69 del ya citado Código Civil."

* * *

El doctor Miguel S. Uribe Holguin, en su calidad de apoderado reconocido de la entidad demandada, The Anglo Colombian Development Company Limited, evacuó el traslado de la demanda, expresándose en los siguientes términos:

"Por lo que toca a los hechos o fundamentos de hecho, siguiendo el orden de su exposición:

"1º) Convengo en que el 30 de noviembre de 1907, se celebró un contrato entre el Gobierno y el señor José Cicerón Castillo, por el cual aquél otorgó a éste el derecho de sacar por medio de dragas, del lecho del río Condoto, en toda su extensión, los metales que allí encontrara, "pudiendo al efecto, —agrega el artículo 1º—, dragar las partes favorables, sin perjuicio de tercero." Debo observar, además, que el Consejo de Ministros introdujo una modificación, la que fue aceptada, de acuerdo con la cual el contratista quedó obligado a respetar los derechos de terceros.

"Por tanto, (a). Al señor Castillo se le otorgó el derecho, —de lo que no se sigue que él contrajera la obligación—, de dragar. En todo caso, él no contrajo la obligación de dragar el lecho en toda su extensión. "Pudiendo al efecto dragar las partes favorables." Quedaba, pues, a su arbitrio determinar dónde dragara, por estimar favorable la parte o las partes que eligiera para ejercer el derecho que le otorgó el Gobierno; (b). Había de respetar los derechos de quienes tuvieran títulos de minas situadas, en todo o en parte, en el lecho del río.

"Con las precedentes aclaraciones, convengo en el primer hecho.

"2). Quedo de acuerdo en el segundo hecho.

"3). También quedo de acuerdo en el tercer hecho.

"4). También quedo de acuerdo en el hecho o en los hechos expresados en el ordinal cuarto.

"5). The Anglo Colombian Development Company, Limited, a virtud de la cesión del contrato, sustituyó al señor Castillo en el mismo contrato.

"6). Convengo en el sexto hecho. Y agregó que The Anglo Colombian Development Company, Limited, hubo de suspender poco después, el 29 de mayo de 1916, los trabajos iniciados; porque, en ejecución de un fallo del Tribunal de Cali, en juicio contra ella que siguió el señor Henry G. Granger, se le dio posesión a éste de la mina denominada "René", donde había iniciado los trabajos, y se le desposeyó a ella.

"7). Si las minas denominadas "René" y "Lincoln", situadas en el lecho del río Condoto, quedaron o no comprendidas en el contrato, es punto de derecho. Si de esas minas se le pudo dar título al señor Granger, como se le dio, no

estaban comprendidas en el contrato, que obligaba al contratista a respetar los derechos de terceros. El hecho declarado por el demandante, de habersele dado posesión de esas minas al señor Granger, debía hacer presumir que las mismas minas eran de él; porque al poseedor se le presume dueño mientras otro no acredite serlo.

"8). Como no tengo a la vista el título de la mina "René", no puedo ni afirmar, ni negar, que la transcripción de la diligencia de posesión de esta mina sea fiel.

"9). Por no tener a la vista el título de la mina "Lincoln", tampoco puedo decir si es o nó fiel la transcripción de la diligencia de posesión de esta mina.

"10). No sé si por la escritura que se expresa en el punto o hecho décimo, se protocolizaran los títulos de estas dos minas.

"11). Es verdad que, desde 1913, surgieron disputas entre el señor Granger, que sostenía que las minas "René" y "Lincoln" le pertenecían, y mi poderdante, que sostenía lo contrario, en mi concepto, sin razón.

"12). También es verdad que entre el señor Granger y mi poderdante, hubo el pleito a que me he referido. Si mis recuerdos no son equivocados, mi poderdante le denunció el pleito al Gobierno; pero esa denuncia no fue admitida. No recuerdo si la sentencia diga o nó que quedaran a salvo derechos de la Nación.

"13). Mi poderdante consignó una protesta en la escritura citada en el ordinal trece.

"14). Niego que entre el señor Granger y mi poderdante se celebraran arreglos. Y permítaseme que diga, de paso, que los términos en que se expresa el demandante son propios de los denunciadores de bienes ocultos, cuyo desinterés es notorio.

"Después de sentencia del Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de noviembre de 1914, que infirmó el ordinal 3º de la Resolución del Ministro de Obras Públicas, de 8 de septiembre de 1913, y la Resolución del mismo Ministerio, de 14 de marzo de 1914, y después del fallo del Tribunal de Cali y de su ejecución (la protesta de mi poderdante era cosa extraña a arreglos) a insinuación del Ministro de Relaciones Exteriores, lo que no podré comprobar, porque de eso no se deja protocolo, ni prueba alguna, se llegó a un arreglo entre mi poderdante y nó el señor Granger, sino la Pacific Metals Corporation, sucesora del señor Granger, que consistió esencialmente en que mi poderdante respetara los derechos del señor Granger, después de la Pacific Metals Corporation. De nada privó este arreglo a la Nación; porque, conforme al contrato con ésta, debía el contratista respetar los derechos de terceros, y la tesis de que no podían haberse dado títulos

de minas en lechos de ríos, con la cual se quisieron desconocer los derechos del señor Granger, contra lo practicado en más de medio siglo de vigencia del Código de Minas, era insostenible, y porque la participación de la Nación era de los productos de la explotación y el contratista no estaba obligado a explotar todo el lecho del río. En todo caso, no era el contratista, que tenía un título de arrendatario, quien podía reivindicar las minas "René" y "Lincoln", sino el arrendador, la Nación, que ni había ejercido ninguna acción, ni la ejerció más tarde.

"15). Niego esté hecho.

"16). Lo que puedo decir respecto del párrafo transcrito de un informe del doctor Abadía Méndez, es que no se puede considerar justo si quiso significar que las dos sociedades se habían entendido para un fin poco lícito. El verbo *conchabar*, en lenguaje no familiar, tiene el sentido de *unir*, *asociar*; y *conchabado* significa *asociado*. Probablemente el doctor Abadía Méndez nó quiso decir que las dos sociedades se habían entendido para un fin ilícito.

"17). El contrato de que habla el demandante en el ordinal 17, sin más fin sino dar a entender que su desaparecimiento es obra de mi poderdante, porque lo que dice no sirve de fundamento a lo que pide, nunca fue definitivo. El Consejo de Estado, a solicitud del General Jorge Martínez L., declaró nula la Resolución del Ministro de Obras Públicas, de 31 de marzo de 1920, según la cual no era el caso de intentar acción judicial contra el señor Granger o sus sucesores, por el hecho de comprender lechos de los ríos *algunos* títulos de minas. Declaró el Consejo de Estado nula esa Resolución, porque no aparecía firmada por el Presidente de la República. Y como esa misma Resolución era base del contrato, éste no fue sometido al Consejo de Estado. Se abandonó ese contrato. Ningún interés puede haber tenido mi poderdante en su desaparecimiento.

"18). Niego que mi poderdante explotara las minas "René" y "Lincoln". Sólo inició trabajos en la primera de estas minas, que hubo de suspender por habersele dado posesión de esa mina al señor Granger.

"19). Si mi poderdante no explotó estas minas, no hubo producto del cual tuviera que dar una participación a la Nación. Del producto de la explotación de la mina "René" durante el corto tiempo en que la explotó, mi poderdante ofreció pagar la participación de la Nación, pero el Gobierno rehusó recibirla.

"La demanda principal es contradictoria e inepta; porque el demandante pide que se declare que el demandado excluyó indebidamente del objeto de la concesión el trayecto comprendido entre la boca de Bazán y la des-

embocadura del río Condoto en el San Juan, esto es, las minas 'René' y 'Lincoln', lo que vale decir que no explotó estas minas, y, al propio tiempo, que se le condene a pagar una participación del producto bruto de una explotación que comienza por manifestar que no efectuó.

"Ambas demandas, la principal y la subsidiaria, son ineptas además; porque la obligación de pagar una participación, una de las peticiones principales, o la de pagar perjuicios, petición subsidiaria, no podrían tener fundamento sino en el hecho de que mi poderdante se hubiera obligado a explotar las minas 'René' y 'Lincoln'; y el demandante no ha afirmado este hecho. Nada dice sobre que mi poderdante hubiera contraído esta obligación.

"Niego el derecho invocado.

"Contradigo las dos demandas, principal y subsidiaria, en todas sus partes."

El doctor Juan Uribe Holguín, en representación de los causahabientes o herederos del señor Henry G. Granger, contestó la demanda instaurada de esta manera:

"En cuanto a los hechos:

"Los expuestos en los ordinales 1 a 6, son extraños a la parte que represento. El contrato de 30 de noviembre de 1907, entre el Gobierno y el señor José Cicerón Castillo, es *res. inter alios acta* para el señor Henry G. Granger. Por tanto, ni afirmo, ni niego esos hechos.

"7). Si las minas denominadas 'René' y 'Lincoln', situadas en el lecho del río Condoto, quedaron o no comprendidas en el contrato de 30 de noviembre de 1907, es punto de derecho. En mi concepto no quedaron comprendidas.

"8 y 9). Por no tener a la vista los títulos de minas, no puedo decir si las transcripciones hechas en estos ordinales son o no fieles.

"10). No sé si por la escritura que se expresa en el hecho décimo, se protocolizarían los títulos de las dos minas mencionadas. Semejante hecho a nada conduce.

"11). Es exacto el hecho. No sé por qué se permita el demandante expresar que las diferencias pudieron ser aparentes.

"12). También es verdad que entre el señor Granger y The Anglo Colombian Development Company, Limited, hubo un pleito. El señor Granger venció a la sociedad demandada.

"13). Sé que The Anglo-Colombian Development Company, Limited, consignó una protesta en escritura pública.

"14). Niego este hecho.

"15). No lo afirmo, ni lo niego. Este hecho es extraño a mi parte.

"16). Este hecho, inconducente, también es extraño a mi parte.

"17). No sé si el contrato de que habla el demandante, desaparecería o no. En ese contrato no era parte el señor Granger.

"18). Niego este hecho. The Anglo-Colombian Development Company, Limited, apenas comenzó trabajos en la mina 'René', que hubo de suspender por haberla vencido en juicio el señor Granger, a quien se dio judicialmente posesión de esa mina.

"19). Este hecho no toca con mi parte.

"La demanda es inepta en lo que atañe a mi parte, porque contra ella no pide el demandante ninguna declaración.

"Acaso se arguya que la singular declaración pedida subsidiariamente, de que las minas 'René' y 'Lincoln' no han salido del patrimonio de la Nación, como si las minas, salvo algunas, como las de Muzo y las salinas de Zipaquirá, fueran bienes patrimoniales de la Nación y no *res nullius*, mientras no sean avisadas, —si atañe a mi parte—; pero esto no es así, porque el señor Granger se desprendió de sus derechos en esas minas, y sus representantes o herederos no son dueños, ni poseedores, de esas minas. Claro es que semejante declaración no podría hacerse sino con audiencia de los dueños y poseedores de tales minas.

"Niego el derecho invocado.

"Contradigo las dos demandas, principal y subsidiaria, en todas sus partes."

* * *

Por otro lado, el doctor Miguel S. Uribe Holguín, en su ya expresado carácter de apoderado de The Anglo-Colombian Development Company Ltd., presentó contra la Nación la demanda de reconvencción que se examinará y fallará en su debido lugar.

DEMANDA PRINCIPAL

Los límites de la controversia.

De acuerdo con las transcripciones que quedan hechas de la demanda principal y de sus respectivas contestaciones, se sabe dentro de qué límites ha quedado planteada la presente controversia.

El demandante confiesa en el encabezamiento de la demanda, que es apoderado de la Nación para demandar los derechos que a ésta le corresponden "por concepto de la explotación —se subraya— del oro y del platino, provenientes del lecho del río Condoto en los trayectos comprendidos desde la boca de Bazán hasta las bocas en el río San Juan, donde aquél vierte sus aguas, trayectos conocidos común, aunque impropriamente, con los nombres de minas 'René' y 'Lincoln', dentro de los límites del objeto de

la concesión Castillo, contrato que celebró el Gobierno Nacional por el año de 1907.”

Esta declaración del demandante está conforme con la Resolución número 59 de 22 de abril de 1936, dictada por el Ministerio de Hacienda, en la cual consta que de acuerdo con lo que consiste el respectivo denuncia de bienes ocultos, el Ministerio:

a) Declara bien oculto del Estado *la participación* que corresponde a la Nación por concepto de *la explotación* —se subraya— del oro y del platino provenientes de las minas “René” y “Lincoln”;

b) Que es procedente la acción de nulidad indicada por el denunciante para declarar dicha participación, y

c) Que inviste a aquél de la personería necesaria para hacer efectivos los derechos del Estado, ordenando al respectivo Agente del Ministerio Público que coadyuve las acciones que propondrá el denunciante.

Con respecto a la clase de acción contemplada tanto por el denunciante como por el Ministerio, la Resolución de que se trata dice así en lo pertinente:

“El denunciante considera que los títulos de adjudicación de las minas ‘René’ y ‘Lincoln’ están viciados de nulidad en fuerza de las causas que adelante expondránse, y basado en esta nulidad concluye así:

“Como la declaración de esa nulidad lógicamente lleva a reputar que las minas ‘René’ y ‘Lincoln’ nunca han salido del patrimonio nacional, las compañías cesionarias de la concesión Castillo, contando también a la Chocó Pacífico S. A., como administradora, apoderada, representante o delegada en Colombia de los negocios de la The Anglo-Colombian Development Co. Ltd., están en la obligación de pagar el diez por ciento sobre los productos brutos, de acuerdo con la estipulación conocida de aquella concesión.

“El denunciante sostiene que al Estado asiste el perfecto derecho para impugnar la adjudicación de las mencionadas minas, y, una vez conseguida la anulación ante el Poder Judicial, quedará establecido de manera indudable y por vía de consecuencia, el derecho a cobrar las participaciones que corresponden al Estado, junto con todo lo demás que jurídicamente sea el accesorio de la principal obligación.

“Y la nulidad se basa en que de acuerdo con los artículos 54 del Código de Minas y 313 de la Ley 153 de 1887, la extensión de las minas de aluvión será un cuadrado que tenga tres kilómetros de base —si la mina quisiera comprenderse dentro de un cuadrado— o dos kilómetros de altura por cinco de base, si la extensión desea encerrarse entre un rectángulo; debiéndose mar-

car sobre el terreno con puntos de referencia llamados mojones, las respectivas figuras geométricas.

“Así pues como la ley señala de un modo tan terminante que las minas de aluvión deben tener su extensión comprendida, ya dentro de un cuadrado de cierta dimensión básica, ya dentro de un rectángulo de particulares base y altura, y ordena además que tales figuras se marquen o fijen sobre el terreno con cuatro puntos de referencia, habrá que admitir que se ha prohibido adjudicar minas en circunferencias, o en polígonos distintos de los indicados, o sin señalar los puntos de referencia sobre el terreno en la forma como ha sido ordenado.”

“... ..
“Aun cuando corresponde al Poder Judicial decidir acerca de la supuesta nulidad de los títulos de las minas ‘René’ y ‘Lincoln’, no por ello el Ministerio debe dejar de estudiar si esa nulidad tiene algún fundamento, porque de no tenerlo el bien denunciado estaría despojado para la Nación de uno de los principales caracteres de oculto. La Nación en tanto tiene derecho a percibir la participación sobre las minas, en cuanto se acredite que los títulos son inoponentes en orden a efectuar la transmisión de la propiedad del Estado al adjudicatario, y desde luego a los cesionarios. En otros términos, que para que aparezca viable el denuncia, la Nación está obligada a cerciorarse de que la acción judicial propuesta como medio para reincorporar el bien en su patrimonio presentase, por lo menos *prima facie*, con signos de verdad.”

A continuación, el Ministerio entra a exponer las razones legales que a su juicio y a juicio del denunciante existen para afirmar que la adjudicación de las minas “René” y “Lincoln” a Henry G. Granger es contraria a las leyes por falta de determinación precisa de las minas mencionadas, concluyendo en la forma siguiente:

“Demostrado pues que la acción de nulidad, propuesta como medio para llegar a hacer efectiva la participación que le corresponde al Estado en las minas ‘René’ y ‘Lincoln’, que un (sic) cuando de carácter absoluto la Nación puede alegar en su provecho, desde que a ella no la comprende la sanción penal prevista en el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, dada la manera como el Estado perfecciona sus contratos, tiene probabilidades de prosperar ante el Poder Judicial, el denuncia formulado por el señor Murillo al Ministerio, debe aceptarse.

“En consecuencia, el Ministerio

RESUELVE:

“1º. Declarar como bien oculto del Estado la participación que le corresponde a la Nación por concepto de la explotación del oro y del platino

proveniente de las minas denominadas 'René' y 'Lincoln', situadas en el cauce del río Condoto, dentro de los límites de la concesión Castillo, participación que monta al (sic) diez por ciento (10%) del producto bruto de tales minerales y que las compañías explotadoras cesionarias de la concesión Castillo dejaron de pagar desde el 20 de julio de 1915 hasta el día en que se declaró la caducidad de dicha concesión.

"2º Declárase procedente la acción de nulidad indicada por el denunciante para reclamar dicha participación.

"3º Invístase al denunciante de la personería necesaria para hacer efectivos los derechos del Estado, y ordénese al respectivo (sic) Agente del Ministerio Público que coadyuve las acciones que propondrá el denunciante."

En cuanto a la acción de nulidad de que se trata, se considera allí que "una vez conseguida la anulación ante el Poder Judicial, quedará establecida de manera indudable y por vía de consecuencia el derecho a cobrar las participaciones que corresponden al Estado, junto con todo lo demás que jurídicamente sea el accesorio de la principal obligación."

PRIMERA OBSERVACION DE LA CORTE

El derecho a cobrar a The Anglo-Colombian Development Co. Ltd., *participación* en los productos de las minas no proviene, esencial ni necesariamente tal como se ha planteado esta controversia, de que se declaren o no se declaren nulas —por las razones que fueren— las adjudicaciones de las minas "René" y "Lincoln", que se hicieron en 1897 a Henry G. Granger, sino de que tales minas hayan sido realmente explotadas por The Anglo-Colombian Development Company Ltd., como sucesora del concesionario José Cicerón Castillo.

Pero observa la Corte, y por ello en la parte resolutive del presente fallo dejará a salvo los derechos de la Nación, que propiamente el demandante no ha promovido la acción de nulidad de la adjudicación de las minas "René" y "Lincoln" a Henry G. Granger, ni tal nulidad aparece de manifiesto aquí.

Debe, igualmente, hacerse observar que es consecuencia de lo dicho, además de la acción o acciones que la Nación pueda promover para alcanzar esta declaración, que concedida a alguna persona la facultad de promover una acción sobre bienes ocultos, no puede quedar a juicio de dicha persona incoar y seguir otra clase de acciones o prescindir de las que debió promover, según el contrato respectivo celebrado con el Gobierno, tanto porque el denunciante obra en carácter de mandatario de la Nación, como porque a ésta no puede imponérsele por

medio de una sentencia, una situación jurídica que no estuvo en su propósito crear ni aceptar.

Con estas aclaraciones preliminares, que la Corte ha considerado necesario hacer, se tiene lo siguiente:

El hecho de no haber explotado las minas "René" y "Lincoln" The Anglo-Colombian, si pudo explotarlas, y si estaba contractualmente obligada a explotarlas, daría derecho, no a *participación* en lo que no pudo o no quiso explotar dicha Compañía, sino, en el segundo caso, a otra clase de acción: a la de indemnización de los perjuicios consiguientes a la falta de cumplimiento de la obligación contraída. (Código Civil, artículos 1613 y 1615).

Tanto el representante de la Anglo Colombian como el de los sucesores de Henry G. Granger, aceptan (contestación al hecho sexto de la demanda) que tal Compañía apenas *inició* trabajos de explotación en la mina "René", los cuales trabajos tuvo que suspender "por haberla vendido en juicio el señor Granger, a quien se dio judicialmente posesión de esa mina", lo que significa que niegan que dicha Compañía hubiera explotado las minas mencionadas por todo el tiempo de la concesión.

* * *

¿Qué dicen las peticiones principales de la demanda principal? ¿Están en armonía tales peticiones con los hechos fundamentales de esa demanda?

Precisa examinar previamente estas cuestiones para deducir de tal examen las conclusiones que, en conexión con las pruebas que se han aducido por las partes, puedan suministrar a la Corte los elementos de juicio necesarios para desatar la presente controversia.

Las siete peticiones que con carácter de principales formula en su demanda el actor, pueden sintetizarse así:

1ª Que la concesión Castillo comprendió no sólo el trayecto de la boca de Bazán para arriba, sino también los trabajos de la boca de Bazán para abajo, hasta la desembocadura en el río San Juan, o sea, el trayecto en que se hallaban las minas "René" y "Lincoln";

2ª Que la Anglo Colombian, como cesionaria de José Cicerón Castillo, *excluyó* indebidamente del objeto de la concesión para explotar los metales preciosos del lecho del referido río Condoto, "el trayecto del río Condoto", de que se trata;

3ª Que "son contrarios a las leyes colombianas entonces vigentes, porque violan las disposiciones de los Códigos Civil y de Minas que ordenan la determinación y certeza de la propiedad minera", "los motivos causas, fundamentos o razo-

nes" que tuvo la Anglo Colombiana "para excluir del objeto de la concesión, el trayecto mencionado" del lecho del río Condoto;

4ª Que la Anglo Colombiana, como cesionaria de Castillo, está obligada a pagar a la Nación el diez por ciento del producto bruto de la explotación del oro y del platino provenientes del lecho del río Condoto en el trayecto mencionado, "explotación que comenzó el 20 de julio de 1915 y que debió terminar el 26 de enero de 1933";

5ª Que la Anglo Colombiana debe pagar a la Nación, por concepto de esa participación, un millón de pesos con sus respectivos intereses corrientes o legales desde el 20 de julio de 1915, o lo que se demuestre legalmente en el curso del juicio.

La Corte procede a analizar a continuación las peticiones de que se trata y a dejar expresado su concepto con relación a cada una de ellas.

1ª El texto del artículo 1º del contrato entre José Cicerón Castillo y la Nación, de fecha 30 de noviembre de 1907, es el siguiente:

"Artículo 1º El Gobierno otorga al concesionario el derecho de sacar por medio de dragas, del lecho del río Condoto, afluente del San Juan, en la Intendencia del Chocó, y en la extensión comprendida desde las cabeceras del río hasta su desembocadura en el San Juan, los metales que se encuentren en el lecho del río, pudiendo al efecto dragar las partes favorables, sin perjuicio de terceros, en la extensión indicada. Para el efecto del dragado se entiende por lecho del río las playas, los bajíos y las islas que están en el cauce actual.

"Parágrafo 1º Los puntos en los cuales el río no sea dragable serán explotados por maquinarias hidráulicas de succión, y el Concesionario se obliga a montar dentro del término de veinte meses una planta hidráulica, constituida por un elevador hidráulico operado por dos motores.

"Parágrafo 2º Para el efecto de montar las máquinas hidráulicas, el Concesionario tendrá el derecho de hacer uso de las aguas del río Condoto, como fuerza motriz, construyendo al efecto presas, canales y *reservoir*, todo sin perjuicio de terceros; y podrá también usar los bosques nacionales para el corte de maderas apropiadas para las construcciones que necesita la empresa."

Se destaca de lo transcrito, lo siguiente:

El concesionario tenía "el derecho", para extraer metales preciosos, de dragar todas "las partes favorables" del lecho del río Condoto, *y sin perjuicio de terceros*.

La frase "sin perjuicio de terceros", empleada en el contrato de 30 de noviembre de 1907, frase que fue posteriormente complementada entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario, confirmando *que el contratista se obligaba a respetar los derechos de terceros*. (Véase declaración de fecha 18 de diciembre de 1907, adicional al contrato de 30 de noviembre de ese mismo año), no puede considerarse como una simple declaración genérica y rutinaria, sino como la solemne expresión de la voluntad de la Nación y del contratista acerca de que si por cualquiera causa preexistían en la materia de la concesión derechos de terceros, estos derechos de terceros serían respetados por el Contratista; y, por consiguiente, considerándose que estaba excluido de la concesión todo aquello a lo cual estuvieran vinculados tales derechos de terceros, el contratista no podría pretender ningún derecho a la explotación de los metales en las partes del lecho del río Condoto afectadas por esa situación restrictiva de su actividad como concesionario. Lo dispuesto en el artículo 47 del Código Fiscal, por analogía, refuerza este concepto. Pero como esta declaración no podía ni puede entenderse solamente en el sentido favorable y unilateral que pusiera a salvo la responsabilidad de la Nación, ella tiene que operar también en el sentido de que tampoco la Nación podría pretender participación en lo mismo que por virtud de su expresada declaración debía considerarse excluido de la concesión, si estaba en manos de terceros. La participación de la Nación era una consecuencia de la explotación de las minas, y si no podía haber explotación porque había derechos de terceros que la Compañía concesionaria se había comprometido contractualmente a respetar, tampoco podría existir participación para la Nación en lo no explotado, porque no se podía explotar por parte de la Compañía aquello sobre lo cual se le había impuesto la obligación de respetar los derechos de terceros.

Así entendida la cuestión, hay que aceptar que las minas "René" y "Lincoln", jurídicamente, no estaban ni podrían estar incluidas en la concesión si, como de autos aparece, tales minas ya habían sido adjudicadas desde 1897 a Henry G. Granger por la Gobernación del Cauca, y que, por tanto, ni la Nación puede exigirle al concesionario participación en la explotación de ellas, ni el concesionario ni ninguno de sus sucesores puede exigir nada a la Nación por razón de la falta de entrega del trayecto del río Condoto en que estaban situadas tales minas, ni por la explotación que de éstas hubiera hecho otra entidad distinta.

En torno de estas consideraciones preliminares y esenciales, se plantea y desenvuelve la presente controversia, y conforme a ellas hay que desatar ésta, pues así lo confirman tanto los hechos de que da cuenta el informativo, como las pruebas que se han aducido por las partes, según se pasa a exponer.

Que The Anglo-Colombian Development Company, Ltd.; como se dice en uno de los pedidos de la demanda principal, *excluyó* del objeto de la concesión el trayecto del río Condoto donde se hallaban las minas René y Lincoln, y que tal exclusión la hizo debida o indebidamente esa Compañía, sólo conduce a una misma conclusión: que ella *no explotó* tal trayecto; y si no lo explotó, no cabe demanda alguna de la Nación contra ella a título de *participación* en lo que esa Compañía no explotó. La acción, como antes se dijo, sería otra, en tal evento.

La petición de que se condene a la Anglo Colombiana al pago de determinada suma e intereses "por concepto de *participación*" del diez por ciento en los productos de la explotación de las minas René y Lincoln, debe tener como necesarios soportes en este juicio, por un lado, un hecho fundamental en el libelo de la demanda, a saber: *que esta Compañía explotó esas minas*; y, por otro, la prueba de que tal explotación la efectuó *dicha Compañía*, realmente, por sí, o por otra a su nombre o en connivencia fraudulenta con persona o entidad distinta para eludir sus obligaciones con la Nación.

Y la verdad es no sólo que entre los hechos de la demanda no figura ninguno en que se afirme, como claramente se debió afirmar, que la Anglo Colombiana realmente explotó las minas René y Lincoln por el tiempo que debía hacerlo, sino que apenas se dice allí que "inició los trabajos de la explotación de los terrenos de la concesión Castillo —cauce del río Condoto— el 20 de julio de 1915" (hecho sexto de la demanda), y que "*explotó o debió explotar por cuenta propia, exclusiva o en participación con el señor Henry G. Granger y sus socios, asociados, representantes, agentes o cesionarios las llamadas minas René y Lincoln, situadas dentro del cauce del río Condoto y comprendidas en el objeto de la concesión Castillo*" (hecho décimocotavo).

Pero al juzgador no le es dable en la interpretación de las demandas tratar de adivinar la intención del actor completando lo que éste no ha formulado con la seguridad, claridad y precisión debidas en los hechos fundamentales de la acción, ni puede tampoco tratar de acomodar a alegaciones posteriores, lo que en el libelo

haya expuesto aquél en forma oscura, contradictoria, deficiente o dubitativa.

Que The Anglo Colombian *inició* los trabajos de explotación, es, sin duda, un hecho que el demandante afirma de modo claro, preciso y seguro; mas no sucede lo mismo con lo expuesto en el hecho décimocotavo.

A la Corte no le basta que se diga, como se dice en el hecho marcado con este número, que "The Anglo Colombian Development Company Ltd., *explotó o debió explotar* por cuenta propia, exclusiva o en participación con el señor Henry G. Granger y sus socios asociados, representantes, agentes o cesionarios, las llamadas minas René y Lincoln situadas dentro del cauce del río Condoto y comprendidas en el objeto de la concesión Castillo".

Para saber que la Compañía de que se trata debe a la Nación la *participación* demandada, finalidad de la demanda principal, debió afirmarse en el libelo, sin lugar a equívocos, que hubo explotación de las minas René y Lincoln por parte de dicha Compañía, y dar la prueba plena de que tal explotación la efectuó esa Compañía, así como la de la nulidad de la adjudicación hecha a Granger.

Y estos hechos, no sólo no se han afirmado con la precisión, claridad y seguridad debidas, en la demanda ni se ha dado la prueba de ellos, sino que la manifestación de que "explotó", se destruye con la frase "*o debió explotar*", con la cual se le desea complementar, pues si la Compañía no explotó y estaba obligada a explotar, que es lo que significa la afirmación de que "debió explotar", si excluyó indebidamente de la explotación las minas René y Lincoln, quiere ello decir que no existió la explotación, sino todo lo contrario, un hecho negativo distinto: el incumplimiento de la presunta obligación, la violación del contrato; y, en tal caso, no podría pedirse que se condene a la Compañía al pago de *participación*, en una explotación no realizada, sino al pago de *los perjuicios* por haber omitido el cumplimiento del hecho constitutivo de esa presunta obligación. Que The Anglo Colombiana hubiera excluido de la explotación determinado trayecto del río Condoto y que a la vez lo hubiera explotado, son hechos contrarios que se excluyen entre sí.

Es, pues, consecuencia de lo expuesto, que no tienen apoyo en los fundamentos de la demanda, y, que, por tanto, no puede la Corte acogerlas ni hacerlas, las "declaraciones condenatorias" pedidas por el actor como principales.

LAS PETICIONES SUBSIDIARIAS

En cuanto a las peticiones subsidiarias, ellas tendrían asidero, de no existir los factores que

también obran en sentido adverso al propósito del demandante y que se procede a examinar a continuación.

Con efecto, la primera de tales peticiones subsidiarias se endereza a que se declare "que no han salido del patrimonio de la Nación los territorios minerales de aluvión aurífero y platinífero, conocidos impropriadamente con los nombres de minas René y Lincoln".

¿Por qué no salieron del patrimonio de la Nación esas minas? El actor no lo dice en ninguno de los hechos de la demanda.

Por el contrario, en el hecho 7º expresa que esas minas quedaron comprendidas "dentro de la concesión Castillo", y que ellas "fueron entregadas por la Gobernación del antiguo Departamento del Cauca en el año de 1898, bajo los números 1056 y 1094 de las respectivas titulaciones, al señor Henry G. Granger; pero ni en esa ni en otra parte de la demanda da el demandante la razón por la cual esas minas, que él mismo confiesa que fueron adjudicadas y entregadas a Granger (hecho, por otra parte, comprobado en autos) no hubieran salido del patrimonio de la Nación.

El demandante presenta ahora con su alegato ante la Corte, manifestando que prohija los conceptos en él emitidos, un estudio del doctor Enrique A. Becerra, en el cual se sostiene que los títulos de las minas René y Lincoln en favor de Henry G. Granger, son inválidos porque no se podía adjudicar, por considerarse bienes de uso público, y por ende, inalienables, minas en los lechos de los ríos navegables; que las minas René y Lincoln, que se hallaban en ese caso, también estaban abandonadas por no haberse redimido en forma legal y que fueron adjudicadas contrariando las exigencias legales sobre determinación y extensión.

Se observa, ante todo, que si bien en el alegato de que se trata se hace ahora referencia a estas cuestiones, la demanda no contiene expresamente ninguna petición para que se declaren nulas o sin valor las adjudicaciones de que se trata, ni tampoco contiene ningún hecho referente a estas alegaciones, posteriores a dicha demanda.

En la demanda, como ya se vio, pide el demandante, con carácter *subsidiario*, que se declare que las minas René y Lincoln "no han salido del patrimonio de la Nación", pero a tal petición debía corresponder en el libelo la afirmación clara del hecho del cual se deduzca la causa o razón de tal pedimento. Y tal hecho no, existe entre los de la demanda, como ya se ha dicho y consta.

La petición hecha por el demandante (entre las principales de la demanda) para que se de-

clare que "son contrarios a las leyes colombianas entonces vigentes porque violan disposiciones de los Códigos Civil y de Minas, que ordenan la determinación y certeza de la propiedad minera, los motivos, causas, fundamentos o razones que tuvo 'la Anglo Colombian' para excluir del objeto de la concesión el trayecto mencionado donde se hallaban las minas René y Lincoln", y no tiene en el libelo ningún hecho que le sirva de respaldo o fundamento.

Pero aunque todo esto no fuera así, la declaración de nulidad absoluta de las adjudicaciones de las minas René y Lincoln, hechas a Granger, como ya se dijo, tampoco conduciría a desatar la presente controversia en sentido favorable a las pretensiones del actor, por lo que hace relación a la Anglo-Colombian. En efecto:

a) El derecho de la Nación contra The Anglo Colombian a la participación en el producto de la explotación de las minas "René y Lincoln" no es originaria de que se acreditara y reconociera que "son" (o mejor dicho, que *fueron*) inoperantes por nulos los títulos de adjudicación de esas minas a Granger, sino del hecho de que The Anglo Colombian Development Co., Ltd., *hubiese explotado* tales minas durante el tiempo de la concesión.

b) El título de Granger podía ser *jurídicamente* inválido y no transferir a este señor la *propiedad* de tales minas, y, sin embargo, la Anglo Colombian pudo estar jurídica y materialmente incapacitada para explotarlas, por estar esas minas en la *tenencia y posesión* de Granger en atención a un acto del Gobierno, aquel en cuya virtud les fueron adjudicadas precedentemente tales minas —y por razón de una decisión judicial— aquella en cuya virtud se le concedió al mencionado Granger, en oposición a la Anglo Colombian, la posesión de dichas minas. Que fue precisamente lo que sucedió.

c) De lo que el mismo demandante ha dicho en su alegato se desprende que hubo una "situación jurídica pasada" que surgió como necesaria consecuencia de las adjudicaciones hechas por la Gobernación del Cauca en 1897 a Henry G. Granger de las minas René y Lincoln y de "la entrega de posesión" de esas minas a dicho señor en el año de 1898; y que esa situación *jurídica*, creada por virtud de tales adjudicaciones a Granger en 1897 y 1898 y reafirmada en favor de este mismo señor en 1915 cuando el Juez de Isthmina y el Tribunal Superior de Cali les confirmaron la posesión de esas minas, en oposición a la tenencia que de ellas pedía la Anglo Colombian para explotar el trayecto en que estaban situadas, imponía el deber de ser respetada por esa Compañía, no sólo porque ella se había comprometido contractualmente a res-

petar los derechos de terceros, sino porque no correspondía a ella rebelarse contra esas providencias judiciales, ni tenía acción, porque no era dueña ni poseedora de tales minas, para promover ante el Poder Judicial los recursos correspondientes, ya contra las adjudicaciones que de tales minas había hecho a Granger la Gobernación del Cauca, para que se declararan nulas, ora contra las providencias del Juez de Istmina y del Tribunal Superior de Cali que excluyeron a la Anglo Colombian de la tenencia y goce del trayecto del río Condoto en que ellas estaban situadas, para conservar en la posesión de tal trayecto a Granger en virtud de los títulos que la Gobernación del Cauca le había otorgado.

Esa "situación jurídica pasada", tuvo como obligada consecuencia la imposibilidad de explotar The Anglo Colombian Development Co., Ltd., las minas René y Lincoln. Acerca de su existencia no hay ninguna duda para la Corte. El mismo demandante reconoce que tal situación existió desde cuando se hicieron a Granger las adjudicaciones y "entrega de posesión" de esas minas en 1898, y cuando desde 1913 surgieron entre la Anglo Colombian y Granger serias diferencias que culminaron en un litigio que fue fallado en el sentido de mantener a Granger en la posesión del trayecto del río Condoto en que se hallaban las minas René y Lincoln, lo cual determinó a la Anglo Colombian a protestar ante el Gobierno por medio de la escritura pública número 814 de 12 de julio de 1916, de la Notaría 3ª de Bogotá, escritura en la cual la Anglo Colombian hizo constar, además, que en su concepto carecía Granger de derecho en las minas por ser ineficaces los títulos que se le habían otorgado. (C. número 10, folio 81).

Estas cuestiones aparecen aceptadas por el demandante en los hechos 11 a 13 de su demanda, y están, por lo demás, debidamente confirmadas en este juicio por numerosos documentos oficiales supletorios, pues consta que desapareció, probablemente en un incendio que se dice ocurrió en Istmina, el expediente contentivo del juicio posesorio en el cual fue vencida por Granger The Anglo Colombian Development Co., Ltd.

Entre los documentos supletorios de que se trata, oportunamente se ha traído a los autos la copia de la actuación relacionada con un recurso de hecho interpuesto por el doctor Ignacio Rengifo ante el Tribunal Superior de Cali como apoderado de The Anglo Colombian Development Co., Ltd., y por las piezas obrantes en tal actuación se sabe:

1º Que el Juez 1º del Circuito de Istmina ordenó entregar la mina René a Henry G. Granger en auto de 16 de agosto de 1915;

2º Que esa orden se dirigió contra la Anglo Colombian, y que esta Compañía, ahí mismo, denunció la acción a la Nación, por conducto del doctor Roso López A., quien obraba como apoderado de dicha Compañía;

3º Que, súbitamente, el Juez citado, dictó otro auto el 19 de agosto de ese mismo año, y que en él dispuso abstenerse de seguir actuando en el negocio, con lo que ni le dio curso a la denuncia del pleito que había hecho Roso López a nombre de la Anglo Colombian, ni llevó a cabo la entrega de la mina a Granger. Esta nueva providencia constituía una revocatoria tácita de la del 16 de agosto, o, tácitamente, una aceptación a lo que favorecía a la Anglo Colombian;

4º Que en vista de este último proveído, el doctor Alfonso Villegas Restrepo, como apoderado de Granger, apeló de él y por eso vino el negocio al Tribunal de Cali, donde el 29 de septiembre de 1915 se dictó un auto por medio del cual se revocó el de fecha 19 de agosto del Juez de Istmina, y se ordenó que este Juez procediera conforme a su primer auto de fecha 16 de agosto, o sea, que entregara a Granger la mina "René"; como lo había dispuesto en esa primera providencia;

5º Que el doctor Ignacio Rengifo, como representante de la Anglo Colombian, reclamó al Tribunal contra este auto, expresando, como solitud principal, que se le diera curso a la denuncia del pleito que había hecho Roso López a nombre de la Anglo Colombian, o, en subsidio, que se declarara la nulidad de lo actuado;

6º Que el Magistrado sustanciador, en auto de 13 de octubre de 1915, negó ambas peticiones, alegando que Roso López había consentido—desde que no lo apeló— el auto del 16 de agosto del Juez de Istmina en que no le dio curso a la denuncia del pleito ni a la entrega de la mina "René"; y alegando también, que si Roso López era apoderado de la Anglo Colombian, no había nulidad en la actuación por haber actuado con poder y sin hacer reclamo alguno;

7º Que el doctor Rengifo volvió a reclamar y llevó el asunto en recurso de hecho ante la Sala del Tribunal, la que denegó el recurso porque no era apelable el auto.

Para la Corte es claro que Roso López, como apoderado de The Anglo Colombian, no tenía por qué apelar del auto del 19 de agosto de 1915 dictado por el Juez de Istmina, puesto que tal auto era favorable a dicha Compañía desde luego que dejaba insubsistente tácitamente el de 16 de agosto, por medio del cual le había ordenado que entregara a Henry G. Granger la mina René.

Revocado tácitamente tal auto, y absteniéndose de seguir actuando en el negocio el mencionado Juez, no cabía ya darle curso a la de-

nuncia que de esa controversia había hecho la Anglo Colombian a la Nación, pues, se repite, la orden de entregar la mina "René" a Granger, que era la materia u objeto de la controversia, quedaba sin efecto, y por ende, favorecida hasta ese momento, la citada Compañía. Tanto fue ello así, que el apoderado de Granger consideró necesario llevar en apelación el negocio ante el Tribunal de Cali, donde quedó resuelto en la forma que se deja ya expresada.

Pero aun prescindiendo de todos estos antecedentes, todavía quedan en los autos, como ya se dijo, muchos documentos oficiales —que por su gran número y extensión se haría muy prolijo citar— los cuales comprueban que la Nación estaba en conocimiento de las diferencias y querellas que desde 1913 se suscitaron entre Granger y The Anglo Colombian, quien atacaba la validez de las adjudicaciones de las minas René y Lincoln hechas a Granger y quien pedía reiteradamente al Gobierno que la amparara contra dicho señor, pues éste alegaba ser propietario y legal poseedor de esas minas en virtud de los títulos que le había otorgado la Gobernación del Cauca, e impedía a la Anglo Colombian "la continuación de las labores emprendidas para dar cumplimiento a los mencionados contratos" (sobre explotación del lecho del río Condoto). (Véanse Resoluciones de 28 de mayo de 1915 y 26 de enero de 1933, *Diario Oficial* números 15513 de 10 de junio de 1915 y 22317 de 21 de junio de 1933).

De la primera de esas Resoluciones, se copia lo siguiente:

"Debe advertirse que la presente Resolución se refiere también a los memoriales del doctor Francisco de P. Manotas, dirigidos al señor Presidente de la República con fecha 28 de diciembre de 1914, y a este Despacho, con fecha 10 de febrero, 24 de marzo y 15, 24 y 26 de abril del presente año, en los que el doctor Manotas pide que se ampare a la Anglo Colombian Development Company Limited, en el uso de los derechos que —dice— le dan los contratos de 9 de febrero de 1906 y de 30 de noviembre de 1907 para explotar los lechos de los ríos San Juan y Condoto, y que se proteja a dicha Sociedad contra las pretensiones del señor Henry G. Granger, quien trata, según afirma el peticionario, de impedirle a la Anglo Colombian Development Company Limited, la continuación de las labores emprendidas para dar cumplimiento a los mencionados contratos.

"En resumen, en este asunto o se trata de una simple querrela de policía, tendiente a conservar un *statu quo* determinado, o se persigue dirimir en el fondo y de manera definitiva una cuestión

de derecho, y en ambos casos este Despacho no puede ni debe intervenir en él, y por consiguiente se resuelve:

"1º Abstenerse de decidir las peticiones del doctor Miguel S. Uribe Holguin, apoderado del señor Henry G. Granger, en el sentido solicitado, por no ser este negocio de competencia del Ministerio.

"2º Tanto el señor Granger como la Anglo Colombian Development Company Limited deben acudir, para hacer valer sus derechos y dirimir sus querellas, a las autoridades de policía o a las autoridades del orden judicial, por los trámites establecidos en las leyes, según mejor convenga a sus intereses.

"Comuníquese, notifíquese y publíquese.

"El Ministro, Aurelio Rueda A."

Conviene hacer constar que, según se lee a folios 4 y siguientes del cuaderno número 8, las minas René y Lincoln fueron vendidas por Henry G. Granger, como *propietario de ellas*, a la Sociedad denominada *Pacific Metals Corporation*, por medio de escritura pública de seis de diciembre de 1916 (mil novecientos diez y seis), otorgada en New York ante el Notario W. H. Clark, y que esa escritura fue registrada ante el Registrador de Istmina el 20 de marzo de mil novecientos diez y siete.

Fue con esta Sociedad, y no con Granger, con quien The Anglo Colombian Development Co. Ltd., después de las precitadas providencias del Juez del Circuito de Istmina y del Tribunal Superior de Cali, del año de 1915, celebró un arreglo o convenio, según se asegura.

¿Cuáles fueron los términos o condiciones de ese arreglo? No se ha demostrado por la parte actora en el presente juicio ni consta de otro modo.

El demandante asegura (hecho 14 de la demanda) que a raíz de la ya citada protesta notarial de la Anglo Colombian, y, por tanto, después de las providencias del Juez de Istmina y del Tribunal de Cali, *esa Compañía* "entró en arreglos con el señor Granger, arreglos que culminaron en una fusión o alianza de las partes litigantes, quedando el Tesoro de la Nación privado de su derecho del diez por ciento sobre el producto bruto de la explotación del Condoto en el trayecto de las mentadas minas René y Lincoln...."

No está comprobado ni que ese arreglo se hubiera efectuado *con Granger* ni está tampoco comprobada la "*fusión o alianza*" entre la Anglo Colombian y Granger, quien para entonces, según consta, ya había vendido las minas "René y Lincoln" a la *Pacific Metals Corporation*, de New York,

En la contestación al hecho 14 de la demanda, el apoderado de la Anglo Colombian manifiesta que ese arreglo no se celebró con Granger, sino entre la Anglo Colombian y la *Pacific Metals Corporation*, y que consistió tal arreglo, esencialmente, en que la Anglo Colombian "respeta- ra los derechos del señor Granger, después de la *Pacific Metals Corporation*", "sucesora del se- ñor Granger".

La carta de fecha 13 de diciembre de 1919, a que alude el actor, dirigida por Granger al Mi- nistro doctor Esteban Jaramillo, fue posterior al memorándum del Jefe de la Sección de Minas, señor Mariano Argüelles, mencionado en la ya citada Resolución del 26 de enero de 1933 (D. O. número 22317), y al telegrama del 13 de enero de 1917, de José Cicéron Castillo para el Minis- tro de Obras Públicas, documentos en los que se hablaba, según se dice, "de arreglos entre Granger y la Anglo Colombian".

En tal carta apenas expresó Granger que en- tre la Anglo Colombian y la *Pacific Metals Cor- poration*, *Sociedad en cuyo nombre parece que hablaba* (subraya la Corte), "se celebró una tran- sacción que puso fin a toda cuestión" entre esas dos Compañías; pero ni por solamente eso es posible conocer cuáles fueron los términos pre- cisos de tal transacción ni tampoco resulta com- probada la *fusión o alianza* de la cual pudiera deducirse legalmente que esas dos Compañías quedaban formando como una sola ante la Na- ción para los fines de los derechos de ésta, de- rivados de la concesión Castillo. El hecho de fi- gurar como dos entidades jurídicamente distin- tas, aunque estuvieran representadas en Bogotá por una misma persona, colocaba y coloca a esas Compañías, desde el punto de vista legal, fuera del alcance de la justicia para tales fines, salvo que en el presente juicio se hubiera acre- ditado plenamente la colusión que, según se su- giere, existió entre ellas, Granger u otras, para perjudicar a la Nación aprovechándose ilícita- mente de la participación que a aquella corres- pondía en la concesión Castillo.

En apoyo de todo lo expuesto se considera necesario transcribir, tal como aparece en el D. O. N.º 22317, lo concerniente a la precitada carta de Granger para el Ministro doctor Esteban Jaramillo, y lo relativo al contrato en ella proyectado. Dice así:

"Hago constar en la presente carta, que la *Pacific Metals Corporation*, de Nueva York, socie- dad de la cual soy uno de los directores y a la que traspasé las minas situadas en los lechos de los ríos Condoto, San Juan, Iró y Tamaná, que me adjudicó hace ya muchos años la Goberna- ción del Cauca y que se redimieron, está dispues- ta a celebrar un arreglo con el Gobierno, para

poner fin a todo amago de pleitos acerca de los títulos de tales minas.

"Como he tenido ocasión de manifestarlo a us- ted, nosotros nos consideramos con un derecho perfectamente claro. Una jurisprudencia de cosa de cincuenta años y los conceptos de varios abo- gados de la mayor reputación, nos parece que deben darnos la más completa tranquilidad. Pe- ro deseamos prevenir pleitos, que siempre per- turban los negocios y también mantenernos con el Gobierno en la mayor inteligencia. De otro lado, reconocemos que el Gobierno requiere ren- tas e impuestos, y estamos listos a pagar más de lo que pagamos actualmente.

"A estos móviles obedece el arreglo de que hemos estado tratando usted y yo.

"Serian estas las bases de arreglo, que usted y el Gobierno han considerado satisfactorias:

"1) El Gobierno reconocería la legalidad de los títulos y renunciaría a cualquier acción de nulidad u otra. A mayor abundamiento, declara- ría conceder la explotación de nuestras minas para que se previniera toda eventualidad de li- tigio.

"2) Nosotros pagaríamos un porcentaje, en di- nero o en el oro mismo, del que saquemos de las minas. El oro no está gravado actualmente con derechos de exportación. En relación con el platino, además de los derechos de exportación, pagaríamos un porcentaje sobre el mayor valor de este metal, partiendo del precio que se le fijó al mismo metal durante la guerra mundial que ha terminado.

"3) En los pagos precedentes quedarían cu- biertos los impuestos sobre los metales; pero es entendido que continuaríamos obligados a cu- brir los impuestos ordinarios, como el impuesto sobre el de la renta, aduanas, etc. Me he permi- tido llamar la atención de usted a que, aún hoy, nosotros estamos pagando más de lo que están obligados a pagar los concesionarios de minas por contrato.

"4) Intervendría en el arreglo la Anglo Co- lombian Development Company, Limited, de Lon- dres, concesionaria de los ríos San Juan y Con- doto, para declarar su conformidad. Como sabe usted, entre esa Compañía y la nuestra se cele- bró una transacción que puso fin a toda cues- tión entre ellas; insinuada por el Gobierno, y hoy ambas Compañías están representadas en Bogo- tá por una sola persona.

"El Ministerio de Obras Públicas planeó en el año de 1920 la solución de los asuntos pendientes con el señor Granger, redactando el proyecto de la resolución a que se alude en el punto ante- rior, y un proyecto de contrato con la *Pacific Corporation*, sucesora del señor Granger en sus concesiones mineras, y con la Anglo Colombian

Development Company, proyectos sobre los cuales hizo un estudio por comisión del Consejo de Ministros el doctor Miguel Abadía Méndez, que lo era entonces de Instrucción Pública, el que aparece publicado en el número 17122 del *Diario Oficial*, correspondiente al 9 de abril de 1920, con la aprobación que le impartió el Consejo.

"En seguida el Ministro de Obras Públicas celebró el contrato que fue aprobado por el Poder Ejecutivo con fecha 20 de abril del mismo año, según información que se encuentra en la *Memoria* rendida por el Ministro de Obras Públicas al Congreso en sus sesiones de 1920 y en una exposición del mismo Ministro, doctor Esteban Jaramillo, publicada en *El Nuevo Tiempo* número 6282, correspondiente al martes 6 de julio de ese mismo año.

"Con oficio de 23 de abril de 1920 se envió el contrato al honorable Consejo de Estado, de donde salió el 25 de mayo el oficio número 176, relacionado con dicha negociación, oficio que se halla original en el Ministerio, y al cual se dio respuesta con la nota número 8046, de 27 de mayo del mismo año.

"Allí desaparecen por completo tanto el contrato como su expediente. Ninguna alusión se hace a ese negocio en la *Memoria* del Ministerio correspondiente al año de 1921, ni hay vestigios de él en el Ministerio de Obras Públicas, ni en el Consejo de Estado, ni en el Ministerio de Industrias, según resulta de los siguientes documentos:"

El extravío del mencionado contrato y de su correspondiente actuación, lo explica el apoderado de la Anglo Colombian manifestando en la contestación al hecho 17 de la demanda que esa Compañía ningún interés pudo tener en el desaparecimiento de tales documentos, por cuanto que declarada nula por sentencia de 22 de septiembre de 1920 del Consejo de Estado, por haberse omitido en ella la firma del Presidente de la República, la Resolución del Ministro de Obras Públicas del 31 de marzo de 1920, según la cual se decidió que no era el caso de intentar acción judicial contra Granger o sus sucesores "por el hecho de comprender lechos de los ríos algunos títulos de minas", tal contrato, que tenía por base la mencionada Resolución anulada, fue abandonado y no fue sometido al Consejo de Estado. Sin embargo, la Corte ordenará que se investiguen esos hechos por el Juez competente, en la parte resolutive de este fallo.

De la carta que queda transcrita no se deducen los hechos que la parte actora trata de probar con ella.

Con efecto, Granger no actúa allí en nombre propio; sino como uno de los directores de la *Pacific Metals Corporation*; confirma que a esta

Compañía traspasó las minas que se le adjudicaron en los ríos Condoto, San Juan, Iró y Tamaná; y aunque expresa que esa Compañía estaba dispuesta a celebrar con el Gobierno un arreglo para poner fin a todo amago de pleitos, acerca de los títulos de las minas, agrega que como ha tenido ocasión de manifestar al Ministro a quien se dirigía, "nosotros nos consideramos con un derecho perfectamente claro", y que en el arreglo intervendría la Anglo Colombian para declarar su conformidad porque ella era concesionaria del contrato con Castillo.

Aunque la Resolución del Ministerio de Obras Públicas, de marzo 31 de 1920 (*Diario Oficial* número 17128) fue anulada, como ya se dijo, por el Consejo de Estado porque carecía de la firma del Presidente de la República, es evidente que en ella se dejó constancia de varios hechos importantes, como son los siguientes:

1º De las adjudicaciones hechas a Granger por el Gobierno Nacional desde 1897, principalmente, en el lecho del río Condoto;

2º De las concesiones de que vino a ser cesionaria después la Anglo Colombian, para dragar el lecho de ese mismo río, "concesiones en las cuales se dejaron a salvo los derechos anteriores adquiridos" (por terceros);

3º Del litigio que surgió entre esa Compañía y Henry G. Granger por la coexistencia de las dos adjudicaciones en una misma zona o parte del río Condoto, "litigio que fue fallado favorablemente a las pretensiones del señor Granger, quien quedó, por razón de dicho fallo, en posesión pacífica de las minas a él adjudicadas";

4º De que la Anglo Colombian manifestó que hacía "renuncia a todo derecho que pudiera tener para intentar acción alguna contra el Gobierno por haber quedado privada de una parte de la concesión o de las concesiones de que es cesionaria."

Esta declaración se confirmaba en la siguiente forma en el contrato que debía celebrarse entre el Gobierno y la Pacific Metals Corporation, de acuerdo con la precitada carta del 13 de diciembre de 1919 de Granger al Ministro doctor Esteban Jaramillo:

"La Anglo Colombian Development Company declara que no habrá reclamación ninguna al Gobierno por razón de que las dichas minas hayan quedado excluidas de las concesiones para dragar las minas de San Juan de Condoto". (V. *Memoria* del Ministro de Obras Públicas al Congreso de 1920, folio 73, cuaderno número 10).

Del mismo modo, y aunque es cierto, como lo asegura el demandante, que el doctor Miguel Abadía Méndez presentó en 1920 al Consejo de Ministros un informe o concepto en el cual aparece el párrafo que cita el demandante y en el

cual dice el doctor Abadía Méndez que el proyectado contrato entre la *Pacific Metals Corporation*, sucesora de Granger, en sus concesiones mineras, y la *Anglo Colombian Development Company*, “conchabada hoy con aquélla para la explotación de las riquezas almacenadas en el lecho de aquellos ríos, sin que la República o sus naturales deriven provecho apreciable...”, tenía por fin proporcionarle a la Nación una justa compensación por la supuesta explotación común de las minas mencionadas, no es menos cierto que estos hechos no están legalmente acreditados en autos; que al mencionado concepto o informe, que fue aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de marzo de 1920, siguieron la precitada Resolución del 31 de marzo de 1920 y la memoria presentada al Congreso de ese mismo año por el Ministro de Obras Públicas (cuaderno número 10, folios 69 v. y siguientes), y que en el mismo citado concepto o informe del doctor Abadía se leen los siguientes párrafos (D. O. 17122) que anteceden al citado por el actor y que deben conocerse para la debida comprensión de este asunto:

“Excelentísimo señor Presidente y señores miembros del Consejo de Ministros.

“El señor Ministro de Obras Públicas, con oficio número 7960, de mediados del mes anterior, remitió para que fueran sometidos a la consideración del Consejo dos proyectos, uno de contrato y otro de resolución administrativa, relacionados con la situación de hecho creada entre el Gobierno y Mr. Henry G. Granger, con motivo de una proposición aprobada por el honorable Senado de la República en sus sesiones del año de 1918, y como consecuencia de los fallos judiciales pronunciados en la querrela que se suscitó entre el precitado señor Granger y la *Anglo-Colombian Development Company, Limited*.

“Desea el señor Ministro oír el parecer de esta corporación acerca de la conveniencia de celebrar el contrato y expedir la resolución consultados, así como sobre los términos precisos en que se hallan concebidos; y habiéndome confiado el señor Presidente del Consejo el encargo de examinar las piezas mencionadas arriba y de rendir el informe pertinente, paso a hacerlo en esta forma:

“La historia del negocio de que aquí se trata se halla expuesta con toda claridad y exactitud en los considerandos del proyecto de resolución, aunque compendiosamente, como era natural, dada la índole del documento en que figura; pero su sola lectura bastará para persuadir al Consejo de los sólidos fundamentos en que se apoya la resolución; sería, pues, una redundancia impertinente el repetirla en este informe.

“El proyecto de contrato que acompaña al proyecto de resolución es una consecuencia de éste y tiene por objeto, de una parte, poner a cubierto al Gobierno de la República de cualquiera reclamación, aunque infundada; que pudiera intentarle más tarde la *Anglo-Colombian Development Company*. Y digo infundada, porque el Gobierno, al otorgar a la Compañía inglesa mencionada el permiso para dragar el lecho de los ríos Condoto y San Juan y extraer el platino y el oro allí depositados, dejó expresamente a salvo los derechos de terceros; de suerte que si por obra de la oposición de esos terceros, entre los cuales resultó el señor Granger, quien hizo valer y amparar sus derechos por mediación del Poder Judicial, no pudo explotar ciertos parajes del río; esos parajes no estaban incluidos en la concesión en fuerza de la salvedad hecha, y en nada ha faltado el Gobierno a sus compromisos; pero en todo caso y para tranquilidad conviene prevenir litigios, por temerarios que pudieran ser.”

Al calificar el doctor Abadía de infundada la presunta reclamación de la *Anglo Colombian* contra el Gobierno, lo hizo, como se ve, porque estimó que el Gobierno había salvado los derechos de terceros cuando le hizo la concesión a José Cicerón Castillo; por manera que si por obra de la oposición de esos terceros y del amparo que de los derechos de éstos hizo el Poder Judicial (que fue lo que pasó) la *Anglo Colombian* no pudo explotar ciertas zonas o parajes del río Condoto, ni ella puede reclamar por incumplimiento de contrato al Gobierno, ni éste a aquélla por esa razón, ni tampoco reclamarle participación en los productos de esas zonas cobijadas por las concesiones en favor de Granger y por las providencias judiciales sobre amparo de posesión en favor de este señor.

La finalidad y la consecuencia de tales adjudicaciones y de tales providencias judiciales en favor de Granger no podían ser otras, desde el punto de vista legal, que dejar a Granger —como se reconoció y se dijo en la Resolución del 31 de marzo de 1920 del Ministerio de Obras Públicas— “en posesión pacífica de las minas a él adjudicadas”, y a *The Anglo Colombian*, “privada” —como también se dijo en la mencionada Resolución— “de una parte de la concesión o de las concesiones de que es cesionaria.”

Después de lo expuesto, que es lo que consta en autos, puede verse claramente, que el concepto de la explotación de las minas René y Lincoln por parte de la *Anglo Colombian*, es jurídicamente inconciliable con el concepto de amparo de posesión y entrega de las zonas de esas mismas minas a Granger, pues así como es imposible que un cuerpo ocupe más de un lugar

en el espacio físico, del mismo modo es legalmente imposible que en el espacio jurídico las figuras de la posesión y el dominio coexistan o concurren simultánea y definitivamente en dos o más personas distintas con respecto al mismo bien, salvo el caso de comunidad entre ellas.

Y es la existencia de esta alianza entre The Anglo Colombian Development Company Ltd. y la Pacific Metals Corporation, o entre cualquiera de estas compañías y otra cualquiera persona o entidad, lo que no se ha comprobado. Menos aún, la colusión o confabulación ilícita que se sugiere.

Por tanto, y de acuerdo con el concepto que precede acerca de que no es jurídicamente presumible que la explotación de las minas René y Lincoln pudiera efectuarse por y para persona o personas distintas de aquellas a quienes favorecía el decreto judicial de amparo de posesión pedido y obtenido por Granger contra la Anglo Colombian, hay que aceptar que esta Compañía no sólo no explotó esas minas desde cuando se la privó del trayecto del río Condoto en que estaban situadas, porque ese era precisamente el alcance u objeto del juicio posesorio, sino que esa privación constituyó un acto independiente de su voluntad; y hay que aceptar, en consecuencia, que, por lo primero, está ella exenta de dar participación alguna a la Nación en aquello que no explotó; y por lo segundo, también está exenta de pagar perjuicios a la Nación, puesto que si no explotó fue, tanto porque estaba contractualmente obligada a respetar los derechos de terceros, como cesionaria de José Cicerón Castillo, como porque las posteriores decisiones del Juez de Isthmina y del Tribunal de Cali en favor de Granger le imponían ese mismo deber. Se trataba de actos de autoridad a los cuales ella no podía resistir.

En tales circunstancias, que son las que encuentran pleno respaldo en la ley y en los hechos debidamente comprobados en autos, y de los cuales se deja hecha compendiada referencia en las partes precedentes de este fallo, la Corte no puede tener como suficientes para desvirtuar las declaraciones rendidas por algunos testigos y la diligencia de una inspección ocular que hizo practicar la parte actora (cuaderno número 10, folios 6 a 10), pruebas con las cuales ésta ha tendido a acreditar que la Anglo Colombian sí efectuó la explotación de las minas René y Lincoln.

Por lo ya expuesto, se repite que este hecho, después de las providencias de amparo en favor de Granger y contra la Anglo Colombian, no es compatible jurídicamente con la posesión dada a este señor, pues debe presumirse que quien usufructúa el bien cuya posesión se reconoce judicialmente es el poseedor a quien la posesión

se concede, y no, aquella persona que es vencida por aquél en el juicio posesorio.

Pero aunque esto no fuera así, como lo es, tampoco de las declaraciones de los testigos presentados por el actor ni de la inspección ocular que hizo practicar, se desprende nada que pueda servir ante la Corte de base suficiente para declarar que la explotación de las minas René y Lincoln se llevó a cabo por The Anglo Colombian Development Co. Ltd., en su propio nombre o en comunidad, acuerdo o alianza con otra persona o compañía perjudicando o nó a la Nación.

En tal diligencia se lee que, "previa la identificación e investigación de toda la zona recorrida desde la boca del río Condoto en su confluencia con el río San Juan hasta la boca de la quebrada de Bazán constataron que el cauce del río Condoto, con sus islas y terrenos aledaños de ambas márgenes, —han sido explotados en su mayor parte por el sistema de dragaje, como lo demuestran los escombros y enormes cantidades de piedras aglomeradas en todo el trayecto recorrido y lugares por donde pasaron las dragas en su labor de extracción de los metales preciosos, por las entidades propietarias de dichas dragas, o por sus representantes, socios, causahabientes y agentes en general, hechos afirmados por un número plural de testigos idóneos, a quienes se les recibió bajo juramento toda clase de informaciones e investigaciones tendientes al esclarecimiento de los puntos materia de esta diligencia."

SE OBSERVA:

La cuestión de hecho acerca de la explotación del lecho del Condoto por los signos materiales, reveladores de esa explotación "los escombros y enormes cantidades de piedra aglomerada en todo el trayecto recorrido por donde pasaron las dragas" se acepta como demostrada; pero que de las declaraciones de los testigos que en tal diligencia de inspección ocular depusieron resulte que la explotación se llevó a cabo únicamente por o para The Anglo Colombian Development Co., Ltd., no es hecho que aparezca demostrado ni por esas declaraciones ni en ninguna otra parte de la inspección ocular.

De las declaraciones de los testigos Angel Cicerón Flórez, Zenón Gruesso, Eduardo Vélez, Antonio Lozano y Francisco Luis Guzmán, en síntesis, sólo resulta que tanto The Anglo Colombian, primeramente, como la Compañía Minera Chocó-Pacífico, posteriormente, explotaron el lecho del río Condoto con las dragas distinguidas con los números 1, 2 y 3, perteneciente, la primera de estas dragas, a la Anglo Colombian; que las Compañías que explotaron dejaron empobrecida la región y que lo explotado ascendió

“a millones”, aunque no pueden precisar la suma exacta.

Pero ya se vio que la Compañía demandada confiesa —y es lo que consta,— que ella sí *inició* los trabajos de explotación en el trayecto o trecho mencionado del río Condoto, pero que no continuó en esos trabajos porque posteriormente se la privó de ese trayecto, por virtud del decreto judicial de amparo de posesión en favor de Henry G. Granger.

Si la Compañía Minera Chocó-Pacífico, o Granger, o la Pacific Metals Corporation, u otra compañía cualquiera continuó explotando ese trecho del río Condoto, debió darse la prueba plena de que esa explotación se continuó por cuenta de la Anglo Colombian o con participación de ésta, como consecuencia de la concesión Castillo. Pero tal prueba no se ha dado, ni resulta del arreglo que se celebró entre esta Compañía y Granger, porque no se conoce cuáles fueron los términos de tal arreglo.

En la diligencia de inspección ocular de que se trata, el representante de la Anglo Colombian dejó la siguiente constancia:

“a) Que las minas *René* y *Lincoln*, ubicadas en el cauce o lecho del río Condoto, entre las bocas de este río y la de la quebrada Bazán, quedaron excluidas por fallos judiciales de la llamada concesión Castillo y de consiguiente jamás pertenecieron a The Anglo Colombian Development Company Limited, dueña de tal concesión.

“b) Que las riberas o márgenes del río Condoto en el trayecto de las minas *René* y *Lincoln* eran parte de la mina *La Lozana*, de propiedad de la Sociedad Minera *La Lozana* y fueron explotadas por cuenta de dicha Sociedad.

“c) Que la explotación de las minas *René* y *Lincoln*, minas de las cuales se dio posesión al señor Henry G. Granger, se llevó a cabo por la *Pacific Metals Corporation*, como sucesora del señor Granger, sin que The Anglo Colombian Development Company tuviera parte o ingerencia en tal explotación.

“d) Que el dragado de las minas *René* y *Lincoln*, fue suspendido a virtud del juicio posesorio por perturbación de posesión propuesto en 1915 o 1916, por Henry G. Granger contra la expresada Compañía, juicio en el cual el señor Granger obtuvo fallo a su favor como dueño de tales minas.

“e) Que no haciendo parte de la llamada concesión Castillo las minas *René* y *Lincoln*, Henry G. Granger ni su sucesora la *Pacific Metals Corporation* tenían la obligación de pagar al Gobierno Nacional el diez por ciento (10%) por la explotación de tales minas, y

“f) Que la Compañía Minera Chocó Pacífico, S. A. sólo fue constituida el once (11) de sep-

tiembre de mil novecientos veintiséis (1926). De consiguiente todos los trabajos de explotación de las minas *René* y *Lincoln* fueron hechos por la *Pacific Metals Corporation* o por su subsidiaria la anterior Compañía Minera Chocó-Pacífico y no por The Anglo Colombian Development Company ni para esta Compañía.”

La parte actora ha sugerido, con apoyo en un folleto publicado por el doctor Alejandro Valencia en 1937, folleto que fue presentado con su alegato ante la Corte, que la *Pacific Metals Corporation*, la Compañía Minera Chocó-Pacífico y la *Anglo Colombian Development Co.* son entidades “filiales o subsidiarias directas de la *South American Gold & Platinum Company* de *New York*”, y que las tres primeras sociedades “son una sola, refundidas como quedaron en la última (en la Compañía Minera Chocó-Pacífico) las dos primeras cuando transigieron en sus diferencias y acordaron explotar en comandita el cauce del Condoto y otras minas chocóanas.”

La prueba de estos hechos ha debido darse ante la Corte en la forma legal, pero no se ha dado.

Por grande que sea la autoridad de ellos, el juzgador no puede tener en cuenta como elementos de convicción para fallar, aquellos argumentos y datos que presenten las partes y que no tengan pleno respaldo en el proceso conforme a la tarifa probatoria preestablecida por la ley.

Numerosas pueden ser las apreciaciones y deducciones de orden moral que surjan en torno de los diversos problemas cuya solución se exige del Juez en los respectivos juicios, y, muy poderosas las razones que aquél tenga para formar su convicción en determinado sentido al margen de tales apreciaciones y deducciones; y, sin embargo, jamás podrá él pronunciar su fallo con base en ellas, si esa convicción, además, no tiene como soporte principal el que de modo especial se ha creado en el terreno de la crítica procedimental para que sirva de única guía o norma al encargado de desatar la controversia, nó, conforme a sus impresiones subjetivas, que pueden originarse de factores más o menos equívocos, sino en armonía con esas normas, que se presume fueron establecidas por el legislador por considerarlas como única fuente de segura y acertada información para ilustrar el criterio de quienes no deben fallarla como jueces de conciencia, sino de derecho.

La prueba que constituye tanto las declaraciones de los testigos, como la inspección ocular de que se trata, es insuficiente para acreditar debidamente que la explotación del trayecto del río Condoto donde estaban las minas “*René*” y “*Lincoln*” se hizo o efectuó para The Anglo Colombian Development Co. Ltd., aún después de las-

providencias judiciales que privaron a esa Compañía de tal trayecto cuando fue vencida por Granger y obtuvo éste la entrega de la mina "René", que aquélla había comenzado a explotar, como consta también que ese mismo señor había vendido al señor Antonio Asprilla en el juicio por perturbación de la mina "Lincoln". (V. Cuad. Nº 5 fs. 5 y 28).

En este mismo cuaderno (fs. 167) se lee el siguiente documento:

"Memorándum del señor M. Argüelles.

"En diversas ocasiones, como consta en algunos documentos del expediente, el entonces apoderado de la Anglo-Colombian, doctor Francisco de P. Manotas, pidió al Ministerio que se le recibiera la cuota correspondiente que le tocaba a la Nación en el producido de la explotación que había venido verificándose del lecho aurífero del río Condoto por la citada Compañía, sucesora del contrato celebrado entre el Gobierno y el señor José Cicerón Castillo.

"Como entonces existía un pleito pendiente entre la Anglo-Colombian y el señor Henry G. Granger, quien reclamaba parte del lecho del referido río que la Nación había arrendado, y como la Anglo-Colombian había venido solicitando del Gobierno que interviniera en tal pleito en su calidad de arrendadora y dueño de los lechos de los ríos, invocando al efecto los artículos 677 y 1989 del Código Civil, el suscrito insinuó siempre, que era prudente no recibir la participación que le ofrecía la Anglo-Colombian, aun cuando debida en toda justicia, hasta tanto que el Gobierno no decidiera si intervenía o nó en favor de la Anglo-Colombian, en el pleito que a ésta le seguía el señor Granger, a fin de que no fuera a estimarse que la intervención de la Nación —si era que se llevaba a cabo—, se guiaba, siquiera en parte, por el interés que despertara la percepción de dicha participación.

"Tal insinuación, que fue siempre acogida por el Ministerio, tuvo su razón de ser, en aquellas circunstancias, las que después de vencida la Anglo-Colombian y lanzada de parte del lecho del río Condoto que explotaba por cuenta de la Nación, han variado totalmente. Ya hoy el Gobierno no se halla en un estado de expectativa que justifique la tardanza en exír el porcentaje que justamente se le debe, y como no intervino para nada en el pleito, no se ve obstáculo para que exija lo que se le debe y lo que otras veces se le instó para que recibiera.

.....

"(Fdo.), M. Argüelles

"Bogotá, mayo 31 de 1918."

En presencia de todos estos hechos, debidamente comprobados, no puede aceptarse por las

declaraciones de los testigos y de la inspección ocular mencionada, que la explotación de las minas "René" y "Lincoln" se hubiera continuado para la misma Compañía vencida, o sea, para la Anglo Colombiana; pero si a pesar de ellos, tal explotación continuó en forma simulada o disimulada para tal Compañía, o asociada ésta a otra u otras, es ésta la prueba que no resulta ni de esas declaraciones, ni de esa inspección ocular ni de documento o pieza alguna del proceso, en la forma que las leyes requieren para que la Corte, que es un Tribunal de derecho, pueda proferir fallo favorable a las pretensiones del actor.

SEGUNDA PARTE

La demanda de reconvencción.

La parte pertinente de la demanda de reconvencción del apoderado de The Anglo Colombian Development Company Limited de Londres, es del tenor siguiente:

"(1). Entre el Gobierno y el señor José Castillo se celebró un contrato, el 30 de noviembre de 1907, por el cual aquél otorgó a éste el derecho de sacar por medio de dragas, del lecho del río Condoto, en toda su extensión, los metales que allí encontrara. El contratista había de respetar, es entendido los derechos de terceros.

"(2). Este contrato fue cedido por el señor Castillo, con consentimiento del Gobierno, a mi poderdante, quien sustituyó al cedente en sus derechos y obligaciones.

"(3). Conforme al artículo 10 de este mismo contrato, el Gobierno garantizó al contratista la libre y pacífica posesión de los derechos que el contrato daba a éste; garantía que el Gobierno reconoció y confirmó en Resolución del Ministro de Obras Públicas, de 8 de octubre de 1913 (*Diario Oficial* número 15019, de 14 de esos mes y año), manifestando a mi poderdante que la ampararía, haciendo efectivos sus derechos derivados del contrato y de algún otro.

"(4). De acuerdo con Resolución del Ministro de Obras Públicas, de 21 de diciembre de 1912, incorporada en la escritura número 136, de 24 de enero de 1913, corrida en la Notaría 2ª de Bogotá (véase el número 14 del *Boletín de Minas y Petróleos*, del que presento un ejemplar con la contestación de la demanda), lo que mi poderdante, la cesionaria del contratista, había de pagar al Gobierno por los derechos que le daba el contrato a aquélla, era lo que reza el siguiente aparte de esa Resolución: 'a). La participación del Gobierno en los productos de la explotación, será la del diez por ciento (10 por 100) sobre el producto bruto, en vez del mismo porcentaje sobre el producto líquido de que trata el artículo 7º del contrato primitivo.'

“(5). De acuerdo con el aparte c) de la misma Resolución, mi poderdante consignó en la Tesorería General de la República la cantidad de tres mil pesos (\$ 3.000.00) para asegurar el cumplimiento del contrato de 30 de noviembre de 1907 (véanse el memorial del señor Daniel C. Stapleton, de 24 de febrero de 1913, y la Resolución del Ministro de Obras Públicas, de 25 de los mismos mes y año, incorporados en la Resolución de 26 de enero de 1933, por la cual el Ministro de Industrias reclamó que había expirado el contrato por el transcurso de su término y por agotamiento de los minerales. *Diario Oficial* número 22317, de 21 de junio de 1933).

“(6). Mi poderdante inició trabajos para sacar metales, con una draga, el 20 de julio de 1915, en la parte del lecho del río que es la mina denominada ‘René’ o donde se encuentra, o se encontraba esta mina, de la que tenía título el señor Henry G. Granger; y los suspendió el 29 de mayo de 1916, porque el señor Granger la venció en juicio, y en ejecución de la sentencia proferida, se le dio a él posesión de esa mina y se desposeyó a mi poderdante. (Véase el acta de la visita practicada por el Intendente del Chocó el 21 de junio de 1918. Legajo de copias expedidas por el Ministerio de Industrias y Trabajo, que presento, fojas 1 y 1 vuelta).

“(7). La participación del Gobierno o de la Nación en los metales que extrajo, si el Gobierno o la Nación tienen derecho a ella, asciende a cuatro mil ciento quince dólares y veinte céntimos de dólar (\$ 4.115-20). (La misma acta).

“(8). Aunque repetidas veces pidió mi poderdante al Gobierno que recibiera esa participación, el Gobierno rehusó recibirla, por cuanto había un pleito entre el señor Granger y mi poderdante acerca de la parte del río de que he hablado. (Memorándum del Jefe de Sección en el Ministerio de Obras Públicas, doctor Mariano Argüelles, de 31 de mayo de 1918. Legajo de copias que presento, fojas 2).

“(9). El señor José Antonio Mayolo y los herederos del señor Alejandro Frigerio, invocando el título de la mina denominada ‘El Salto’, mina evidentemente abandonada desde antes del contrato de 30 de noviembre de 1907 y que, por lo mismo, si era parte del lecho del río que pudiera dragar mi poderdante, y, por cierto, la única dragable y que fue dragada más tarde, si se excluían las minas del señor Granger, promovieron un juicio posesorio contra mi poderdante, que fue fallado a favor de ellos en sentencia de 24 de octubre de 1917, confirmada el 14 de enero de 1918, por lo cual mi poderdante no pudo emprender en trabajos en esa parte del lecho por entonces. (Véase la Resolución del Gobierno, de 1º de octubre de 1920. *Diario Oficial* números 17354 y 17355 de 8 de los mismos mes y año).

“(10). El Gobierno, por las razones que expuso en esta Resolución, comisionó al Prefecto de la Provincia de San Juan para que ocupara en nombre de la Nación la mina de ‘El Salto’, como la ocupó el 9 de octubre de 1920. (Véase la Resolución del Ministro de Industrias, de 6 de septiembre de 1924. *Diario Oficial* número 19702, de 16 de septiembre de 1924).

“(11). En Resolución de 13 de diciembre de 1922, el Gobierno denegó la revocación de su Resolución de 19 de octubre de 1920. (*Diario Oficial* números 18663 y 18664, de 19 de diciembre de 1922).

“(12). Otros embarazos surgieron. El General Jorge Martínez L. denunció como bienes ocultos, entre otros pretendidos bienes ocultos, el contrato de 30 de noviembre de 1907 o la acción para que se le declarara terminado o caducado; pero el Gobierno, en Resolución de 18 de julio de 1924, declaró improcedentes las acciones que propuso el denunciante. (*Diario Oficial* número 19659, de 25 de julio de 1924).

“(13). Después de la ocupación de la mina de ‘El Salto’, el señor Mayolo y los herederos del señor Frigerio demandaron a la Nación por despojo. El juicio que promovieron terminó definitivamente por sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 24 de septiembre de 1923, en la que denegó la restitución de la mina. (Véase la Resolución del Ministro de Industrias, de 6 de septiembre de 1924, ya citada y que comprueba este hecho).

“(14). El Ministro de Industrias, en la Resolución que acabo de citar por segunda vez, denegó la entrega de la mina de ‘El Salto’ a mi poderdante, porque no había una sentencia que definiera si la mina pertenecía o no al señor Mayolo y a los herederos del señor Frigerio sino sólo una sentencia en juicio posesorio, estando la Nación en posesión de la mina.

“Sobre la sinrazón de esta Resolución y la consiguiente falta de cumplimiento del contrato de 30 de noviembre de 1907, puede verse el concepto del doctor Santiago Ospina y del doctor Emilio Ferrero, de 23 de mayo de 1925, solicitado por el Gobierno y que ellos ampliaron el 19 de agosto siguiente, también a solicitud del Gobierno. (Legajo de copias expedidas por el Ministerio de Industrias, fojas 16 y siguientes).

“(15). El 5 de marzo de 1924, me había dirigido yo, en representación de mi poderdante, solicitando la entrega de la mina de ‘El Salto’, que el Prefecto de la Provincia de San Juan había recibido por habersele entregado judicialmente; y el 14 de los mismos mes y año, había dirigido al Ministro un segundo memorial. (Véanse estos dos memoriales. Legajo de copias, fojas 2 vuelta a 3 vuelta).

"(16). Una draga de mi poderdante penetró a la mina de 'El Salto' el 30 de agosto de 1924, antes de la Resolución del Ministro de Industrias, de 6 de septiembre de ese año, para iniciar trabajos; y el 8 del mes de septiembre dicho, las autoridades del Chocó, por la fuerza, suspendieron los trabajos y detuvieron al Capitán de la draga por no haber prestado fianza de no continuar trabajando, como si la fianza, suponiendo que procediera, se le pudiera haber exigido a éste, que no era representante de mi poderdante. Luego, fueron detenidos también cuatro empleados, entre ellos el representante de mi poderdante, señor Newton C. Marshall. Estas medidas fueron tomadas de acuerdo con instrucciones del Ministerio de Industrias o, por lo menos, aprobadas y ratificadas por el mismo Ministerio. (Legajo de copias, donde pueden leerse varios telegramas y las anotaciones al pie de dos de esos telegramas. Fojas 3 vuelta a 5).

"Es de notar que, como lo expuse en memoriales de 11, 13 y 16 de dicho septiembre (el mismo legajo, fojas 5 y siguientes), solicité la entrega de la mina a mayor abundamiento; porque entrega no se había efectuado ni cuando fue celebrado el contrato de 30 de noviembre de 1907, ni cuando se le cedió a mi poderdante. Este contrato autorizaba la explotación por medio de dragas, y esta autorización bastaba.

"Solicito que se vean, también, el informe del Intendente del Chocó y los telegramas que corren a fojas 14 vuelta y siguientes del legajo de copias, como también el memorándum, la nota y otro memorándum, que corren a fojas 22 vuelta y siguientes del mismo legajo.

"(17). El Ministro de Industrias, en Resolución de 3 de noviembre de 1924, me denegó las peticiones que le había hecho en mis memoriales de 11 y 13 de septiembre de ese año, con excepción de la expedición de unas copias. (*Diario Oficial* número 19750, de 12 de noviembre de 1924).

"(18). El Ministro de Industrias, sucesor del que había dictado la Resolución de 6 de septiembre de 1924 y tomado las medidas de suspensión de los trabajos con la draga en la mina de 'El Salto', resolvió mi memorial en que solicité la revocación de esta Resolución, en Resolución de 20 de octubre de 1925, donde negó la entrega de la mina, que no era necesaria, pero autorizó a mi poderdante para reanudar los trabajos suspendidos. (*Diario Oficial* 20003, de 28 de octubre de 1925).

"(19). El General Jorge Martínez L. ocurrió al Consejo de Estado contra la Resolución del Ministro de Industrias, de 20 de octubre de 1925, y consiguió la suspensión provisional de esta Resolución y que el Alcalde de Condoto, por la fuerza, impidiera los trabajos con la draga en

la mina de 'El Salto' el 24 de diciembre de ese año; pero el Ministro de Industrias, en telegrama de 24 de marzo de 1926, ordenó al Intendente del Chocó, que no pusiera obstáculos a la explotación (mi memorial de 26 de diciembre de 1925 y el telegrama del Ministro. Legajo de copias, fojas 21 vuelta a 22 vuelta).

"El juicio administrativo promovido por el General Martínez terminó con el auto sobre competencia que profirió la Corte Suprema de Justicia el 20 de marzo de 1926, y con el que profirió el 18 de mayo del mismo año. (*Gaceta Judicial* números 1679 y 1680, de 31 de mayo de 1926).

"(20). La draga estuvo paralizada desde el 8 de septiembre de 1924 (véase el fundamento de hecho marcado 16), hasta el 29 de octubre de 1925, en que, en virtud de la Resolución de 20 del mismo octubre, pudieron restablecerse los trabajos, y del 24 de diciembre de 1925 hasta el 31 de marzo de 1926, en que, en virtud del telegrama de 24 del mismo marzo, pudieron de nuevo restablecerse los trabajos, con los consiguientes perjuicios para mi poderdante consistentes en los salarios del personal, porque esperaba poder restablecer los trabajos de un momento a otro, y los gastos que, además, exigió la draga (daño emergente), y la baja del precio del platino, que se preveía (lucro cesante).

"Presento una declaración de dos de los editores del 'Engineering & Mining Journal', autenticada hasta por el Ministerio de Relaciones Exteriores y con su traducción oficial, sobre la baja del precio de 1924 a 1930. Indican los precios medios. Las cotizaciones de esa revista eran las transmitidas por el Cónsul de Colombia en Nueva York y a que me referiré después.

"(21). El señor Mayolo y los herederos del señor Frigerio demandaron a la Nación en reivindicación de la mina de 'El Salto'; y la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 26 de junio de 1930, falló el pleito contra los demandantes y en favor de la Nación. No tenía, pues, razón el Ministro de Industrias que paralizó la draga. (*Boletín de Minas y Petróleos*, números 25 a 27, correspondientes al primer cuatrimestre de 1931).

"(22). Las liquidaciones de la participación de la Nación en el producto bruto de la explotación, que era de diez por ciento (10 por 100), se hicieron sobre la base de las cotizaciones del platino crudo de Nueva York, que el Consulado colombiano transmitía al Ministerio de Industrias y éste a la Interventoría que había en el Chocó, considerando que esas cotizaciones eran del mineral llamado así y no del platino que, según los análisis, contenía ese mineral. Las cotizaciones eran del platino puro allí contenido, nó del mineral, que contiene otros metales que

valen, pero también escorias y otras materias sin valor. De donde resultó que mi poderdante pagó a la Nación más de lo que debía pagarle; porque le pagó sobre el peso total del mineral, llamado platino crudo y no sobre el del platino puro contenido en ese mineral. (Véanse los oficios del Ministro de Industrias al de Hacienda y Crédito Público, de 5 de mayo de 1930 y 17 de noviembre de 1931. Legajo de copias, fojas 33 y siguientes. También el extracto de una carta del Cónsul de Colombia en Nueva York al Ministro de Industrias, de 12 de agosto de 1932; la carta de 26 de febrero de 1933, al Ministro de Hacienda y Crédito Público, del doctor Juan Uribe Holguín; el oficio del Ministro de Industrias al de Hacienda y Crédito Público, de 3 de mayo de 1933; y el memorial, solicitando reposición, dirigido al Ministro de Hacienda y Crédito Público por el doctor Juan Uribe Holguín, de 2 de agosto de 1933, documentos que presento).

“(23). Mi poderdante pagó a la Nación, por su participación, en total, la cantidad de cuatrocientos cuarenta y ocho mil ochocientos diez y seis dólares y cuarenta y tres céntimos de dólar (\$ 448.816-43).

“Presento una certificación expedida por el Tesorero General de la República, con fecha 28 de septiembre de 1937, que lo acredita; y diez recibos expedidos por la misma Tesorería, que no son todos, pero no he podido hallar los otros. Ha transcurrido mucho tiempo.

“Presento, también, un oficio del Superintendente General de Rentas, número 1961 a, de 2 de agosto de 1928, dirigido al doctor Eduardo Rodríguez Piñeres y a mí.

“(24). Mi poderdante pagó en exceso a la Nación, la cantidad de cincuenta y cuatro mil ciento treinta y dos dólares y doce céntimos de dólar (\$ 54.132-12).

“Presento un cuadro donde está hecha la liquidación, y una declaración juramentada de los señores Clinton Bernard y Charles A. Magnell sobre ese cuadro y sobre las bases de su formación, autenticada hasta por el Ministerio de Relaciones Exteriores y con su traducción oficial. El cuadro computa los precios de todos los metales, no sólo del platino y del oro, y muestra qué se liquidó y se le pagó a la Nación y qué lebió pagársele, y deduce las diferencias, que suman la cantidad que dejo dicha.

“Presento, también, cuatro libros o legajos con las actas de lavados y las liquidaciones efectuadas por la Interventoría Oficial. El cuadro coincide con actas y liquidaciones.

“Presento igualmente otro libro marcado en la pasta: ‘Bodega Cupones Sales.’

“Presento, además, un legajo de todos los análisis de los lotes de platino, y una declaración

juramentada del Presidente y el Secretario de la firma Ledoux & Company, Inc., que practicó los análisis, autenticada hasta por el Ministerio de Relaciones Exteriores y con su traducción oficial, sobre que las copias que forman el legajo, son fieles. Coinciden el cuadro y estos análisis.

“Presento, por último, que es otro de los comprobantes del cuaderno, una declaración del Vicepresidente y el Secretario de la firma Baker & Company, Inc., autenticada hasta por el Ministerio de Relaciones Exteriores y con su traducción oficial, sobre los precios del paladio, el iridio y el osmiridio.

“(25). Si pagó mi poderdante más de lo que debía pagar, pagó para evitar una declaración de caducidad del contrato de 30 de noviembre de 1907, y haciendo reserva de su derecho de reclamar el exceso. (Véanse las actas de lavado y liquidación. También véase el memorial del doctor Juan Uribe Holguín, de 2 de agosto de 1933, ya citado).

“(26). Aparte de haber pagado mi poderdante a la Nación en exceso por el error de que he hablado, le pagó en exceso, también, porque no se dedujeron los gastos de empaque, transportes, seguro, retiro de la Aduana y análisis. La participación era del producto bruto, si lo recibía el Gobierno en dinero, calculado el precio en Colombia, en el lugar de la explotación, en pesos, no en dólares, puesto que no se estipularon dólares y la moneda colombiana es el peso; mas pasen las liquidaciones en dólares, pero no por la cotización en Nueva York, que incluía necesariamente los gastos a que acabo de referirme.

“Presento una declaración juramentada de los señores Charles A. Magnell y Clinton Bernard sobre los gastos de transportes y el seguro, las tasas, autenticada hasta por el Ministerio de Relaciones Exteriores y con su traducción oficial.

“(27). En consecuencia, la Nación debe a mi poderdante la cantidad de dólares expresada en el fundamento de hecho 24, más la cuota correspondiente a su porcentaje, de los gastos de que trata el fundamento 26, menos cuatro mil seiscientos sesenta y ocho dólares y setenta céntimos de dólar (\$ 4.668-70), su participación en el último trimestre de la explotación, más la cuota correspondiente a los gastos de que trata el fundamento 26, ocasionados por las remesas en las cuales le corresponde esta cantidad, más tres mil pesos (\$ 3.000.00) consignados para garantizar el cumplimiento del contrato (fundamento de hecho 5). La liquidación deberá hacerse con intereses al debe y al haber, al seis por ciento (6 por 100) anual, el interés legal.

“(28). El Ministro de Hacienda y Crédito Público, en Resolución número 160, de 24 de mayo de 1933, después de la del Ministro de Indus-

trias, de 26 de enero de ese año, en que el último declaró que había expirado el contrato por el transcurso del tiempo y por agotamiento de los minerales, declaró no acceder a la reclamación que le hizo el doctor Juan Uribe Holguín, en representación de mi poderdante, acerca de la mala liquidación de la participación del Gobierno.

“Presento el oficio del primero, número 6021, sin fecha, con el cual envió al doctor Uribe Holguín copia de su Resolución.

“(29). El doctor Uribe Holguín pidió reposición de esta Resolución en escrito de 2 de agosto siguiente, al cual me he referido y que presento.

“(30). Sobre este escrito no ha recaído hasta ahora resolución que se le haya notificado al doctor Uribe Holguín o a otro representante de mi poderdante.

“En derecho, fundo la demanda que paso a formular en los artículos 1973, 1982, 1602 y siguientes del Código Civil y sus concordantes, por lo que toca con la indemnización de perjuicios; 1973, 1602, 1524 del mismo Código y sus concordantes, por lo que toca con lo demás de la demanda.

“En fuerza de lo expuesto, en representación de The Anglo-Colombian Development Company, Limited, sociedad domiciliada en Londres, demando a la Nación, que tiene domicilio en todo el territorio nacional, representada por el doctor José Antonio Archila, vecino de Bogotá, en quien substituyó el doctor Luis Benjamín Martínez el poder de la Nación con que demandó, para que en la misma sentencia en que decidáis sobre la demanda presentada por el doctor Martínez y previos los trámites respectivos, hagáis las siguientes declaraciones:

“1º Que la Nación debe perjuicios a mi poderdante por los hechos de que tratan los fundamentos de hecho 14, 16, 17, 19 y 20, sea por la suspensión de los trabajos en la mina de ‘El Salto’ durante todo el tiempo de que habla este fundamento.

“Si llevare a los autos las pruebas necesarias para fijar esta indemnización, solicito que la fijéis. Si no, os pido que condenéis al pago de una cantidad ilíquida, que se fijará luego conforme al artículo 553 del Código Judicial; y

“2º Que la Nación debe también a mi poderdante lo pagado de más o en exceso, por ésta a aquélla, en razón de la participación de la Nación en los productos de la explotación del lecho del río Condoto llevada a cabo por mi poderdante conforme al contrato de 30 de noviembre de 1907 y sus modificaciones, y los tres mil pesos (\$ 3.000.00) consignados para asegurar

el cumplimiento del contrato, menos lo que debe mi poderdante a la Nación y que digo en el fundamento de hecho 27; y que la fijación del saldo a cargo de ésta debe hacerse, liquidando intereses como lo expresa el mismo fundamento de hecho y conforme a lo allí expresado.

“Solicito que fijéis el saldo, si hubiere en los autos los elementos de prueba para fijarlo; y que, si lo fijáis, condenéis a la Nación a pagarlo a mi poderdante, con más intereses a la tasa expresada, en vez de declarar cómo ha de fijarse.

“Considero que, por deberse sustanciar ambas demandas bajo una misma cuerda, el doctor Archila representa a la Nación para contestar la demanda de reconvencción como para lo demás de su único juicio. Sin embargo, si vosotros no estuvierais de acuerdo en lo anterior, servios tener la presente demanda como dirigida para que la conteste el señor Procurador de la Nación, que sería el representante de la Nación en vez del doctor Archila.”

* * *

Se tramitaron y decidieron previamente unos incidentes de excepciones dilatorias, después de lo cual la demanda de reconvencción fue contestada en la siguiente forma por el señor Procurador Delegado en lo Civil, como representante de la Nación:

“Me opongo en nombre del Estado a que se hagan las declaraciones pedidas en los dos numerales de la intención de la demanda. El Gobierno de Colombia no ejecutó hecho alguno ilícito ni culposo que genere obligación de indemnizar perjuicios. Y aun suponiendo lo contrario, esos hechos se habían desarrollado en cumplimiento de resoluciones administradas (sic) ejecutoriadas más de seis meses antes de la iniciación de la demanda, quedando, por tanto, extinguida la supuesta responsabilidad civil del Estado, de conformidad con lo que preceptúa el artículo 3º de la Ley 53 de 1907.

“Por lo que hace a la segunda petición, el pago se hizo de conformidad con el contrato. No hubo en él error de hecho ni de derecho que pueda fundamentar la *condictio indebiti*. Por tanto, la acción a este respecto carece de base legal.

“A los hechos contesto así:

“1º Lo acepto en cuanto se halle de acuerdo con el contrato.

“2º Lo acepto en cuanto se halle de acuerdo con el acto de cesión y se pruebe la autorización del Gobierno.

“3º Lo acepto en cuanto se acomode a los términos del contrato y de la Resolución.

"4º Lo acepto en los términos de la Resolución.

"5º Lo acepto con la misma limitación.

"6º Lo acepto si se prueba legal y plenamente.

"7º No lo acepto.

"8º Lo acepto si aparece legal y plenamente probado.

"9º Lo acepto con la misma salvedad.

"10. Lo acepto en la misma forma que los dos anteriores.

"11. Lo acepto de la misma manera.

"12. Lo acepto en cuanto se prueba legalmente.

"13. Lo acepto en cuanto se halle legalmente probado.

"14. Lo acepto en la misma forma, que el anterior, menos en cuanto al concepto de 'sin razón de esta Resolución y consiguiente falta de cumplimiento del contrato de 30 de noviembre de 1907', concepto que contradigo.

"15. Lo acepto dentro de los límites de la prueba que de él obre o se presente.

"16. Lo acepto en cuanto se halla plenamente probado, menos en cuanto a los conceptos de derecho que encierra, los cuales contradigo.

"17. Lo acepto en los términos de la respectiva Resolución.

"18. Lo acepto en la misma forma que el anterior.

"19. Lo acepto en cuanto se pruebe plena y legalmente.

"20. Lo acepto en la misma forma que el anterior, menos en cuanto a perjuicios imputables a la Nación. En esta parte lo niego.

"21. Lo acepto en cuanto se pruebe por los medios legales respectivos.

"22. Lo acepto en la primera parte, con la misma limitación. Lo niego en cuanto al concepto de haber pagado más de lo debido, y en cuanto a la base sobre la cual debía hacerse la cotización según el contrademandante.

"23. Lo acepto en cuanto se halle legalmente probado con la certificación que obra al folio 16 del cuaderno número 5 o con otros documentos auténticos.

"24. No lo acepto mientras no se demuestre.

"25. No lo acepto mientras no se demuestre.

"26. No lo acepto mientras no acredite legalmente.

"27. Es una cuestión de derecho, no de hecho.

"28. Lo acepto en cuanto se pruebe por los medios legales.

"29. Lo acepto en la misma forma que el anterior.

"30. No lo acepto mientras no se demuestre.

"Propongo como perentoria la excepción de renuncia tácita de la acción civil y consiguiente liberación del Estado en cuanto a la supuesta responsabilidad civil por los hechos en que se apoya la demanda. En el hecho, fundo esta excepción en haber transcurrido más de seis meses desde la ejecución de las Resoluciones que dieron lugar a aquellos actos administrativos, los que se promoviera la acción. Y en cuanto al derecho, señalo como fundamento de la excepción, el precepto consagrado en el citado artículo 3º de la Ley 53 de 1909."

Durante el término para alegar, tanto el contrademandante, como el promotor de la demanda principal y el señor Agente del Ministerio Público hicieron uso de este derecho.

Por lo expuesto por The Anglo Colombian Development Company, Limited, en los hechos de la demanda de reconvencción y en su alegato, puede hacerse el siguiente resumen en cuanto a la acción de indemnización de perjuicios que promueve contra la Nación:

a) Que de acuerdo con el artículo 10 del contrato con José Cicerón Castillo, contrato de la que fue ella cesionaria, el Gobierno garantizó al contratista la libre y pacífica posesión de los derechos derivados de tal contrato, garantía que fue confirmada por el Gobierno en Resolución de 8 de octubre de 1913 (D. O. 15019).

b) Que, en cambio de los derechos concedidos, el contratista debía pagarle al Gobierno el diez por ciento del producto bruto en la explotación de los metales del río Condoto, explotación que la Anglo Colombian comenzó el 20 de julio de 1915 en la mina "René" y que hubo de suspender el 29 de mayo de 1916, porque Henry G. Granger la venció en juicio, y en ejecución de lo allí fallado, se privó a la Anglo Colombian de la posesión de esa mina, y se concedió tal posesión a Granger.

c) Que en providencias de 24 de octubre de 1917 y de 14 de enero de 1918, igual posesión obtuvieron judicialmente de la mina "El Salto", que era parte de la concesión Castillo, José Antonio Mayolo y los herederos de Alejandro Frigerio, quienes alegaron tener título de propiedad en ella desde el año de 1892, por lo cual la Anglo Colombian "no pudo emprender en trabajos en esa parte del lecho por entonces".

d) Que por Resolución de 1º de octubre de 1920, firmada por el doctor Marco Fidel Suárez como Presidente de la República y por el doctor Esteban Jaramillo como Ministro de Obras Pú-

blicas, el Gobierno, por conducto del Prefecto de la Provincia del San Juan ocupó, en nombre de la Nación, la mina de "El Salto" el 9 de octubre de 1920, y que la revocación de esta Resolución fue negada en Resolución de 13 de diciembre de 1922 (V. D. O. números 17354, 17355, 19702, 18663, 18664, 19659 y 20033).

e) Que después de esa ocupación de la mina de "El Salto" por parte del Gobierno, Mayolo y Frigerio demandaron a la Nación por *despojo*, y el juicio, que al principio fue decidido en favor de la demanda, terminó con sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 24 de septiembre de 1923, en la cual se denegó la restitución de esa mina a los demandantes y se hizo entrega de ella a la Nación, judicialmente.

f) Que el Ministerio de Industrias, en *Resolución del 6 de septiembre de 1924, denegó la entrega de la mina de "El Salto" a la Anglo Colombiana, porque no había una sentencia que definiera si la mina pertenecía o no a Mayolo y a los herederos de Frigerio, sino sólo una sentencia en juicio posesorio, "estando la Nación en posesión de la mina"*; de lo que infiere el apoderado de la Anglo Colombiana, con apoyo en un concepto de los doctores Emilio Ferrero y Santiago Ospina, solicitado por el Gobierno, del cual se hablará más adelante, que esta negativa se dio sin razón y con la consiguiente falta de cumplimiento del contrato de 30 de noviembre de 1907 (concesión Castillo), porque ya la Corte había fallado sobre la posesión de la mina a favor de la Nación y ésta la había recibido judicialmente.

g) Que el 30 de agosto de 1924, o sea, siete días antes de la Resolución mencionada del 6 de septiembre de ese año, una draga "de mi poderdante" —dice el apoderado de la Anglo Colombiana— penetró en la mina de "El Salto" para iniciar trabajos, y el día 8 de septiembre "las autoridades del Chocó, por la fuerza, suspendieron los trabajos y detuvieron al Capitán", al representante y a otros empleados, y que tales medidas fueron tomadas de acuerdo con instrucciones del Ministerio de Industrias o ratificadas por éste.

h) Que después, el nuevo Ministro de Industrias, como sucesor del que había dictado la resolución de 6 de septiembre de 1924, "y tomado las medidas de suspensión de los trabajos", por medio de Resolución de 20 de octubre de 1925 (D. O. número 20003), no accedió a revocar la prenombrada Resolución del 6 de septiembre de 1924 y ratificó la negativa de entregar la mina a la Anglo Colombiana, pero autorizó a ésta, según dice su representante, para reanudar los trabajos suspendidos. (V. D. O. 20003 y hecho 18).

i) Que el General Jorge Martínez L. recurrió al Consejo de Estado contra esa Resolución de 20 de octubre de 1925, y obtuvo tanto su suspensión provisional "como que el Alcalde de Condoto, por la fuerza, impidiera los trabajos con la draga en la mina de "El Salto", el 24 de diciembre de ese año; pero el Ministro de Industrias, en telegrama de 24 de marzo de 1926 ordenó al Intendente del Chocó, que no pusiera obstáculos a la explotación." (V. hecho 19).

j) Que ese juicio administrativo terminó con los autos sobre competencia que profirió la Corte en 20 de marzo y 18 de mayo de 1926 (G. J. 1679 y 1680).

k) Que la draga estuvo paralizada desde el 8 de septiembre de 1924 hasta el 29 de octubre de 1925 en que se reanudaron los trabajos en virtud de la precitada Resolución del 20 del mismo octubre, y del 24 de diciembre de 1925 hasta el 31 de marzo, en que pudieron de nuevo restablecerse tales trabajos. Por todo lo cual la Anglo Colombiana considera que el Gobierno violó el contrato de concesión y que se le causaron perjuicios "consistentes en los salarios del personal, porque esperaba poder restablecer los trabajos de un momento a otro, y los gastos que, además, exigió la draga (daño emergente) y la baja del precio del platino, que se preveía (lucro cesante)".

l) Finalmente, que Mayolo y los herederos de Frigerio, demandaron a la Nación en *reivindicación* de la mina de "El Salto", y la Corte Suprema, en sentencia de 26 de junio de 1930, falló el pleito contra los demandantes y en favor de la Nación, de lo que deduce el apoderado de la Anglo Colombiana que el anterior Ministro de Industrias no tuvo razón al paralizar los trabajos de la draga en la mina de "El Salto", que formaba parte del lecho del río Condoto, al cual se refería la concesión Castillo, concesión que, por virtud de esa actuación ministerial, quedó violada o incumplida por parte del Gobierno, al privar al concesionario —asi se sugiere— del goce de la mina de "El Salto".

De todo lo anteriormente expuesto, y conforme a las bases que en la primera parte de este fallo ha dejado examinadas y establecidas la Corte para negar las peticiones de las demandas principal y subsidiaria, y, para absolver, en consecuencia, a la Anglo Colombiana y a los sucesores de Granger, se configura una situación jurídico-procesal cuya trabazón o cuyos elementos integrantes, por ser idénticos en su esencia, no podrían lógicamente disociarse.

Ya se dijo antes que en el artículo 1º del contrato con José Cicerón Castillo, del cual fue cesionaria después The Anglo Colombian Develop-

ment Co., Ltd., se estipuló y aceptó categóricamente y se confirmó después, que el concesionario quedaba obligado a *respetar los derechos de terceros*; y que esa no era una estipulación simplemente formalista y rutinaria. Lo dispuesto en el artículo 10 de tal contrato, no puede entenderse en sentido contrario a lo establecido en el artículo primero del mismo. (Código Civil, artículos 1618 y 1622).

Consta, a todo lo largo de la voluminosa y complicada actuación de treinta años, desde el de 1913, de que da cuenta el expediente de que una numerosa serie de dificultades, vacilaciones, controversias y embarazos de todo género surgió en torno a la concesión Castillo con relación a las minas denominadas "René", "Lincoln" y "El Salto", porque, de un lado, y con relación a las dos primeras de esas minas, Henry G. Granger, y por otra parte, José Antonio Mayolo y Alejandro Frigerio (o los sucesores de éste), habían alegado derechos de *propiedad* y de *posesión preferenciales* con base en títulos otorgados desde los años de 1897 y 1892, respectivamente, por la Gobernación del Cauca.

En consecuencia, la conclusión a que llevan tal estipulación y las distintas y numerosas actuaciones de que da cuenta este proceso, es tan clara como lógica y de equidad: ni la Anglo Colombiana puede reclamar nada a la Nación por la falta de explotación del trayecto del río Condoto en que se hallaban tales minas, por razón de la oposición o de las perturbaciones que ocasionaron los terceros que se consideraron con derecho en ellas, ni por los actos del Gobierno encaminados al mantenimiento de un *statu quo* en esos asuntos, ni la Nación puede reclamar *participación* alguna a esa Compañía por no haber ésta podido o querido explotar tales minas, en atención a la situación conflictiva, de incertidumbre y de constante controversia que se originó como consecuencia de las encontradas pretensiones de todas las personas interesadas en las mismas minas.

El crecido número de actuaciones, que sería prolijo transcribir, de los Jueces de Istmina, del Tribunal de Cali, del Alcalde de Condoto y de otras autoridades de esa región; de los respectivos Ministerios, de la Corte Suprema, del Consejo de Estado, del Congreso Nacional y de la Procuraduría General de la Nación, en ese largo lapso de 1913 a 1933 (cuando se declaró terminada la concesión por agotamiento de los metales y extinción del plazo), son prueba inequívoca no sólo de la gran importancia e interés que ha revestido este negocio en una larga y complicada etapa de la vida administrativa y judicial de la Nación, sino acerca de que él ha sido dilatadamente controvertido, y que en su estu-

dio y gestión ha campeado la mayor incertidumbre acerca de las diversas pretensiones formuladas por las partes, inclusive de parte de la Anglo Colombian, y acerca de los distintos problemas jurídicos que desde su gestación se presentaron hasta cuando por fin quedaron definidas, en lo relativo a la mina de "El Salto", con la sentencia de la Corte de 26 de junio de 1930, que declaró a la Nación dueña de tal mina, por considerarse como abandonada esta mina por falta de pago oportuno del respectivo impuesto, y por falta de determinación en forma legal en cuanto a su extensión y ubicación cuando fue adjudicada por la Gobernación del Cauca en el año de 1892 y por no haberse registrado debidamente el correspondiente título.

Lo que aparece de autos.

Precisa ahora recordar lo siguiente, tanto para el debido orden en la exposición y para apoyo de que todo esto que acaba de exponerse es así, como para las conclusiones a que la Corte habrá de llegar.

Cuando se dictó la Resolución de 20 de octubre de 1925, del sucesor del Ministro de Industrias, reformatoria de la que en 6 de septiembre de 1924 había dictado el Ministro anterior, Resolución ésta por la cual se le había negado a esa Compañía —la Anglo Colombian— la entrega de la mina de "El Salto", ya José A. Mayolo y los herederos de Frigerio habían demandado a la Nación con fecha primero de octubre de 1924 ante el Tribunal de Cali para que se declarara que esa mina les pertenecía a ellos, previa oposición que hicieron cuando la entrega de esa mina a la Nación en ejecución del fallo de la Corte. Continuaba, pues, en litigio con la Nación la mina mencionada cuando el nuevo Ministro dictó esa Resolución.

El Tribunal citado, en sentencia de 3 de septiembre de 1927, absolvió a la Nación de todos los cargos de la demanda, y la Corte, en sentencia de 26 de junio de 1930 (G. J. número 1827; página 85), confirmó "en todas sus partes" esa sentencia del Tribunal de Cali, dejando desde entonces, definido el litigio relativo al dominio de la mina de que se trata y a la alegada eficacia del título que el Estado había otorgado en ella a los demandantes.

Antes de esta providencia, de 20 de octubre de 1925, entre otras cosas, había sucedido lo siguiente, según las pruebas de autos:

1º Que José A. Mayolo y Frigerio, como ya se dijo, habían demandado a la Anglo Colombian, pidiendo el 19 de octubre de 1917 la posesión de la mina "El Salto", posesión que decretó en

su favor el Tribunal de Cali en auto de 31 de octubre de 1917;

2º Que, en efecto, el Ministerio hizo ocupar la mina en virtud de lo ordenado en la Resolución de fecha 1º de octubre de 1920, ya citada;

3º Que por razón de esta ocupación, Mayolo y uno de los herederos de Frigerio, demandaron *por despojo* a la Nación, y que el Tribunal de Cali, en sentencia de 16 de abril de 1921, ordenó que la mina les fuera restituida a los demandantes, sentencia que la ejecutó desde el 12 de mayo de 1921 el Juez del Circuito de Istmina;

4º Que llegado que hubo la providencia en consulta a la Corte; ésta confirmó, en providencia de 9 de diciembre de 1921, en lo relativo a Mayolo, lo resuelto por el Tribunal de Cali, y la revocó en lo relativo a Frigerio, por estimar que este señor no había probado su personería;

5º Que después, y en virtud de petición de la Nación, la Corte, en sentencia de 24 de septiembre de 1923, revocó su anterior providencia y negó la restitución de la mina a los demandantes, quienes en el momento de ejecutarse este nuevo fallo, manifestaron ante el Juez 2º del Circuito de Istmina, el primero de marzo de 1924, que se oponían a que se le diese la posesión de esa mina a la Nación y que de ello se dejó constancia en la respectiva diligencia de entrega al representante de la Nación.

Fue en presencia de todos estos antecedentes y de la adjudicación de la mina de "El Salto", hecha a Alejandro Frigerio y José María Lozano (antecesor de José A. Mayolo) por medio de título, que estaba vigente, número 748 de 29 de noviembre de 1892, otorgado por la Gobernación del Cauca, por lo que el Ministerio de Industrias dictó su Resolución de 6 de septiembre de 1924.

Como esta Resolución y la de 20 de octubre de 1925 son de las de mayor importancia en este proceso para la decisión de la acción de indemnización de perjuicios contenida en la reconvencción, se citan los siguientes párrafos de la primera de esas Resoluciones. Dicen así:

"El fallo del Tribunal de Cali en que ordenaba la restitución de la mina a Mayolo y Frigerio había sido ejecutado desde el 12 de mayo de 1921, por el señor Juez del Circuito de Istmina. La nueva sentencia de la Corte, en que se negaba la restitución, fue ejecutada por el señor Juez Segundo del Circuito de Istmina el día 1º de marzo del corriente año, a virtud de entrega de la mina a la Nación, representada en ese acto por el señor Rafael Conto y Polo, como delegado del Intendente del Chocó; a quien el Gobierno comisionó y facultó para el efecto: En el acto de la entrega, los señores José A. Mayolo, en su propio nombre, y Antonio Asprilla, en el de los sucesores de Alejandro Frigerio, manifestaron

que se oponían a ella, de lo cual se dejó constancia en el acta respectiva.

"Ahora bien: el punto relativo a la propiedad de la mina de 'El Salto', que se ha debatido en juicios sumarios posesorios entre sus adjudicatarios y la Compañía cesionaria de Castillo, no ha sido resuelto en el fondo. Es verdad que de acuerdo con el artículo 2º del contrato celebrado el 16 de diciembre de 1907, las dificultades que ocurrieran entre el concesionario y terceros, debían decidirse por medio de árbitros, nombrados uno por aquél, otro por el Alcalde del Municipio respectivo, y un tercero designado por ambos, para el caso de discordia; pero no es menos cierto que los terceros que no suscribieron el contrato de 16 de diciembre, pues no podían hacerlo, no tenían ni tienen por qué someterse a esta forma especial de administración de justicia. Esto es tan evidente que no obstante la Resolución del Ministerio de Obras Públicas de 1º de octubre de 1920, fundada en el dictamen pericial de 10 de mayo de 1919, el Tribunal Superior de Cali, amparó las pretensiones de Mayolo y Frigerio, y si posteriormente la Corte Suprema en su segunda sentencia proveyó en distinto sentido, se debió ello a que según se dijo entonces, no estaba suficientemente probada la posesión de Mayolo y Frigerio.

"De conformidad con el artículo 1º de la Concesión de 1907 y con la modificación segunda que le introdujo el Consejo de Ministros, el concesionario está en la obligación de respetar los derechos de terceros en la explotación del río Condoto. Saber si las pretensiones de Mayolo y Frigerio, que exhiben su título, la constancia de haber redimido la mina a perpetuidad y varias sentencias judiciales dictadas en favor de ellos en juicios posesorios, constituyen uno de esos derechos, es cuestión que corresponde definir, no a tribunales de arbitramento ni a decisiones del Gobierno, sino a la justicia ordinaria. No a los primeros, porque los particulares, como se dijo antes, que no intervinieron en la celebración del contrato, no pueden ser perjudicados por ninguna de sus cláusulas, y mucho menos respecto de la garantía constitucional de hacer valer sus derechos ante las autoridades comunes; y no al segundo, ya que la circunstancia de ser el Gobierno el arrendador de la concesión, lo incapacita para decidir los conflictos que surjan entre el arrendatario y terceros, porque de lo contrario obraría como juez y parte a un mismo tiempo.

"Ante la expectativa de un juicio de dominio sobre la mina de 'El Salto', cuyo resultado final no puede proveerse (sic), no hay duda alguna de que la actitud más prudente del Gobierno consiste en retener el mineral de que se trata, ya que su explotación por cualquiera persona o

entidad podría por lo menos sembrar dificultades para lo porvenir en caso de que la controversia se fallara desfavorablemente para el explotador. Ni debe temerse que este modo de obrar pudiera ocasionarle a la Nación ningún perjuicio, pues según el artículo 1º del contrato con la modificación de que se ha hablado, el concesionario renunció a establecer reclamaciones cuando los embarazos para el goce de la concesión fueran causados por el ejercicio de derechos de terceros.

“A este respecto, puede citarse el siguiente concepto contenido en la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de 14 de febrero de 1918:

“Comoquiera que sea, el examen de aquellas alegaciones, interesa indudablemente la cuestión de propiedad de la mina, por más que a primera vista se refieran únicamente a la posesión. Mejor dicho: se trata de un punto que debe ser ventilado, en juicio ordinario, porque en este caso los tópicos de posesión y propiedad se relacionan de manera íntima.”

“Y es oportuno copiar lo siguiente, tomándolo de un razonado informe que sobre este mismo asunto rindió el doctor Miguel Abadía Méndez, como Ministro de Instrucción Pública, al Consejo de Ministros en sesión de 13 de febrero de 1920:

‘Dicho juicio ordinario está siguiendo su curso también ante el Juzgado de Istmina, y su desenlace final pondrá en claro la cuestión relativa al dominio mismo de la mina; cosa que no podía ventilarse en el juicio posesorio, como lo pretendió la Anglo Colombian; en ese juicio se verá si los actuales poseedores de la mina de ‘El Salto’ han perdido el dominio de ella por haber dejado de pagar el tiempo, no obstante haberlo satisfecho posteriormente con sus intereses, y no obstante haber redimido a perpetuidad la citada mina; allí se verá si la concesión otorgada al señor José Cicerón Castillo durante aquel lapso fue suficiente para cancelar los derechos de los dueños de la mina ‘El Salto’, y si consecuentemente quedó ésta incluida en dicha concesión.’

“Principios de lógica jurídica y elementales nociones de prudencia aconsejan, pues, al Gobierno mantener un *statu quo* respecto de la mina de ‘El Salto’, mientras que se decide por las autoridades competentes la cuestión fundamental que se ha venido debatiendo, o sea lo relativo al dominio de ella.

“Por todas las consideraciones que se dejan hechas, el Ministerio resuelve:

“No se accede a entregar la mina de ‘El Salto’, a la Anglo Colombian Development Co., Ltd., por considerar que debe previamente definirse por

la justicia ordinaria lo relativo al dominio de ella.”

6º Que antes de dictarse la Resolución del 6 de septiembre de 1924 que acaba de citarse, el representante de la Anglo Colombian había presentado ante el Ministerio dos memoriales de fechas 5 y 18 de marzo de 1924, en los cuales, en síntesis, pedía, que por cuanto ya se había pronunciado la sentencia de la Corte, de fecha septiembre 24 de 1923 que reconocía la posesión de la mina de “El Salto” a la Nación, y ésta había recibido tal mina por conducto del Prefecto de la Provincia del San Juan (folios 167 y siguientes, cuaderno número 5), reiteraba su petición de que se entregara esa mina a la Anglo Colombian, porque esta Compañía tenía todo listo para iniciar trabajos o emprender el laboreo en aquélla.

7º En los mismos folios y cuaderno citados aparecen las copias de varios telegramas de las autoridades del Chocó, entre los cuales un telegrama de fecha 8 de septiembre de 1924 del Intendente para el Ministro de Industrias. Se deduce de esos documentos y de lo expuesto por el apoderado de la Anglo Colombian, que la draga número 1 de la Compañía Minera Chocó Pacífico —se subraya— había penetrado en la mina del Salto; que el Capitán de dicha draga fue detenido por el Alcalde de esa jurisdicción, porque no quiso prestar fianza para abstenerse de seguir trabajando esa mina contra las órdenes de las autoridades. Sé lee, en el cuaderno citado, además, de parte del Ministerio, de las autoridades del Chocó y del apoderado de la Anglo Colombian, lo siguiente:

“Acúcese recibo y dígase al señor Intendente del Chocó que de acuerdo con las resoluciones de este Ministerio, de fecha veintitrés de abril, 31 de julio y 6 de septiembre, todas de este año, ninguna entidad ni persona puede dragar ni explotar las minas de ‘El Salto’ y de Bazán, y que debe valerse de los apremios legales para conseguir el estricto cumplimiento de aquéllas resoluciones.

“El Secretario encargado del Despacho (firmado), Firma ilegible.

“Hay un sello que dice: Ministerio de Industrias—Oficina Nacional de Minas.—Jurídico-Administrativa.”

“Telegramas del Intendente del Chocó.

“Prefectura. Istmina, 4 septiembre de 1924. Ministerio Industrias.—Draga número primero Compañía Chocó Pacífico empezó dragaje desembocadura Bazán siguiendo río Condoto mina Salto. Escritura número treinta y dos (32) despachéle marzo último encuéntrase Ministerio se-

ñor Matshall por medio apoderado Hernando Guerrero han significado suspensión trabajo de trasmitirse Gobierno nombre Nación respetar aquellos derechos todo sentido. Compañía alega tener título concesión José Cicerón Castillo. Dirijome Intendente mismo sentido. Espero instrucciones.

“(Firmado), *Rafael Conto y Polo*”

—
“Bogotá, septiembre 9 de 1924.

“Contéstese al señor Prefecto de San Juan que de acuerdo con las Resoluciones dictadas por este Ministerio el 23 de abril, el 31 de julio y el 6 de septiembre, todas de este año, no puede ninguna persona ni entidad ejecutar trabajo alguno de dragaje o explotación en las minas de ‘El Salto’ y de la isla de Bazán, y que se sirva proceder en consecuencia, vigilando estrechamente estos parajes y siguiendo las instrucciones que le comunique el señor Intendente del Chocó a quien este Ministerio ha dado las órdenes del caso.

“(Firmado), Firma ilegible.”

—
“Prefectura—Istmina, 4 de septiembre de 1925. Bogotá Ll.—Draga número 1° Compañía Chocó Pacífico, empezó dragaje desembocadura Bazán siguiendo río Condoto mina Salto. Escritura número treinta y dos (32) despachéle marzo último encuéntrase Ministerio. Señor Marshall por medio apoderado Hernando Guerrero, ha significado suspensión trabajos debe trasmitirse directamente de Ministerio. Prefectura ordenó Alcalde Condoto exigir fianza suficiente Capitán draga, no continuar dragaje. Urge disposición concreta Compañía decisiones Gobierno nombre Nación, respetar aquellos derechos todo sentido. Compañía alega tener título concesión José Cicerón Castillo. Dirijome Intendente mismo sentido. Espero instrucciones.

“(Firmado), *Rafael Conto y Polo*”

8° En escrito de 11 de septiembre de 1924 el apoderado de la Anglo Colombian se dirigió al Ministerio, entre otras cosas, para explicar por qué había penetrado en la mina de “El Salto” la draga de la Compañía Minera Chocó Pacífico. Dijo sobre el particular lo siguiente:

“Quiero explicar por qué penetró la draga a la mina, o mejor dicho, repetirlo por escrito. Cuando se otorgó la concesión, no se hizo entrega al concesionario; cuando el concesionario, con asentimiento del Gobierno, cedió la concesión, tampoco hubo entrega material. Sin embargo, tanto el concesionario, primero, como el cesionario, después, estuvieron en la tenencia de la concesión o de la mina; el cesionario o actual concesionario, es verdad que precariamente, has-

ta que sobrevinieron los embarazos cesaron a virtud de la sentencia que la Corte Suprema de Justicia pronunció en el juicio por despojo que promovieron contra la Nación los señores Mayolo y Frigerio, y la Nación, el concedente o arrendador, recibió jurídicamente posesión de la mina, nada impedía, atendidos esos antecedentes, que el concesionario o arrendatario entrara en la tenencia de la mina por su propio hecho. Si el concesionario pidió entrega de la mina, la pidió a mayor abundamiento; y como a pesar de repetidas instancias, no se conseguía que el Ministerio ordenara la entrega, aquél, en ejercicio de su derecho, conforme a los antecedentes y sin violencia, introdujo una draga en la mina e inició trabajo, reitero, el 30 de agosto último.

“En caso de una demanda contra la Nación por incumplimiento del contrato y por perjuicios, al concesionario habría podido objetársele que nada le hubiera impedido iniciar trabajos y adelantarlos; que la entrega sobra; que los embarazos habían cesado. El arrendador y el arrendatario han constituido una sola parte en la cuestión con los señores Mayolo y Frigerio. Si los embarazos habían cesado, y si no había cuestión ninguna con la Nación, ¿por qué no haber iniciado los trabajos tan pronto como la Nación recibió posesión de la mina? Cuestión entre arrendador y arrendatario no había.”

Y terminó así dicho escrito:

“El presente memorial tiene por objeto solicitar con mi acostumbrado respeto:

“(1) Que se me dé una certificación sobre si el procedimiento del Alcalde de Condoto fue ordenado por el Ministerio o es consecuencia de órdenes del Ministerio, y sobre el fundamento legal de la orden del procedimiento o de las órdenes de que sea consecuencia el procedimiento, o no;

“(2) Que se me dé copia de la correspondencia cruzada entre el Ministerio y las autoridades del Chocó, telegráfica y postal, tocante a que se impidieran trabajos en la mina de ‘El Salto’ por el arrendatario, sea por la Compañía que represento. En caso de que se niegue esta petición, que se me indique la razón, y

“(3) Que se ordene a las autoridades del Chocó que pongan en libertad al Capitán de la draga y que no empleen la fuerza para evitar los trabajos en la mina mencionada.”

En el mismo Cuaderno número 5 (folio 194), fechado en Bogotá el 10 de enero de 1925, aparece un “*Memorandum del señor Juez William H. Jackson*”, abogado norteamericano, quien hace un extenso estudio de la concesión Castillo y de las actuaciones relacionadas con las minas de “El Salto”, para expresar que el Ministro de

Industrias "no estaba facultado para impedir el dragado de la mina de 'El Salto', como lo impidió por medio de esa Resolución de 6 de septiembre de 1924", y para terminar dicho memorandum, entre otras cosas, manifestando lo siguiente: después de sugerir, que no habría dificultades en el caso de que una Corte fallara favorablemente a Mayolo:

"Además, Mayolo tiene perfecto derecho de protegerse a si mismo invocando los artículos 224, 225 y 226 del Código de Minas. De acuerdo con estos artículos puede pedir, primero, que se determine quién sea preferido en el laboreo actual de la mina; segundo, que la Compañía concesionaria le ofrezca garantías y dé fianza, y, tercero, que durante el litigio el Juez nombre un interventor. De modo que si Mayolo tiene derechos, como pretende tenerlos, está completamente protegido por los artículos citados.

"Y si no se le entrega la mina a la Compañía concesionaria sí se sembrarán dificultades muchas si Nación no gana tal pleito. La Nación seguirá perdiendo el diez por ciento bruto del producto de la mina que a ella le corresponde, de acuerdo con el contrato, el que probablemente ascenderá, cuando menos, a cien mil dólares anuales (\$ 100.000); y la Compañía concesionaria, además del producto de la mina, seguirá perdiendo en gastos de organización, etc., aproximadamente setenta y cinco mil dólares mensuales (\$ 75.000). Esto dará sin duda, derecho a una reclamación fuerte contra la Nación, en el caso de que Mayolo pierda que es a todas luces lo más probable."

Fue después de todo esto, y de otras actuaciones que la Corte omite para no alargar más esta parte del presente fallo, cuando el Ministerio de Industrias dictó su Resolución de 20 de octubre de 1925, por la cual dijo reformar la dictada más de un año antes, o sea, la del 6 de septiembre de 1924.

El concepto que a la Corte merece la Resolución del 20 de octubre de 1925.

En atención a la situación creada por los hechos que se acaban de citar, y por lo que consta de autos, la Corte encuentra que fue, en realidad, una medida de prudencia de parte del Ministerio de Industrias el ordenar, por medio de las Resoluciones de 6 de septiembre y de 3 de noviembre de 1924, que no se entregara la mina de "El Salto" a la Anglo Colombian mientras no se definiera por la justicia ordinaria, como lo fue después en la sentencia de la Corte de 26 de junio de 1930, "lo relativo al derecho de dominio" que en dicha mina insistían en alegar José

A. Mayolo y los sucesores de Alejandro Frigerio y que venían alegando desde mucho tiempo atrás, con base en el citado título otorgado en 1892 por la Gobernación del Cauca, circunstancia que no ignoraba o no debía ignorar The Anglo Colombian Development Co., Ltd. cuando aceptó sustituirse en los derechos y obligaciones de la concesión Castillo.

Por tales razones, y como el apoderado de esta Compañía, en su alegato manifiesta que la resolución del 20 de octubre de 1925 "en el fondo es revocatoria" de la del 6 de septiembre de 1924; que esta Resolución del año 24 no ordenó la suspensión de los trabajos en la mina de "El Salto", pero que la de 20 de octubre de 1925 sí autorizó a la Compañía, "a reanudar trabajos (se subraya) reconociendo tácitamente que la suspensión o las suspensiones de éstos habían sido atentatorias", por lo cual estima dicho apoderado que están justificadas su acción de perjuicios contra la Nación y su oposición a que se declare fundada la excepción de que más adelante se tratará, propuesta por el señor Procurador sobre caducidad o renuncia de esa acción al tenor del artículo 3º de la Ley 52 de 1909, necesario se hace también citar aquí lo pertinente de la mencionada Resolución de 20 de octubre de 1925.

Después de varias consideraciones contra lo alegado por los adjudicatarios de la mina de "El Salto", acerca de que ellos eran "en la actualidad los propietarios legítimos de la mina", el Ministerio dejó establecido en tal resolución que el título exhibido por esos adjudicatarios era "nulo por carecer de la competente inscripción"; que la mina estaba abandonada o 'desierta'; que estaba legalmente *prohibida* 'la adjudicación de minas en los lechos de ríos navegables', y concluyó de la siguiente manera:

"De lo expuesto hasta aquí resulta que los sucesores de los señores Mayolo y Frigerio no tienen derechos sobre la mina de 'El Salto' ni pueden oponerse a que se haga efectivo el contrato de que es cesionaria The Anglo Colombian Development Co., Limited.

"Por lo demás, observa el Ministerio, que teniendo la Nación el dominio de la mina de 'El Salto', y habiéndose reconocido la posesión legítima por sentencia de la Corte Suprema de Justicia, no puede eximirse de reconocer y amparar los derechos emanados del contrato cedido a The Anglo Colombian Development Co., Limited.

"Finalmente, es necesario advertir que como la Nación por el contrato aludido, no ha conferido derechos reales sobre la mina, específica o individualmente considerada como cuerpo cier-

to, es improcedente la solicitud de la Compañía cesionaria en lo relativo a la entrega material de ella.

“Por tanto lo expuesto, el Ministerio resuelve:

“1º Negar la entrega de la mina de El Salto a The Anglo Colombian Development Co., Limited.

“2º Autorizar a esta última entidad a fin de que éntre en el ejercicio del derecho que le confiere el contrato celebrado con la Nación, al tenor de la escritura pública número 887, otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá el 18 de diciembre de 1907, con las modificaciones contenidas en la Resolución de fecha 21 de diciembre de 1912, para extraer por medio de dragas los metales del lecho del río Condoto, entre los puntos denominados Las Piedras y Bazán.

“3º La Compañía responderá a los terceros que tengan derechos vinculados a la indicada extensión del río Condoto, por los perjuicios que para ellos puedan derivarse del ejercicio de los derechos que otorga la concesión, así como de las consecuencias que puedan sobrevenir en el caso improbable de que una sentencia del Poder Judicial sea adversa a los derechos de la Nación, según el contrato.

“4º Desde la notificación de esta providencia se contarán los términos de que trata la Resolución ejecutiva expedida el 1º de octubre de 1920.

“Dése aviso al señor Intendente del Chocó para que adopte las providencias a que haya lugar, según la ley, encaminadas al cumplimiento de esta Resolución.

“Queda en estos términos reformada la Resolución de 6 de septiembre de 1924.”

Por las pruebas aducidas ante la Corte por el señor Procurador, se sabe que esta Resolución le fue notificada al representante de la Anglo Colombian por medio de la siguiente diligencia:

“En veinte de octubre de mil novecientos veinticinco, notifiqué personalmente la Resolución anterior al señor doctor Miguel S. Uribe Holguín, y firma *consistiéndola* (Fdo.): *M. S. Holguín*.—El Secretario del Ministerio de Industrias, *Manuel Vicente Jiménez*.” (Véase folio 8, cuaderno número 9).

Varias observaciones merece la Resolución de que se trata: No estaba dentro de las facultades del Ministerio entrar a calificar el mérito del título de la mina de ‘El Salto’, que el mismo Estado había otorgado, ni a decidir nada acerca de los derechos de dominio y posesión en ella.

Esa era función privativa del Órgano Judicial, quien la ejerció por medio de la Corte Suprema en las providencias que ya se dejaron citadas y que se relacionaron con la posesión y el dominio de dicha mina. Lo decidido por el Ministe-

rio en la resolución prenombrada es lo mismo que estaba reservado a la Corte en las sentencias ya citadas. Por tanto, estuvo ajustada a la ley, a la concesión Castillo, a la jurisprudencia nacional y a elemental prudencia la Resolución del 6 de septiembre de 1924 cuando reservó para el Poder Judicial la decisión de lo atinente al derecho de dominio en la mina de ‘El Salto’ y cuando pospuso la entrega de esta mina a la Anglo Colombian, y, por ende, su explotación hasta cuando se definiera ‘por la justicia ordinaria lo relativo al dominio de ella’, porque esa era una situación ya creada, que sólo el Órgano Judicial podía examinar y modificar.

¿Que la Resolución del 6 de septiembre de 1924 no ordenó la *suspensión* de los trabajos de explotación en la mina de El Salto?

Desde que la Resolución denegó la ‘*entrega*’ de esa mina a la Anglo Colombian, prohibió que se la explotara, pues mal puede ser materia de *explotación* un bien cuya tenencia o entrega material se rehusa o no se realiza, aunque no se haya concedido derecho *real* sobre él, pues esa tenencia o entrega material sería indispensable para el goce del bien concedido aun con un título simplemente precario, como el de arrendatario, por ejemplo.

Pero si no fuera suficiente, como lo es, la orden de no *entregar* esa mina, para que la Anglo Colombian se hubiera abstenido de explotarla, bastaría ver que en la mentada Resolución se lee categóricamente que, ante la expectativa de un juicio de dominio contra la Nación, lo prudente era ‘retener el mineral’.

¿Cuál mineral? El de la mina a que se refería esa Resolución: la mina de ‘El Salto’, pues no se trataba de otra mina. (V. también la Resolución del 3 de noviembre de 1924, que se publicó en el *Diario Oficial* número 19750 y que recayó al memorial del apoderado de la Anglo Colombian, de fecha 11 de septiembre de 1924, resolución en que el Ministerio confirma que su decisión fue de no permitir que se explotara o dragara la mina de ‘El Salto’).

Con este mismo criterio hay que apreciar la Resolución de 20 de octubre de 1925. Confirmado, como en ella lo fue, que *no se entregara* la mina de ‘El Salto’ a la Anglo Colombian, que fue lo decidido en la Resolución de 6 de septiembre de 1924, ratificada por la citada del 3 de noviembre, sería contradictorio o incongruente entender que, a la vez, se concediera a esta Compañía la facultad de extraer los metales que se encontraran en tal mina.

¿De manera que porque el contrato de arrendamiento, por ejemplo, no confiere ningún derecho *real* al arrendatario en el bien arrendado, no hay obligación de hacerle a aquél entrega de

dicho bien para que éntre en el goce de éste, que es el fin de ese contrato con relación al arrendatario?

La interpretación que en la Resolución del 20 de octubre de 1925 quiso dársele al caso de la concesión Castillo frente al problema que había surgido entre la Nación, la Anglo Colombian, Mayolo y Frigerio relacionado con la mina de "El Salto", no tiene respaldo alguno ni en los términos de esa concesión, ni en la ley ni en ninguno de los antecedentes de dicho caso.

En efecto, ninguna disposición legal expresa que sólo cuando se han conferido derechos *reales* en una mina, se necesita que ésta se *entregue* a quienes deben explotarla.

La concesión o el otorgamiento del derecho para extraer el mineral de una mina equivale al arrendamiento de ésta, y por más que el arrendamiento no confiere al arrendatario ningún derecho *real* sobre el bien arrendado, no puede entrar él en el goce de la cosa que se le ha dado en arriendo, si el arrendador rehusa entregársela, contra lo dispuesto en el artículo 1982 del Código Civil, que dice que: "El arrendador es obligado: 1° A *entregar* al arrendatario la cosa arrendada. . . ."

Negar que se entregue al arrendatario el bien arrendado, y autorizarlo, a la vez, para que éntre en el goce de dicho bien, son términos que, lógica y legalmente, se destruyen entre sí por antagónicos. Sería tanto como reconocer que el reivindicador es el propietario de la finca perseguida por él como dueño, y ordenar, a la vez, que no se le entregue o restituya esa misma finca.

Si lo que se quería significar fue que como la Anglo Colombian no adquirió por la concesión Castillo ningún derecho de propiedad ni de posesión en la mina de "El Salto", la entrega que ella solicitaba se le negaba en ese sentido, pero se le concedía como arrendataria, así lo habría expresado la Resolución de 20 de octubre de 1925, mas lo cierto es que ella le negó la entrega de esa mina sin limitación ni salvedad alguna, y que si le reconocía derecho a explotarla como concesionaria o arrendataria, tal entrega no podía negársela, sin hacer inoperante, como *jurídicamente* se hizo, la autorización para explotar esa mina, pues se repite: rehusada la entrega, rehusada quedaba también la autorización para explotar, porque se trata de dos términos o situaciones inconciliables.

Debe considerarse, por lo demás, que tampoco cabe interpretar de otro modo la cuestión en examen, pues según lo que consta en el expediente, la Anglo Colombian siempre alegó que la dueña de la mina de "El Salto", era la Nación, y que ella, como cesionaria de la concesión Cas-

tillo, no era más que *arrendataria* (lo mismo que alegó con respecto a las minas "René" y "Lincoln").

También se hace observar que, precisamente, la presente demanda de reconvencción de la Anglo Colombian contra la Nación enumera entre sus fundamentos de derecho los artículos 1973 y 1982 del Código Civil, que se refieren al arrendamiento.

Ahora, si el Ministerio optaba por la aplicación y ejecución del contrato llamado concesión Castillo, como se deduce del numeral 2° de su Resolución de 20 de octubre de 1925, debe entenderse que esa aplicación y esa ejecución tenían que ser integrales, esto es, reconociendo que la Anglo Colombian *debía respetar los derechos de terceros*, respeto que no tenía efecto con sólo exponer esta Compañía que respondería a éstos por los perjuicios después de explotar las zonas controvertidas del río Condoto, sino absteniéndose de explotarlo mientras por el único órgano competente —el judicial— no se hubiera decidido, previa y definitivamente, sobre el dominio controvertido.

Por lo demás, no habría sido de la competencia del Ministerio, la aplicación, si hubiera sido el caso, de los artículos 224, 225 y siguientes del Código de Minas, citados por el Juez Jackson en su "*Memorandum*", sino de la exclusiva competencia del Órgano Judicial, según lo expresan claramente tanto esos artículos como el 445 del mismo Código.

Pero hay más aún en apoyo de la tesis de la Corte con respecto a la Resolución de 20 de octubre de 1925. Entre los hechos que la Anglo Colombian menciona como determinantes del alegado incumplimiento de la concesión Castillo por parte de la Nación y de los perjuicios que considera haber recibido por tal incumplimiento está, como ya se sabe, el hecho 14 de su demanda de reconvencción, en el cual hecho alega que el Ministro de Industrias le había negado, *sin razón* y con "la consiguiente falta de cumplimiento del contrato de 30 de noviembre de 1907", la *entrega* de la mina de "El Salto".

Se pregunta: si esta *entrega* no era necesaria para la explotación de la mina y (a juicio del contrademandante) para el cumplimiento del contrato, ¿para qué apoyar, como lo está, la acción de indemnización de perjuicios, en cuanto el hecho, en la *falta de entrega* de tal mina, como se dice en el punto 14 de la demanda y se corrobora en la primera petición de la reconvencción, y en cuanto al derecho, por la cita que hace del artículo 1982 del Código Civil, que a entrega de lo arrendado se refiere?

También en el hecho 15 de la reconvencción se confiesa que desde el 5 y el 14 de marzo de

1924, había pedido la Anglo Colombian al Gobierno la entrega de la mina de "El Salto".

Lo mismo puede decirse de lo que se expresa en los otros hechos fundamentales de la acción de perjuicios "por incumplimiento del contrato", o sea, de los hechos 16, 17, 19 y 20. Todos ellos se apoyan en una falta de entrega de la mina de "El Salto" que impidió según el contrademandante, extraer los metales en ella contenidos; en una suspensión de los trabajos, del 8 de septiembre de 1924 al 29 de octubre de 1925, y del 24 de diciembre de 1925 hasta el 31 de marzo de 1926 (hecho 20 de la demanda y primera petición de la misma).

Se dirá que si se explotó, pero en forma discontinua, porque por virtud de lo dispuesto en la Resolución del 6 de septiembre de 1924, se obligó a suspender los trabajos y hasta se ordenó detener a algunos funcionarios o empleados; pero como lo dispuesto en la citada Resolución, era lícito y legal, quiere decir que no se puede reclamar perjuicios por la suspensión de una actividad que significaba un acto de abierta rebeldía contra lo dispuesto en esa Resolución, destinada a mantener el *Statu quo* en la mina de que se trata.

Lo cierto fue y es que habiéndose negado la entrega de la mina de "El Salto" a la Anglo Colombiana, tanto por las Resoluciones del 6 de septiembre y 3 de noviembre de 1924, como por la de 20 de octubre de 1925, no se debió extraer metales en ella, y que habiéndola explotado a pesar de esa negativa, según ella lo confiesa, durante el término a que se refiere en los hechos precisados de su demanda de reconvencción, como consecuencia se deduce de tal procedimiento, que ella debe a la Nación la participación del (10%) diez por ciento bruto en la explotación de esa mina durante el lapso a que se refieren tales hechos, tanto porque se aprovechó de los metales que de tal mina extrajo, como porque al fin se decidió por la sentencia de la Corte de 26 de junio de 1930, que esta mina pertenecía a la Nación y nó, a Mayolo y a los sucesores de Alejandro Frigerio.

No sobra decir aquí que la Corte, en ningún momento, antes de ahora, ha decidido sobre la validez o invalidez de la mencionada Resolución del 20 de octubre de 1925.

En su providencia del 20 de marzo de 1926 (*Gaceta Judicial* números 1679 y 1680), esta corporación (Sala de Negocios Generales) al referirse a la petición de la Anglo Colombian para que el Ministerio de Industrias "la pusiera en la posesión o tenencia material de la mina" (de El Salto), se expresó así:

"Constituía pues éste el derecho, causa o razón de la demanda, y por tal motivo el Minis-

terio, obrando conforme a normas conocidas de derecho, según las cuales el fallo debe ser congruente con la demanda en lo concerniente a la causa jurídica de ésta, se apoyó en el memorado contrato y en la recta interpretación de él a juicio de Ministerio —se subraya— para negar la entrega solicitada y autorizar en cambio a la Compañía para explotar el cauce del río Condoto, conforme al contrato. De ahí el siguiente considerando de la Resolución:

"Finalmente, es necesario advertir que como la Nación, por el contrato aludido no ha conferido derechos reales sobre la mina, específica e individualmente considerada como cuerpo cierto, es improcedente la solicitud de la Compañía cesionaria en lo relativo a la entrega material de ella."

Demasiado claro se ve, que en esa providencia la Corte no decidió (ni podía decidir) que la Resolución del 20 de octubre de 1925 hubiera sido legal, ni que en realidad, ella interpretase *rectamente* el contrato o concesión Castillo al negar la entrega de la mina de "El Salto" a la Anglo Colombian y al autorizar a ésta, a la vez, para que explotara esa mina. La frase: "a juicio del Ministerio", empleada allí por la Corte, lo expresa bien claramente; pero si ello no fuera bastante, bastaría ver que lo decidido por la Corte, tanto en esa providencia como en la del 18 de mayo de 1926, no fue otra cosa que dejar definido que ella, y no el Consejo de Estado, era la única competente para conocer y fallar acerca de la demanda de nulidad promovida ante el Consejo contra la mentada Resolución del 20 de octubre de 1925 por el General Jorge Martínez L., demanda que, según parece, al fin no se promovió ante la Corte. Mal podía ésta, pues, en sus citadas providencias del 20 de marzo y 18 de mayo de 1926, pronunciarse en favor ni en contra de la procedencia y legalidad de una Resolución cuya nulidad no se le había pedido todavía y que aún no estaba sometida a su estudio, para decidir nada distinto de la cuestión de competencia suscitada entre ella y el Consejo de Estado.

Las anteriores consideraciones, en presencia de la Resolución de 20 de octubre de 1925, por la cual el Ministerio dijo que reformaba la del 6 de septiembre de 1924 y cuyos efectos perduran aún en la presente litis, las ha hecho la Corte principiando por tener en cuenta que por cuanto están sometidos ahora a su estudio y decisión todos los factores o elementos que integran la presente controversia, derivada de tales resoluciones, debía ella pronunciarse, como lo ha hecho, en el sentido de calificar en sentido adverso el mérito jurídico y la fuerza obligatoria que ante ella pueda tener la mencionada Resolución

ministerial del 20 de octubre de 1925, pues en esta Resolución el Ministerio, como antes se dijo, entró a pronunciarse, contrariando claros preceptos constitucionales y legales, sobre cuestiones ajenas a su competencia, tales como las atinentes a la nulidad y caducidad del título concedido a Mayolo y Frigerio en la mina de "El Salto" y a la posesión y el dominio de la Nación en tal mina. Tal Resolución, por estas razones, no obliga a la Corte. Es inaplicable.

Sobre este particular, con respecto a todo lo alegado por los voceros de la Anglo Colombian, incluso en los estudios de los doctores Ferrero y Ospina y del Juez Jackson, la Corte reproduce aquí lo que expuso en recientes fallos de fechas 25 de abril y 30 de mayo del presente año de la Sala de Negocios Generales, pronunciados en relación con las minas denominadas del *Telembí* y *Timbíquí*. (*Gaceta Judicial* números 1984 y 1986, páginas 518, 720 y 732, respectivamente).

Se transcribe del primero de esos fallos lo siguiente:

"Las sentencias del Consejo de Estado no pueden ser obstáculo a que los Jueces ordinarios ejerzan la función que constitucional y legalmente les corresponde de manera privativa y exclusiva de decidir si una persona tiene la posesión de un inmueble y debe ser amparado en esa posesión.— En nuestro derecho público no es posible jurídicamente que las autoridades administrativas tengan la potestad de fallar con alcances jurisdiccionales las controversias relativas al derecho de propiedad de los particulares ni al ejercicio de las acciones posesorias con que se ampara aquel derecho; principio que es innegable aun en los casos en que la propiedad provenga o se origine en actos de enajenación efectuados por el Estado, y que el conflicto esté por él provocado. La función administrativa, incluyendo en ella la que emana de los fallos jurisdiccionales del Consejo de Estado, en nuestro derecho está erigida con miras distintas de las de definir las acciones civiles provenientes de la propiedad y posesión de inmuebles. Si existe alguna materia de la atribución propia y excluyente de la justicia ordinaria es ésta. A la jurisdicción administrativa le está vedado invadirla. Si esto tratase de hacerse, se violarían varios preceptos de la Carta Fundamental que proclaman el principio de la separación de los tres Organos estatales por ella reconocidos. En consecuencia, fallos pronunciados por los Tribunales Administrativos sobre cuestiones referentes a la propiedad o a la posesión, como los que han sido aludidos por el señor Procurador, no tienen ni pueden tener el carácter de cosa juzgada que obligue a la justicia ordinaria."

Sobra decir que si esto lo expresó la Corte refiriéndose a providencias del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos, mayor razón existe para expresarlo en tratándose de Resoluciones del Gobierno o simplemente ministeriales, extrañas a las atribuciones y a la jurisdicción del Organó Ejecutivo, máxime cuando se trata de pronunciarse sobre relaciones o efectos jurídicos emanados de contratos en que el mismo Estado era parte interesada como contratante, según aquí es el caso.

Desde este punto de vista, y, comparando las dos Resoluciones ministeriales de 6 de septiembre y 3 de noviembre de 1924, con la del 20 de octubre de 1925, fácil es argüir en favor de la legalidad de las dos primeras y que éstas tienen mayor justificación que la tercera, pues es de presumir que debieron ser muy poderosos los motivos que existieron para aplazar la entrega de la mina de "El Salto" a la Anglo Colombian y de aplazar, por ende, su explotación mientras no se decidiera judicialmente lo concerniente al *dominio* de esa mina, pues también la Nación era, de conformidad con el mismo contrato, copartícipe en la explotación de tal mina, y, por tanto, interesada también en que ésta se explotara, pero que se explotara sin vulnerar posibles derechos de terceros y sin arrebatar los fueros al Organó Judicial de la República.

Para no faltar a estas bases, que tienen sólido fundamento en las pruebas del expediente, en la equidad y en la lógica, es por lo que la Corte, en la primera parte de este fallo, dejó ya establecido que se impone la absolución de la misma contrademandante, The Anglo Colombian Development Company, Ltd., en la demanda principal, por haber encontrado que fue razonable que esta Compañía se abstuviera de explotar las minas *René* y *Lincoln* (partes también del lecho del río Condoto) en atención a la situación conflictiva y de litigio que en torno de tales minas se planteó con motivo de la concesión otorgada en 1897 a Henry G. Granger, y en atención a la misma estipulación contenida en la concesión Castillo acerca de la obligación "de respetar los derechos de terceros" en caso de que surgieran reclamaciones por parte de éstos; reclamaciones que, como es lo natural y lo legal, no podían ser decididas sino privativamente por el Organó Judicial, si ellas se referían al dominio, a la posesión, o a la validez intrínseca de los títulos otorgados a esos terceros, pues como también lo dejó dicho la Corte en la sentencia que queda citada, refiriéndose a la concurrencia simultánea de dos personas que aleguen en una misma mina derecho de posesión (o de *dominio*, se añade ahora):"

“De consiguiente, puede acaecer, que el poseedor regular que ha perdido esta calidad por cualquier causa, gane la acción posesoria contra otro poseedor regular que si retiene tal carácter, pero que para reivindicar la mina resuelve apoderarse de ella por vías de hecho, anticipándose al fallo de los Jueces. Y bien está que así ocurra, porque nadie está facultado para hacerse justicia por su propia mano, procedimiento que precisamente es el que se busca anatematizar en los interdictos de amparo de la posesión.

“El Estado tampoco escapa de la aplicación de estas nociones, a pretexto de que de él dimana la propiedad minera de los particulares. El Estado como propietario de las minas inadjudicadas, inadjudicables o abandonadas, carece también de poder para anticiparse al veredicto de los Jueces, arrebatándole al dueño de una mina, que *prima facie* revela serlo, su derecho.

“Al reservarse la Nación por distintos ordenamientos dictados desde el año de 1905, la propiedad de las minas de aluvión de metales preciosos ubicadas en los lechos y riberas de los ríos navegables, lo tuvo que hacer dejando a salvo los derechos adquiridos por particulares, conforme así lo declara expresamente el artículo 1º de la Ley 13 de 1937. Estos derechos se refieren naturalmente a minas adjudicadas antes de las reservas. Luego los decretos de reservas en nada han podido cambiar o modificar la posición jurídica de los dueños de minas tituladas por la Nación cuando podían hacerlo. Si antes de las reservas la Nación estaba obligada a discutir la eficacia de los títulos extrínsecamente suficientes que hubiera otorgado a terceros sobre minas ubicadas en las riberas o lechos de los ríos navegables, en un amplio debate controvertido y no podía consumir la desposesión antes de ese debate, después de las reservas tampoco está autorizada para desposeer como medida previa alegando y dando por sentado la ineficacia de los títulos aparentemente legítimos o supuesto abandono de las minas, dejando para luego el fallo judicial respectivo que declare que la mina no es de quien reza el título de adjudicación.

“En suma, quien exhiba un título que en su materialidad y condiciones externas compruebe la propiedad de una mina y justifique el pago del impuesto en el año anterior, con solo esos dos factores, o el certificado de redención de la mina, suficiente también como luego se verá, tiene acción posesoria en calidad de poseedor regular aun contra el Estado, sin que en el juicio respectivo pueda avanzarse en un examen acer-

ca de la validez intrínseca del título y del abandono de la mina por falta de otros pagos.”

En vista de lo anteriormente expuesto, y de las controversias que surgieron entre la Nación, la Anglo Colombian, Mayolo y los Frigerios, sobre posesión y dominio de la mina de “El Salto”, y aunque cuando se dictaron las Resoluciones del 6 de septiembre y 3 de noviembre de 1924, y de 20 de octubre de 1925, ya la Corte había dictado su sentencia por la cual se reconocía la *posesión* de esa mina en favor de la Nación, lo prudente era proceder como se decidió en las dos primeras de esas Resoluciones, pues continuaba de parte de Mayolo y los Frigerios la pretensión sobre el *dominio* en esa mina, y tal cuestión no vino a decidirse definitivamente sino en la sentencia de la Corte de 26 de junio de 1930, que ya se ha citado.

En suma: la Anglo Colombian, que al principio se quejó ante el Gobierno porque por virtud de las decisiones judiciales favorables que obtuvo Henry G. Granger sobre la posesión de las minas *René* y *Lincoln*, providencias que ella consideró como ilegales, no pudo explotar esas minas (véase su protesta notarial, escritura número 814 de 12 de julio de 1916), no puede quejarse ahora, porque el Ministerio respectivo, inspirándose en un criterio de previsión y prudencia, y en la misma estipulación contractual de que *había que respetar los derechos de terceros*, hubiese decidido que se aplazaran la entrega a ella de la mina “El Salto” y el consiguiente permiso para explotarla, mientras no se definiera por el Órgano Judicial lo relativo al *dominio* que en esa mina estaban alegando José Antonio Mayolo y los sucesores de Alejandro Frigerio, pues se repite, el fallo sobre la posesión, pronunciado por la Corte en 1923 en favor de la Nación no dejaba definida aquella pretensión, que era esencial y que sólo quedó fallada por la Corte en 1930 por medio de la sentencia de 26 de junio de ese año.

En efecto, dichos señores se fundaban en un título también otorgado por el Estado, título cuya eficacia intrínseca, así como lo relativo al abandono de la mina, sólo podía examinarse y fallarse en un juicio de esa índole, esto es, en un juicio sobre el derecho de propiedad que dicho título pudiera otorgar a quienes con base en él, tenían la condición de dueños aparentes de tal mina. No era, pues, una *vana* pretensión o una *simple* aserción (como lo dijeron los voceros de la Anglo Colombian), lo que servía de soporte a la oposición de Mayolo y los Frigerios. Había por medio un título emanado del Estado, cuya invalidez aún no se había declarado judicialmente, y había que respetarlo, porque ese título daba

derechos a quienes a base de él tenían el carácter de dueños *aparentes*, hasta entonces, de la mina de "El Salto".

Ninguna acción de perjuicios puede, pues, tener la Anglo Colombian contra la Nación por la falta de entrega de la mina de El Salto, conforme a la Resolución de 6 de septiembre de 1924, ni por ninguno de los hechos que en ejecución de tal Resolución se hubieran ejecutado, como los de suspensión de los trabajos en esa mina, por el procedimiento *de hecho* de penetrar en ella, según lo confiesa, la Anglo Colombian con una draga para explotarla.

Debe anotarse, además, que según la contrademandante, los hechos a que se refiere en el punto 16 de su contrademanda, se realizaron el 8 de septiembre de 1924, o sea, cuando ya se había dictado la Resolución del 6 de septiembre de 1924, y que consta por sus mismas pruebas, que el Ministerio había comunicado al Intendente del Chocó, en respuesta a sus informaciones, que en cumplimiento de las Resoluciones de 23 de abril, 31 de julio y 6 de septiembre de 1924, ninguna entidad o persona podía dragar ni explotar las minas de "El Salto" y de Bazán, por lo que debía valerse de los apremios legales para obtener el debido cumplimiento de tales Resoluciones.

El hecho 17.—Por lo mismo, la negativa del Ministerio, que consta en la Resolución del 3 de noviembre de 1924 y en la cual dijo ese Despacho que no se accedía a la petición del apoderado de la Anglo Colombian acerca de que no se impidiera por la fuerza los trabajos en la mina de El Salto, cuya entrega se había denegado a la Anglo Colombian, mientras no se decidiera judicialmente lo relativo al dominio que alegaban Mayolo y los Frigerios con base en un título emanado del Estado, cuya ineficacia aún no se había declarado por el Organo Judicial, constituía una confirmación y una decisión en consonancia con la Resolución del 6 de septiembre de 1924, y por tanto, no puede calificarse, por todas las razones que ya se han expuesto, como acto ilegal o indebido que pueda dar lugar a la indemnización de perjuicios que demanda la Anglo Colombian, pues, todo lo contrario, fue ésta quien procedió, *de hecho*, a tratar de hacerse justicia por su propia mano, explotando la mina cuya entrega y consiguiente disfrute le rehusaba el Ministerio por las Resoluciones del 6 de septiembre y 3 de noviembre de 1924.

El hecho 19.—Si el General Jorge Martínez L. consiguió, como se dice en este hecho, que el Consejo de Estado suspendiera provisionalmente la Resolución de 20 de octubre de 1925 y que el Alcalde de Condoto impidiera los trabajos en la mina de El Salto, se trataría de actos ejecutados con causa en una providencia de ese Tri-

bunal, que la Corte carece de jurisdicción para revisar.

Como bien lo dice el señor Procurador, Delegado en lo Civil:

"(19). El General Jorge Martínez L. ocurrió al Consejo de Estado contra la Resolución del Ministro de Industrias, de 20 de octubre de 1925, y consiguió la suspensión provisional de esta Resolución y que el Alcalde de Condoto, por la fuerza, impidiera los trabajos con la draga en la mina de "El Salto" el 24 de diciembre de ese año; pero el Ministro de Industrias, en telegrama de 24 de marzo de 1926, ordenó al Intendente del Chocó, que no pusiera obstáculos a la explotación (mi memorial de 26 de diciembre de 1925 y el telegrama del Ministro. Legajo de copias, fojas 21 vuelta a 22 vuelta)."

"El juicio administrativo promovido por el General Martínez terminó con el auto sobre competencia que profirió la Corte Suprema de Justicia el 20 de marzo de 1926, y con el que profirió el 18 de mayo del mismo año. (*Gaceta Judicial* números 1679 y 1680, de 31 de mayo de 1926)."

"El simple enunciado del hecho deja comprender de la manera más clara que no pudo causar perjuicio a la Compañía. Si alguna culpa puede imputarse al entonces Ministro de Industrias, según lo afirmado en esta parte del libelo, es precisamente el haber pasado por sobre una decisión del Consejo de Estado, ordenando, como se dice, que no se pusiera obstáculos a la explotación. Y esta orden, lejos de perjudicar a la Compañía, favoreció sus pretensiones."

El hecho 20.—Lo expuesto en este hecho ya queda analizado al examinar lo relativo a los efectos de las Resoluciones de 6 de septiembre y 3 de noviembre de 1924, y 20 de octubre de 1925 y a lo concerniente a los efectos que pudiera tener la providencia del Consejo de Estado que suspendió provisionalmente esa Resolución de 20 de octubre de 1925. No sólo no hay base para condenar por perjuicios a la Nación por la "suspensión" de los trabajos en la mina de "El Salto" en las épocas a que se refiere este hecho, sino que como ya antes se dijo, la Anglo Colombian debe pagar a la Nación lo que le corresponda por el diez por ciento bruto en la explotación que confiesa hizo de esa mina durante el lapso de que trata.

Dada la gran trascendencia que este negocio ha tenido; los diversos y múltiples incidentes a que ha dado lugar y las distintas alegaciones de una y otra parte, la Corte consideró que era necesario hacer de él el extenso examen que ha hecho, para que quedara debidamente esclarecido y establecido que carece en absoluto de fun-

damento la acción de perjuicios promovida por vía de reconvencción, por The Anglo Colombian Development Co., Ltd., contra la Nación, con base en los hechos de esa demanda de reconvencción, marcados con los números 14, 16, 17, 19 y 20, y para que establecido quedara, como queda, que la Nación no faltó a ninguno de los compromisos que le imponía la llamada Concesión Castillo.

Pero aun en el supuesto de que todo esto no fuera así, también habría que rechazar esa acción de la Compañía de que se trata, y absolver a la Nación, pues como lo alega y comprueba el señor Procurador, tal acción se habría ya extinguido o caducado por la presunción de renuncia de que trata el artículo 3º de la Ley 53 de 1909, ya que ella se ha promovido muchos años después de los seis meses a que se refiere ese artículo, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 3º Los interesados deben intentar las acciones civiles que para ellos emanen de las decisiones de que hablan los artículos anteriores, dentro del plazo de seis meses comunes, contados desde la ejecutoria de la respectiva decisión. Vencido este término, sin que los interesados hayan hecho reclamación alguna, se presumirá que han renunciado toda acción civil, y la Nación quedará libre de responsabilidades por perjuicios. El término para la reclamación será doble respecto de las personas enumeradas en el artículo 2530 del Código Civil.

“Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo no comprende las resoluciones administrativas dictadas en asuntos entre particulares, los cuales podrán intentar las acciones civiles respectivas, conforme al derecho común.”

La Resolución del 6 de septiembre de 1924, quedó ejecutoriada, como alega el señor Procurador, desde cuando por medio de la Resolución de 20 de octubre de 1925 se volvió a negar la entrega de la mina de “El Salto” a la Anglo Colombian, entrega que su apoderado insistía en pedir; pero debe tenerse en cuenta, además, que a esa Resolución le había precedido la del 3 de noviembre de 1924, publicada en el *Diario Oficial* número 19750 del 12 de noviembre de ese mismo año, Resolución que confirmó la decisión del Ministerio, de no permitir que se dragara o explotara esa mina, como insistía en pedirlo su representante, ya dictada esa Resolución del 6 de septiembre del mismo año, que se publicó en el *Diario Oficial* número 19702 del 16 de ese mismo mes.

El apoderado de la Anglo Colombian dice en su alegato (folio 58), que aunque se acepte que quedó ejecutoriada por la de 20 de octubre de 1925 la Resolución del 6 de septiembre de 1924, aquella Resolución fue tácitamente derogatoria de

esta última, por cuanto autorizó la explotación de la mina de “El Salto”, y que reconoció que la del 6 de septiembre había sido, por ello, atentatoria por la suspensión de los trabajos decretada en tal Resolución. De lo que infiere el apoderado, según parece, que no tenía por qué acusar o demandar lo que le era favorable.

Se dejó ampliamente analizado todo lo concerniente a la mencionada Resolución del 20 de octubre de 1925; pero se repite que negada, una vez más por esa Resolución la entrega de la mina de “El Salto” a la Anglo Colombian, y siendo jurídicamente indispensable que esa entrega no se rehusara para que dicha Compañía pudiera explotar lícitamente esa mina, la Resolución del 6 de septiembre de 1924 quedó en pleno vigor, y, por tanto, adversa fue la decisión recaída a la solicitud de revocatoria de tal Resolución.

Y con las mismas razones podría contestarse que, por cuanto la Resolución del 20 de octubre de 1925 confirmó la negativa a entregarle la mina a la Anglo Colombian, confirmó con ello, que no pudo ser atentatoria la suspensión de los trabajos en dicha mina, porque esa suspensión era la necesaria consecuencia de la negativa de entrega, contenida en las Resoluciones del 6 de septiembre y 3 de noviembre de 1924.

La excepción de renuncia tácita a la acción de perjuicios por extinción del plazo determinado en el artículo 3º de la Ley 53 de 1909, es, pues, fundada. Con haber principiado declarándolo así, no habría sido necesario entrar en las demás cuestiones y en el fondo del asunto que se ha examinado, pero por las razones arriba expuestas, la Corte no creyó oportuno ni conveniente hacerlo, dado el carácter de la presente controversia.

TERCERA PARTE

LAS DEMAS ACCIONES DE LA RECONVENCIÓN

La acción de pago de lo no debido.

El apoderado de la Anglo Colombian manifiesta en esta parte de su demanda de reconvencción contra la Nación, que a ésta pagó en concepto de su participación, la cantidad de cuatrocientos cuarenta y ocho mil ochocientos diez y seis dólares y cuarenta y tres céntimos de dólar (\$ 448.816.43); que de más pagó cincuenta y cuatro mil ciento treinta y dos dólares con doce céntimos (\$ 54.132,12); “más la cuota correspondiente a su porcentaje” de los “gastos de empaque, transporte, seguro, retiro de la Aduana y análisis”, “menos cuatro mil seiscientos sesenta y ocho dólares con setenta céntimos (\$ 4.668.70)

su participación en el último trimestre de la explotación, más la cuota correspondiente a los gastos de que trata el fundamento 26, ocasionados por las remesas en las cuales le corresponden esta cantidad, más tres mil pesos (\$ 3,000,00) consignados para garantizar el cumplimiento del contrato....”

Con respecto a la acción de la Compañía contrademandante “por pago de lo no debido”, cabe hacer observar, en primer lugar, que el artículo 2313 del Código Civil dice lo siguiente:

“Si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado.”

Los hechos 25 y 26 de la demanda rezan así:

“25. Si pagó mi poderdante más de lo que debía pagar, pagó para evitar una declaratoria de caducidad del contrato de 30 de noviembre de 1907, y haciendo reserva de su derecho de reclamar el exceso....”

“26. Aparte de haber pagado mi poderdante a la Nación en exceso por el error de que he hablado, le pagó en exceso también porque no se dedujeron los gastos de empaque, transporte, seguro, retiro de la Aduana y análisis....”

SE OBSERVA:

Si el error es la disconformidad entre la inteligencia y la verdad, debe, para ser error, originarse de una falsa creencia, o, como, ya lo expresó la Corte en anterior ocasión, es necesario que aparezca que se tuvo una determinada creencia y que esa creencia no correspondió a una realidad. (*Gaceta Judicial*, tomo XLIV, pág 425. Sent. agosto 25 de 1926).

La cita que se ha hecho de los fundamentos 25 y 26 de la contrademanda, revelan claramente que no pudo haber *error* en los pagos que se dicen hechos en exceso a la Nación, desde que allí se confiesa que si se pagó más de lo que la Anglo Colombiana debía pagar fue “para evitar una declaración de caducidad del contrato de 30 de noviembre de 1907”.

El *a sabiendas* del pago que se dice hecho en exceso, excluye toda idea de creencia errónea acerca de la obligación de hacer tal pago. Por tanto, basta esta primera consideración, para evidenciar que no puede prosperar esta acción de pago de lo no debido.

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR

En su alegato, el señor Procurador se expresa del siguiente modo sobre la cuestión que actualmente se estudia (F. 72, cuaderno 1-bis).

“Acción de pago de lo no debido.

“Si bien se relaciona con la ejecución del contrato, según lo entendió la honorable Sala en el fallo de las excepciones dilatorias, esta segunda acción acumulativamente ejercitada en la demanda, es claramente la de repetición de aquello que la Compañía pretende indebidamente pagado.

“Lo pagado por la Compañía, y que ésta pretende no debido, lo fue en ejecución del contrato de concesión, base de la demanda.

“La disposición aceptada por los concesionarios y por cuya causa se efectuaron los pagos, dice así:

“a) La participación del Gobierno en los productos de la explotación será la del diez por ciento (10 por 100) sobre el producto bruto, en vez del mismo porcentaje sobre el producto líquido de que trata el artículo 7º del contrato primitivo.”

“Claramente se observa, en primer término, que la participación estipulada a favor del Estado no fue tan sólo sobre el *plutino* que se extrajera, sino, en general, sobre los productos de la explotación, ya que, según el contrato la concesión se extendía a *los metales* que se encuentran en el lecho del río Condoto. Así también es importante hacer notar que el porcentaje últimamente convenido para el Estado no fue sobre el producido *líquido*, sino sobre el producido *bruto* de la explotación. Innecesario entrar a explicar a esa ilustrada corporación la diferencia entre las dos cosas.

“Pues bien: En las llamadas *actas de lavado* consta que se hizo entre la Compañía y el empleado del Gobierno, la deducción en bruto de lo que a éste correspondía por concepto de su participación. Y, contra lo que en alguna pieza del proceso aparece afirmando el apoderado de la Compañía, en aquellas actas no hubo *protesta* por parte de esta última contra la manera como se dedujo y se liquidó el porcentaje. Hubo sí al final de cada acta una *reserva* del derecho de reclamar con posterioridad, si a ello había lugar, cosa muy distinta de la pretendida protesta contra la liquidación. Si la Compañía hubiera encontrado motivo para formular ésta, la hubiera formulado expresamente en las actas, previa oposición manifiesta a la forma de liquidación. Ello no se hizo, lo que indica que el ánimo de la Compañía no fue otro que el de esperar algún tiempo para saber si había lugar a reclamo, y en ese caso hacerlo.

“¿Pero qué sucedió? Que pasaron varios años en que los pagos se hicieron sin reclamo, lo que indica necesariamente una de dos cosas: que la Compañía, al efectuar los pagos, consideró bien hechas las liquidaciones, o que se pagó sobre la

base de lo que ella ha pretendido. Y en uno u otro caso, los pagos deben considerarse firmes frente a la acción que se ejercita. Véase:

“Se trata no de otra cosa que de la interpretación de un contrato en orden a la manera como debe ejecutarse por la Compañía explotadora. Pero si ésta lo ejecutó sin reclamo durante mucho tiempo del modo contra el cual viene hoy a reclamar, tal ejecución debe entenderse como norma interpretativa del contrato, según precepto consagrado en el artículo 1622 del Código Civil.

“Pero no es esto sólo. Aun prescindiendo de esta conclusión, la demanda de repetición del pago que se pretende indebido no podrá prosperar. Véase por qué:

“Lo que se persigue es la devolución de un exceso sobre determinadas cantidades, exceso que la compañía pretende indebidamente pagado. Pero, suponiendo que el hecho hubiera ocurrido, ¿cuál es ese exceso? No se acreditó.

“El que demanda por determinada cantidad en acción de pago de lo no debido, debe probar no sólo que pagó indebidamente, sino cuántó pagó sin deber. Sólo así podrá obtener sentencia a su favor.

“Y repito que aquí no se probó cuál fue la cantidad líquida que se pretende pagada en exceso. Tal cantidad no podía resultar sino de documentos auténticos en los cuales se dijera de modo claro y discriminado cuáles fueron las bases, las cotizaciones, los elementos materiales sobre que se hicieron los pagos, para así poder deducir con certeza si fueron o no excesivos; si se hicieron o no de acuerdo con la recta interpretación y ejecución del contrato.

“Si el dictamen pericial se fundara en pruebas legales y en debida forma producidas, de las cuales se dedujera el monto del pretendido exceso de pago, sobraría dicho elemento en el proceso. Si no se funda en esas pruebas, no tiene más eficacia probatoria que la que puedan tener los elementos de información de los peritos.

“Pero es esto último lo que sucede. Los informes sobre cotización del platino crudo, del platino puro, etc., y la relación de número entre esas cotizaciones y los pagos hechos, no proceden sino de casas y de personas particulares extranjeras, que si bien de respetabilidad en el orden moral, son ineficaces para llevar la *convicción legal* al ánimo del Juzgador. No hay en este proceso un documento que forme plena prueba contra el Estado, del cual aparezca sin lugar a duda el pretendido exceso de pago, ni la cantidad líquida monto de él.”

Conocido ya que la Corte entiende que no hay lugar a la acción de pago de lo no debido por-

que *el error* que la Compañía demandante señala como causa de ese pago, no existe en realidad, desde luego que ella manifiesta que los pretendidos pagos en exceso los hizo para evitar la caducidad de la concesión de que era cesionaria, fácil es comprender que ese motivo, apuntado por la Corte para desechar esa acción, complementa y robustece lo expuesto por el señor Procurador en las partes de su alegato que quedan transcritas, pues como no existe ninguna prueba acerca de que la Compañía de que se trata hiciera tales pagos en exceso para evitar la caducidad del contrato, debe presumirse que cuando los hizo, y cuando los hizo durante tantos años, fue porque se consideró obligada a hacerlos y porque encontró que eran correctas y de acuerdo con el contrato las liquidaciones a base de las cuales se computó y pagó el porcentaje correspondiente a la Nación.

Por lo demás, lo cierto es que de acuerdo con el contrato, el porcentaje o participación de la Nación era, no, del producto *líquido*, sino del producto *bruto*, de todos los metales de la empresa, sin distinción, que se hallaran en el lecho del río Condoto; de lo que resulta que no es el caso de hacer las diferencias y deducciones que la contrademandante establece por platino *puro* y platino *crudo*, ni por los demás minerales contenidos en el mineral extraído, pues esos minerales como el iridio, el osmio, el osmiridio, etc., también provenían de la explotación del lecho del río Condoto y en ellos debía tener participación la Nación, pues el contrato no hacía excepción ni distinguía en cuanto a clase de metales, ni por los gastos hechos en la extracción, venta, beneficio, transportes, etc., del mineral.

No desea la Corte terminar el estudio del presente negocio, sin manifestar, como manifiesta, que se ha detenido a estudiar la demanda de reconvencción promovida por The Anglo Colombian Development Co., Ltd., lo mismo que lo hizo antes de considerar la excepción de renuncia por caducidad de la acción propuesta por el señor Procurador, con el ánimo de no omitir, aun pecando por superabundancia, dada la importancia especial de este asunto, el examen de ninguna de las cuestiones que se han planteado en esta controversia, pero excluida así la posibilidad de que se considere este fallo elusivo, advierte la Sala que en la demanda de reconvencción, que quizá no ha debido ser admitida, se plantean cuestiones que exceden la índole especial de este negocio, circunscrito, como es obvio, al objeto y a la acción determinados en el contrato sobre bien oculto, que a la vez que limita la personería del demandante, restringe la materia sometida a la decisión judicial y que no puede ampliarse con motivo de una contradec-

manda que, de ser admisible, debe vincularse estrictamente al bien calificado administrativamente como oculto.

La circunstancia de que antes se hubiera aceptado por la Corte esta demanda de reconvencción y de que se hubiera admitido en ella la representación del señor Procurador Delegado en lo Civil a nombre de la Nación no es, sin embargo, obstáculo para hacer ahora esta necesaria declaración, ya que la aceptación *ab initio* de una demanda, no compromete el criterio del fallador en el sentido de que no pueda él después reconocer y declarar su improcedencia cuando llegue el momento de fallar en el fondo de la litis.

FALLO

Por todas las razones que se dejan expuestas, la *Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Unica Instancia*, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *falla*:

1º Absuélvase a The Anglo Colombian Development Company, Ltd., de las peticiones principal y subsidiaria de la demanda promovida contra ella por el demandante señor Guillermo Murillo, a nombre de la Nación.

2º Absuélvase a la Nación de la demanda de reconvencción contra ella promovida por The Anglo Colombian Development Company, Ltd.

3º Queda a salvo el derecho de la Nación para ejercitar la acción de nulidad de la adjudicación de las minas René y Lincoln a Henry G. Granger, acción que no se decide aquí por no haberse ejercitado.

4º Igualmente queda a salvo el derecho de la Nación a cobrar de The Anglo Colombian Development Co., Ltd., o de quien sus derechos re-

presente, la participación que a aquélla corresponda por la explotación de la mina de "El Salto" durante todo el tiempo en que la explotó dicha Compañía y, en general, para que cobre cualquiera cantidad que deba corresponderle por razón de la explotación de los metales del lecho del río Condoto.

5º El depósito de tres mil pesos hecho por The Anglo Colombian Development Co., Ltd., le será restituído por la Nación cuando se haya liquidado administrativamente el contrato o concesión Castillo conforme se dispuso en la resolución de fecha veintiséis de enero de mil novecientos treinta y tres del Ministerio de Industrias, publicada en el *Diario Oficial* número 22317 de 21 de junio de ese año.

6º Sáquese copia de lo conducente y envíese al Juez del Circuito en lo Penal para investigar la responsabilidad criminal en que se haya incurrido por la pérdida o desaparición del expediente sobre el contrato que celebró el Ministerio de Industrias y a que hace referencia la precitada Resolución de ese Ministerio de 26 de enero de 1933, publicada en el número 22317 del *Diario Oficial*.

No se condena en costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en el próximo número de la *Gaceta Judicial* y envíese copias de la parte resolutive a los señores Ministros de Gobierno, de Minas y Petróleos y de Hacienda y Crédito Público, y de lo pertinente de este fallo, al Juez mencionado en lo Penal para la investigación que se ordena hacer.

José M. Blanco Núñez—José Miguel Arango. Hernán Salamanca—El Conjuez, Fabio Hernández—El Conjuez, Jorge Soto del Corral—Manuel Pineda Garrido, Secretario.



ÍNDICE

SALA PLENA

	Págs.		Págs.
Manifestación de impedimento. —El Magistrado doctor José Martín Blanco Núñez se manifiesta impedido para actuar en la demanda sobre inexecutable del artículo 2º del Decreto 756	1	rranquilla, el veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario que prosigue la señora Margarita García contra los señores A. Noguera & Cia., Sucesores, Limitada. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda	28
Decreto número 32 de 8 de enero de 1932, acusado como inconstitucional. "por el cual se reglamenta la Ley 51 de 1937, sobre ejercicio de la odontología".—Se declara la exequibilidad de los artículos 7º (incisos primero y penúltimo, apartes b, c y f), 8º y 10 del Decreto número 32 de 1938, que reglamenta la ley sobre ejercicio de la odontología. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre	3	Objeciones a una partición. —No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el diez y ocho de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de partición promovido por Evangelina Zambrano Medina contra Emperatriz Medina de Rojas y otras. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango	30
Inexecutable del Decreto reglamentario número 2259 de 1939. —Se declara que es inexecutable el artículo 3º del Decreto reglamentario número 2259 de 1939. Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo	7	Filiación natural. —No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el diez de abril de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio adelantado por María Escolástica Pérez Mejía de Triana contra Luis María Mejía y otros. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón.	32
SALA DE CASACION EN LO CIVIL		Salvamento de voto de los Magistrados doctores Ricardo Hinestrosa Daza y Hernán Salamanca	36
Acción petitoria de pago de una suma de dinero. Estipulación por otro. Delegación. —No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el cuatro de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario de Roberto Restrepo O. contra Rafael Arredondo V. y Enrique Arredondo S. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca	9	Acción de nulidad de un contrato. Apreciación de las pruebas en casación. Apreciación de los indicios. —No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el veintinueve de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario promovido por Telésforo Lozano Potes contra Ana Gertrudis y José Joaquín Rengifo. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza	36
Acciones de nulidad de un contrato y de reivindicación. —No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el veinticinco de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio adelantado por Edilberto Rodríguez contra los señores José Antonio y Vicente Oliveros.	16	Reivindicación. —Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el diez y nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio reivindicatorio adelantado por Germán y Graciela Mejía G. contra Luis Duque y otros. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda	41
Acción de simulación. Terceros de buena fe. Se casa la sentencia dictada el doce de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en el juicio de simulación seguido por Octavio Fuentes contra Aquilino Rincón y María del Carmen Aparicio. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón	19	Acciones de nulidad y resolución. Estipulación por otro. Renta vitalicia. —Se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona el once de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de nulidad iniciado por Luis María Figueroa contra Eladio y Olga María Nieto. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango	44
Partición. —No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de fecha veintisiete de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario de partición iniciado por José Ignacio Rivera Escobar contra la sucesión de Gabriel Rivera Mazuera. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca	23	Responsabilidad Bancaria por el pago de cheques falsos. —Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintinueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario promovido por Arturo Andrade Ospina contra The National City Bank of New York. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda	48
Recurso de hecho. —Se admite el recurso de hecho, y en consecuencia, se concede el de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ba-			

Págs.	Págs.
Filiación natural.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el veintinueve de julio de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario seguido por María Esther y Ernesto J. Vinasco contra Miguel Angel Rojas Q.	79
Acción para el pago de una suma de dinero. Nulidades alegadas en casación. Intervención del Síndico Recaudador en los juicios de sucesión. —No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veinte de junio de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario seguido por Samuel Delgado Uribe, Luis Felipe y María Josefa Uscátegui contra el General Jorge Martínez L. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón	85
Enajenación de bienes de los cónyuges bajo el imperio de la Ley 28 de 1932. —No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el veintiséis de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario de Zenón M. Rosero contra Alejandro Guerrero B., Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda	89
Acción de resolución de un contrato. Exceptio non adimpleti contractus. Su alcance, origen y naturaleza jurídica. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena el diez y ocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario de resolución de un contrato e indemnización de perjuicios promovido por Elías Juan contra Nicolás del Castillo y James W. Crump & Co., S. en C. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca	91
SALA DE CASACION PENAL	
Se llama a juicio por abuso de autoridad a un ex-Gobernador que, renuente en auxiliar las providencias de un Juez en determinado proceso, ordenó además, cambiar la radicación de éste, contra el parecer expreso del respectivo Tribunal Superior.—Se llama a responder en juicio criminal al doctor Demetrio García Vásquez por una de las infracciones de que trata el Capítulo VI, Título III, Libro Segundo del Código Penal, consistente en haber dictado como Gobernador del Departamento del Valle la Resolución número 53, 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, que cursaba en el Juzgado del Circuito Penal de Tuluá, se radicara en el de Roldanillo. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo	93
Salvamento de voto del Magistrado doctor Campo Elías Aguirre	96
Paricidio cometido en estado de ira e intenso dolor. Aunque el delito de paricidio y otros casos de asesinato pueden ser ultraintencionales, los términos categóricos del artículo 365 del Código Penal no permiten calificarlos así ni hacer la correspondiente minoración de pena.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, fechada el cuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, que condenó a Marco Aurelio Murillo a la pena principal de siete años y seis meses de presidio. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo	98
Veredicto contradictorio. Manera de computar la mayoría de votos de los Jurados. —Se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, fechada el veintiocho de septiembre de mil novecientos cuarenta, por la cual se impuso a Octavio Montoya la pena de nueve años y cuatro meses de presidio. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo	99
Asesinato. Circunstancias de mayor peligrosidad y circunstancias desfavorables al ofendido. Su diferencia. —No se infirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el diez y ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, que condenó a Alfonso Ceballos Rojas a la pena principal de veinticuatro años de presidio por el delito de asesinato. Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo	99
Homicidio. —No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, que condenó a Antonio Espalza, Joaquín Guerrero y Ramón Vega a la pena de veinte años de presidio como responsables del delito de homicidio consumado en la persona de Felipe Roperero. Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo	99
Causales de casación. Indicios. —No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, que condenó a Arcesio Atehortúa por el delito de hurto, a la pena principal de nueve meses de prisión. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre	99
Celebración de la audiencia sin asistencia del Fiscal ni del defensor del procesado. —No se invalida la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona el veintitres de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, que condenó a José Antonio Fadilla Galvis a la pena principal de seis años y ocho meses de presidio como responsable del delito de robo. Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo	99
Recusación de un Magistrado de Tribunal. —Se declara infundada la recusación propuesta por el doctor Carlos Arturo Díaz contra el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, doctor Mario Romero Padilla. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre	99
Colisión de competencias. —Se declara que no es el caso de decidir la colisión de competencia que al Comando de la 6ª Brigada del Ejército promovió el Juez del Circuito de Florencia, en la investigación criminal que se sigue contra los miembros del Ejército, señores Manuel Posada Delgado, José María Dimas, Carlos A. Camacho y Roberto Noriega, por los delitos de peculado y de falsedad. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre	99
Intervención de los acusadores particulares en la investigación de los delitos, conforme a la anterior legislación. —Se declara incompetente la Corte Suprema para revisar el auto de diez y siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, por el cual se sobrees definitivamente a favor del Juez 1º del Circuito	99

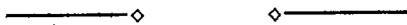
	Págs.		Págs.
de Neiva, doctor Martiniano González Díaz. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre	100	Ejecuciones administrativas. Se confirma el auto proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el siete de julio de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ejecutivo adelantado por Edmundo Prieto V. contra el Departamento de Boyacá. Magistrado ponente, doctor Anibal Cardoso Gaitán	140
Nulidad del proceso por no haberse notificado legalmente el auto de proceder. —Se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el trece de junio de mil novecientos cuarenta y uno, que condenó a Luis Pérez o Pabón y David Escobar o Almaquio Vera a la pena principal de ocho años de presidio como responsables del delito de homicidio perpetrado en la persona de José María Castro. Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo	102	Excepciones. Venta de armas. —Se declara no probadas las excepciones propuestas por el ejecutado "Macía & Cía." en el juicio ejecutivo que por una suma de pesos le sigue la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta	142
Salvamento de voto del Magistrado doctor Campo Elías Aguirre	104	Acción de división o separación de unos patrimonios. —Se resuelve que no es procedente la acción de separación o división de patrimonios, en los términos en que se propuso y adelantó en el juicio de la Nación contra David A. Forero y otros. Magistrado ponente, doctor Anibal Cardoso Gaitán	146
Delito frustrado y tentativa. —Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el veintuno de octubre de mil novecientos cuarenta, que condenó a José Ernesto Osorio Márquez a la pena principal de trece años y cuatro meses de presidio como responsable del delito de homicidio frustrado. Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo	105	Cheques. Requisitos para que puedan ser considerados como instrumentos negociables. —Se confirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el treinta y uno de julio de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario promovido por Carlos H. Pareja contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta	151
Veredicto contradictorio. —Se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil proferida el diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, que condenó a Lisímaco Quiroz y Marcelino Tamí a las penas de diez y nueve años seis meses veinte días, y de nueve años nueve meses y diez días de presidio respectivamente. Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo			
SALA DE NEGOCIOS GENERALES			
Incidente de nulidad. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria. Juicios de deslinde. Cuándo son de jurisdicción contenciosa. —Se declara la nulidad de lo actuado en el juicio de deslinde y amojonamiento de los terrenos "San Sebastián del Pantano" o "El Charcón", promovido por el señor Rafael Henríquez ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena. Magistrado ponente, doctor Anibal Cardoso Gaitán	109	Obligaciones modales. Diferencias entre el modo y la condición suspensiva. —Se declara resuelto el contrato de donación contenido en la escritura número 298, de 16 de marzo de 1937, por el cual Gustavo Heilbron donaba a la Nación en beneficio de la instrucción pública del Departamento del Atlántico, un bien raíz para que en él se construyeran los edificios de la Escuela Normal del Litoral Atlántico. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta	156
No se repone el auto anterior. —Se niega la reposición del auto de veintiséis de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, dictado por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, en el juicio de deslinde y amojonamiento de los terrenos de "San Sebastián del Pantano" o "El Charcón". Magistrado ponente, doctor Anibal Cardoso Gaitán	111	Naturaleza jurídica de la fuerza mayor o caso fortuito. Se declara nula la Resolución número 4191, emanada del Ministerio de Correos y Telégrafos, por medio de la cual se decretó que el contratista de correos, señor José Ramírez Gómez, debe responder de la suma de pesos que le fue robada a uno de sus conductores, el 30 de septiembre de 1939. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta	163
Aviso de exploración de petróleos. Naturaleza jurídica de las encomiendas en la legislación de Indias. Resguardos de indígenas. Propiedad comunal de los resguardos. Situación legal de los indígenas conforme a las leyes españolas y a las primeras leyes de la República. Vacantes y baldíos. —Se declara que es fundada la pretensión de la llamada "Comunidad de Condueños del Antiguo Resguardo de Indígenas de Tubará", representada por el Administrador señor Valmiro L. Donado, y de la Compañía de Petróleos del Carare, de que le pertenece en propiedad, a la primera, el petróleo que pueda encontrarse en el globo de tierra descrito en el aviso presentado al Ministerio. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta	124	Acción principal petitoria de pago de una participación en la explotación de las minas del río Condoto y acción de mutua petición sobre pago de lo no debido, y otras acciones. Denunciante de bienes ocultos. Interpretación de la demanda. Posesión y dominio. Usufructuario y poseedor. Apreciación de pruebas. Arrendamiento de minas. Inaplicabilidad de las resoluciones ejecutivas inconstitucionales. Se absuelve a The Anglo Colombian Development Company, Ltd., de las peticiones principal y subsidiaria de la demanda promovida contra ella por Guillermo Murillo, a nombre de la Nación, y a ésta de la demanda de reconvencción adelantada por The Anglo Colombian Development, Company, Ltd. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez	169

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE
SUPREMA DE JUSTICIA



DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS



Señores suscriptores:

A partir de la presente fecha y según Decreto número 1595 del Ministerio de Gobierno, la "Gaceta Judicial" se publicará en la Imprenta Nacional. Por tanto, puede Ud. dirigir sus pedidos al Expendedor del "Diario Oficial", calle 10 número 10-45, Bogotá.

GACETA JUDICIAL

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

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

ORGANO DE LA CORTE
SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR:

JULIAN MOTTA SALAS

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

(Proemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO LV

BOGOTÁ - COLOMBIA, ABRIL Y MAYO DE 1943

NUMEROS 1996 Y 1997

EL DAÑO SUCESIVO Y SU INDEMNIZACION

POR ANIBAL CARDOSO GAITAN

El daño futuro y sucesivo reclama una indemnización periódica. Y cuando desaparece, la obligación de indemnizar termina.

Una doctrina de notoria importancia ha sentado recientemente la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia. Atendiendo a la naturaleza del daño que ha de indemnizarse, la Corte decide que cuando es futuro y sucesivo, la indemnización debe ser periódica.

“Lo equitativo en estos casos —dice la Corte en sentencia que decidió el juicio de Marta Elena v. de Moreno contra el Departamento de Antioquia, dictada el 2 de abril último— es que el demandado pague por indemnización de perjuicios una cantidad igual a la que tendría que consignar en un banco, para que con esa cantidad y los intereses al 6% anual que ella debe producir en los años de vida probable, fuese pagando mensualmente a los actores la renta mensual, por el término de dicha supervivencia. Para la liquidación en esta forma, que parece muy complicada, existen fórmulas matemáticas y cuadros que facilitan las operaciones.”

Expresa la Corte que hay que atender a la circunstancia de ser el daño sucesivo, debiendo por lo mismo ser periódica la indemnización. Este sistema indemnizatorio significa un notable avance en el campo de la equidad de las prestaciones; pues con ese procedimiento se reduce de manera notoria su cuantía, con bases de evidente justicia. La obligación sucesiva debe satisfacerse periódicamente, y no en un solo acto. Si esto último se realiza, anticipándose las prestaciones sucesivas, haciéndose de ellas una sola, es lo natural que se deduzcan las utilidades, a las cuales no se

extiende la condena, que ese capital anticipado va a producir si se le supone depositado en un banco y listo para que de él se desprendan, en sus distintas oportunidades, las sumas correspondientes a cada una de las sucesivas obligaciones. La indemnización debe limitarse al pago de la renta periódica, y si para hacerlo se anticipa un capital que se entrega al beneficiario, es claro que lo que excede a esa indemnización periódica sobrepasa los cálculos y los dictados de la justicia, la que si no acepta que un perjuicio quede sin satisfacción económica adecuada, tampoco quiere ir más allá, enriqueciendo indebidamente el patrimonio del lesionado.

La entrega a un beneficiario del monto total y anticipado de varias prestaciones periódicas correspondientes a distintos lapsos de una indemnización sucesiva, en la forma en que ha venido haciéndose, ha tenido o tiene como justificación el deseo de asegurar en forma completa el pago de esas sumas en sus debidas oportunidades. Pero tal sistema conduce a extremos de visible inequidad. La sentencia de la Corte propone un medio para destruir esa situación de desequilibrio entre lo que se debe realmente como indemnización y lo que se ordena pagar para satisfacerla.

Al entregarse por anticipado el capital que corresponde a las futuras prestaciones periódicas, deduciendo el valor de los intereses que ese capital va a producir, se aligera la carga del obligado, rebajándose la cuantía de la indemnización a un plano de equidad, lo que asegura al propio tiempo el pago, ya que éste se hace de una vez y en un solo acto.

○

* * *

Es oportuno agregar algunas observaciones en el examen de otra cuestión muy vinculada a las que estudia y define la sentencia de la Corte y que es indispensable tener en cuenta para resolver sobre el pago de obligaciones sucesivas. La sentencia, que tanto se acerca a la equidad, no contempla sin embargo una eventualidad natural, frecuente en las relaciones del responsable del daño y el lesionado: la de que la lesión, y por ende el daño, desaparezcan, por la curación de la víctima o por su muerte. Es necesario que existan el lesionado y la lesión para que sea procedente el cobro de perjuicios. Al desaparecer el sujeto del daño, o desapareciendo éste, si el sujeto existe, cesa la causa que impone la indemnización. La prestación no debe prolongarse más allá de la vida del damnificado o de la desaparición del daño.

Que no se puede condenar a la reparación de perjuicios sucesivos después de la muerte del lesionado, es punto que ilustran, entre otros autores, Henri y León Mazeaud:

“La víctima, antes de haber obtenido reparación, muere por una causa que no tiene relación con la falta del responsable. Ciertamente, el agente debe siempre reparar la totalidad del perjuicio causado a la víctima, cuya acción se transmite sin reserva alguna, a los herederos. Pero debe tener en cuenta el Juez la muerte ocurrida, para no condenar, después de ese día, a la reparación de los perjuicios sucesivos, porque la muerte impide su realización: por ejemplo, la disminución de la capacidad de trabajo, o el sufrimiento físico o moral que debía soportar la víctima durante su vida. La víctima no continúa sufriendo por el hecho del responsable; los herederos no pueden, en su nombre, reclamar más perjuicios... Ya se ha dicho que todas las situacio-

nes en el estado de la víctima, cualesquiera que sean sus causas, aprovechan al responsable, así la muerte como la curación. El Juez debe, pues, para avaluar el perjuicio, tener en cuenta la muerte, producida por causa distinta de la falta. La solución es, por lo demás, tanto más equitativa cuanto que ella sería la misma si se hubiese condenado al pago de una renta, antes de producida la muerte; esta renta, destinada a la reparación del perjuicio sucesivo sufrido por la víctima, cesaría de ser debida desde la fecha de la muerte." (Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 1934, tomo III, páginas 442 y ss.).

La misma razón que existe para considerar que si la muerte ocurre antes de proferido el fallo, le pone término al daño sucesivo y por ende a la indemnización, como así lo debe declarar la sentencia, milita si la continuación o sucesión del daño se suspende por la muerte del agente pasivo o por su curación, ocurridos después del fallo.

La propia y destacada autoridad científica de los hermanos Mazeaud, que tan completa y luminosamente han tratado la materia de la responsabilidad civil por los delitos y culpas, estudia de modo concreto la situación jurídica que se produce por la cesación del daño a causa de hechos posteriores al fallo que puso término a la litis que originó la reparación del perjuicio, y tan ilustrados y doctos expositores, reconociendo la necesidad basada en la justicia, de considerar tales eventos que disminuyen las cargas del obligado, para ajustar a ellos la condena, admiten y propugnan, como solución en esos casos, la de que el Juez prevea la terminación del daño y disponga de antemano que la prestación ulterior se suspenda o disminuya. Tan interesantes conceptos se hallan consignados en el Capítulo del tomo I de la obra ya citada, denominado "Agravación y atenuación del perjuicio posteriores al fallo." Allí se lee, a los números 220 a 230, lo que en seguida se extracta:

"220. Los problemas ocasionados por la agravación o atenuación de un perjuicio, que sobrevienen después del día en que una sentencia de condena se hace firme, deben ser resueltos a la luz de los principios ya expuestos. Muy frecuentemente, el perjuicio sufrido por la víctima no es inmutable. Es susceptible de modificarse con el tiempo, sea aumentando, sea disminuyendo. Semejante situación se produce particularmente, aunque no exclusivamente, cuando el daño ataca la persona física de la víctima: heridas, poco graves en su origen, traen complicaciones, o al contrario, las complicaciones previstas no se producen.

"Pero se requiere que el perjuicio se produzca intrínsecamente, como la pérdida de cierta capacidad de trabajo, porque otras modificaciones, tales las que provienen de cambio en el valor de la moneda, que aumentan a veces el costo de la vida, no constituyen una variación intrínseca del daño. Si el daño se modifica intrínsecamente, habrá lugar a la revisión de la sentencia, pero no en el caso contrario.

"Cuando existe una verdadera modificación del perjuicio, debe examinarse si la modificación es previsible o no y proceder en consecuencia. Si a los Tribunales les parece posible que el daño se agrave o atenúe, sin que tengan la certidumbre sobre ese punto, violarían los principios generales, estatuyendo no solamente sobre el perjuicio actual, sino también sobre el perjuicio futuro hipotético. No deben ellos,

compensando los riesgos de disminución y los de aumento, admitir una solución media, por ejemplo, conceder una renta calculada sobre una incapacidad de trabajo de 50%, siendo susceptible de variar esta incapacidad en el porvenir entre 20% y 80%; establecer semejante fijación es acordar la reparación de un perjuicio puramente eventual.

“224. ¿Qué debe hacer entonces el Tribunal cuando se halla en presencia de un perjuicio que es susceptible de modificación en el porvenir, y sin que le sea posible tener certidumbre sobre ese punto? Debe no estatuir más que sobre el perjuicio actual, reservando los derechos de las partes para el porvenir. Si tiene la seguridad de que, al menos durante un cierto tiempo, el perjuicio no se modificará, puede, por ejemplo, fijar la renta que se deberá en ese lapso y especificar que a la expiración de él las partes deberán volver delante del Juez, o bien determinar la renta y declarar que al cabo de un cierto tiempo, la cifra fijada podrá ser revisada, por demanda de una de las partes.

“229. Se acepta reconocer a la víctima, en caso de agravación del daño, el derecho a reclamar una indemnización suplementaria. ¿No contraría esto los principios sobre la autoridad de la cosa juzgada? No, porque del silencio de la decisión se puede inducir que ella no ha entendido ordenar la reparación sino del solo perjuicio existente en el día en que ella se profiere. Por consiguiente, cuando además del primero la víctima llega a sufrir un segundo daño, nada se opone a que ella se coloque en situación de hacerse indemnizar. Es una nueva demanda la que se formula, absolutamente distinta de la primera. Tal es el verdadero motivo que inspira estas decisiones. No se trata, como lo indica M. Demogue, de revisar un fallo o una transacción por error, lo que autorizaría ir sobre las decisiones mismas que estatuyen expresamente respecto a las consecuencias futuras del daño, y sería manifiestamente contrario a los principios generales del procedimiento; han de aplicarse las reglas ordinarias de la cosa juzgada.

“230. ¿Es posible acordar no solamente a la víctima, sino también al actor del daño, el derecho de revisión? ¿Puede este último, en caso de que el perjuicio a que ha sido condenado a reparar desaparezca o se atenúe, demandar una supresión o una disminución de la indemnización a su cargo?

“Ciertamente, él podría atacar, si le estuviese permitido, por error sobre las consecuencias del perjuicio, la decisión pronunciada, para hacerse restituir todo o parte del capital que ha entregado; pero es bien sabido que no tiene derecho a ello. La cuestión se reduce por consiguiente a investigar si la demanda que presenta tiene verdaderamente a modificar la decisión reclamada, caso en el cual se chocaría con el principio de la autoridad de la cosa juzgada, o si, al contrario, éste no se toca, por ser independiente. Hay tendencia a razonar aquí por analogía con el caso precedente: cuando la víctima reclama reparación por un aumento de daño, hace una demanda nueva, independiente de aquello definitivamente resuelto; ¿por qué no ocurrirá lo mismo cuando el actor del daño reclama una aligeración de sus cargas fundándose en una aligeración del perjuicio? No hay que olvidar que las dos situaciones son absolutamente distintas. Se puede en el primer caso, en razón del

silencio guardado sobre ese punto en la decisión, admitir que ella no entendió estatuir más que sobre el daño actual y no sobre aquel susceptible de agregarse en el porvenir; se considera que los Jueces han decidido que la agravación del perjuicio del cual reclama la víctima era eventual al momento en que ellos fallaron; así se explica que no lo hubiesen tenido en cuenta en la indemnización concedida: no podían hacerlo; por consiguiente, la víctima está aún en el derecho de demandar reparación. Pero es imposible considerar que la cifra fijada no tenga en cuenta las disminuciones en el porvenir. El actor del daño pretende, en efecto, para obtener una reducción, que el perjuicio ha disminuído después que la decisión se hizo definitiva, por ejemplo el daño avaluado en 100.000 francos (o en una renta vitalicia de 10.000 francos), porque pudo creerse que la víctima permanecería ciega, y que no es más que de 50.000 francos, por haber ésta recobrado parcialmente la visión. Por lo mismo se sostiene que los Jueces, considerando como cierto el perjuicio futuro que debía resultar para la víctima de una ceguera total, se han equivocado; ello contradice lo que definitivamente se admite como la expresión de la verdad; o bien, se alega que los Jueces han tenido en cuenta un perjuicio puramente hipotético, apoyados en el hecho de una eventualidad prevista que no se ha realizado; mas en tal forma se ataca una decisión definitiva, puesto que se le tacha de contener un error de derecho: se sabe que solamente el perjuicio cierto debe ser reparado.

“Así, en tanto que es posible, sin contradecir la cosa juzgada, aumentar la indemnización pronunciada, no se puede disminuir. Para que la acción de reducción pueda ser viable, sería preciso que la decisión definitiva hubiese expresamente previsto la posibilidad de una disminución, que ella hubiese por ejemplo decidido que la renta que debe cubrirse será de tal suma, en tanto que la víctima permanezca ciega, y de tanto a partir del día en que ella recobre una visión de tal o tal intensidad.” (Subrayamos).

En la interesante transcripción de los hermanos Mazeaud que se ha hecho, ratificada en los números 2405 y 2406 de su obra, edición de 1939, aparece contemplada la modalidad que pretendemos debe tenerse en cuenta, de la disminución futura del daño, en relación con el fallo, y cómo tan connotados tratadistas, después de admitir la razón que hay para que se consideren las variaciones del perjuicio, posteriores a la sentencia, señalan como solución, para atender a la disminución del perjuicio, la de que en esos casos se proceda previendo expresamente en el fallo la rebaja que ha de hacerse ulteriormente, cuando ocurra la curación parcial o total. En lo cual se comprende naturalmente la desaparición completa del daño por la muerte de la persona que lo padecía.

Tan clara ilustración del tema no deja duda respecto al procedimiento que conviene seguir en casos como el que es objeto de examen, a fin de regular en justicia la indemnización. Para alejar toda duda de que se acepta una revisión de los fallos—inadmisible a la luz de los principios científicos—, ha de preverse con claridad en la sentencia que la condena a la prestación periódica o sucesiva termina por un único y solo hecho: la curación del lesionado o su muerte. Así decidido, no hay por qué pensar en la procedencia de nuevas acciones que vuelvan sobre la cosa

juzgada, la que se deja firme. Es precisamente en aplicación de ella como se suspende o termina la prestación periódica, por así haberse previsto en el fallo. Un hecho solamente habrá de acreditarse en su oportunidad: la curación o la muerte; establecido, el responsable del daño queda libre de la carga de posteriores pagos.

* * *

Existe notoria analogía entre las prestaciones de que se viene tratando y aquellas reguladas por el Código Civil en el Título XXI, "De los alimentos que se deben por ley a ciertas personas." La pensión alimenticia tiene su origen en las leyes naturales, elevadas a obligación positiva, que imponen al cónyuge el deber de prestar alimentos congruos a su cónyuge, los descendientes legítimos a sus ascendientes, éstos a aquéllos, etc., y alimentos necesarios en los demás casos contemplados por el artículo 411 de dicho Código. La prestación por alimentos es periódica, sucesiva, y deja de ser obligatoria en determinadas circunstancias señaladas en la ley. Para garantizar la efectividad en el pago de las pensiones alimenticias establece el artículo 423 del Código Civil: "El Juez reglará la forma y cuantía en que hayan de prestarse los alimentos, y podrá disponer que se conviertan en los intereses de un capital que se consigne a este efecto en una caja de ahorros u otros establecimientos análogos, y se restituya al alimentante o a sus herederos luego que cese la obligación." Para las prestaciones sucesivas de que se trata, cabe aplicar, si no la norma transcrita del Código Civil, si el principio que ella consagra, en las hipótesis que se vienen contemplando y que coinciden exactamente con las previstas en la disposición copiada. Creemos que la prestación periódica por el daño sucesivo, cuando se trata en general de lesiones que va a sufrir una persona por un tiempo indeterminado, puede también satisfacerse disponiendo su pago con los intereses de un capital que el obligado consigne al efecto en una caja de ahorros o en otro establecimiento análogo, y que pueden retirar él o sus herederos luego que cese la obligación. Al consignarse en dinero el capital que va a producir la renta periódica, preciso será calcular pericialmente la suma que ha de depositarse para que produzca los intereses correspondientes a la prestación sucesiva.

Sin perder de vista la seguridad en el recaudo de las obligaciones periódicas, y dentro del principio consagrado en el artículo 423 del Código Civil, que permite la consignación de un capital para que con sus intereses se cubra la asignación sucesiva, conviene examinar si esa finalidad buscada por la ley puede alcanzarse constituyendo un depósito en cédulas hipotecarias, de primera calidad en su clase, como las del Banco Central Hipotecario. Siendo la propiedad raíz la mejor garantía, universalmente aceptada, para la eficacia de las obligaciones, las cédulas de establecimientos de crédito hipotecario constituyen una inversión de notable solidez y seguridad. Los institutos de esta clase, al tomar el control de la propiedad inmueble, consiguen para ellos y los tenedores de sus cédulas las mismas ventajas que para una persona ofrece la garantía hipotecaria sobre un inmueble en particular. En Colombia existe un instituto, el Banco Central Hipotecario, cuyas cédulas ofrecen las mejores condiciones de seguridad. Hacer en valores de esta especie un depósito judicial para que con sus intereses se pague periódicamente lo que corresponde al servicio de una obligación sucesiva, es colocarse en el plano más alto de seriedad y eficacia para

el cumplimiento de prestaciones de esa naturaleza. Al cumplirse el plazo normal de la obligación, o antes si la vigencia de ella se suspende, el capital entregado en depósito en cédulas hipotecarias, vuelve a su dueño. Tal sistema de pago se acomoda a las modalidades y eventos propios de aquellos compromisos y satisface plenamente los intereses de acreedor y deudor.

Concretando lo dicho sobre el modo de pago de las prestaciones periódicas, opinamos que puede hacerse en una de estas formas: 1^a Entregando el obligado al beneficiario, para solucionar definitivamente su obligación, una cantidad en dinero igual a la que tendría que consignar en un banco para que con esa cantidad y los intereses, estimados al seis por ciento anual, que ella debe producir en el lapso de la obligación, se pague por anticipado la renta debida. 2^a Constituyendo un depósito judicial en dinero o en cédulas del Banco Central Hipotecario, en cantidad suficiente para que con los intereses del dinero o de las cédulas se satisfagan las prestaciones periódicas, y que se levantará, devolviéndose el dinero o las cédulas a su dueño, al término ordinario de la obligación, o antes si ella cesa por causas distintas a la terminación del plazo. A fin de que la condena se ejecute sin demora, convendrá señalar un término de treinta días para la constitución del depósito en dinero o en cédulas, vencido el cual, si no se ha hecho tal depósito, la obligación queda líquida por la suma de dinero fijada según lo previsto para la primera de las dos hipótesis contempladas.

* * *

Sirvan las precedentes consideraciones de punto de meditación a los juristas, para que ojalá se encuentre el modo práctico de conjugar la equidad con la obligación debida, no excediéndose la condena de lo que aquella norma superior impone. Si alcanzar tal propósito acarrea dificultades a los Jueces, no parece que ello sea óbice a realizar el esfuerzo requerido para innovar la jurisprudencia por cauces fecundos, que estructuren los fallos acomodándolos a las exigencias de la realidad jurídica y humana que deben contemplar.

SALA PLENA

Decreto número 1357 de 31 de julio de 1941 y artículo 46 de la Ley 58 de 1931, sobre contadores juramentados, acusados como inconstitucionales

Con la creación de los contadores juramentados, en manera alguna se atiende, se faculta o se provee a la creación de nuevos empleados oficiales. Los contadores juramentados, según la intención del artículo 46 acusado, no son empleados públicos; forman más bien un núcleo de técnicos, seleccionado por sus conocimientos y con título especial de idoneidad, que por fuerza de las circunstancias debe figurar inscrito en un escalafón. El verdadero sentido, por consiguiente, del artículo 46, es el de anticipar unos pocos elementos de reglamentación de la profesión de contador, delegando en la Superintendencia el poder de perfeccionar la estructura de la institución. Esto lo puede hacer el legislador, de conformidad con el artículo 38 de la Constitución Nacional. Pero cuando el artículo 46 autorizó a la Superintendencia de Sociedades Anónimas, que no es el Gobierno, sino una oficina secundaria dependiente del Gobierno, para "establecer la institución de los contadores juramentados", cometió un error de técnica, y un error de principios. La reglamentación de la profesión de contador, al igual que la de cualquiera otra profesión, es una sub-institución que debe agrupar reglas de derecho primarias suficientes a crear una situación abstracta de derecho a cuyo imperio quede sometido el grupo de personas que tengan el respectivo oficio y aspiren a ampararse con la institución. Esas reglas primarias no puede darlas sino el legislador; el Gobierno podrá reglamentarlas y ejecutarlas. La Superintendencia de Sociedades Anónimas, como la dependencia gubernamental más adecuada para aplicar aquellas normas y reglamentos, podía ser el organismo de ejecución de aquéllos y de éstos, pero no podía recibir la prerrogativa de

establecer la institución por medio de reglamentos que sean reglas de derecho.

El ordinal 3º de ese artículo quebranta el orden constitucional y con ese artículo se viola la regla 8ª del artículo 6º de la Carta, el cual sólo faculta al Congreso para conceder autorizaciones al Gobierno mismo; y el Gobierno en ese caso, es el Órgano Ejecutivo personificado en el Presidente de la República y sus Ministros. Tratándose de crear una institución, es decir, un conjunto de reglas de derecho relativas a gobernar un hecho determinado, el del ejercicio de la profesión de contador juramentado, constitucionalmente el Congreso no podría depositar esa potestad sino en el Presidente de la República. Hacerlo en una oficina subalterna del Presidente de la República, es pecar contra la Ley Fundamental. También desconoce ese artículo acusado el 38 de la Constitución Nacional. En una palabra, el artículo acusado es inconstitucional en estas dos proposiciones fundamentales: 1º Cuando autoriza a la Superintendencia de Sociedades Anónimas para establecer la institución de los contadores juramentados; y 2º Cuando asimismo le otorga poder a la entidad nombrada para señalar las funciones que los contadores deben desempeñar (última parte del numeral 3º).

El Decreto acusado es en su integridad inconstitucional. Desde que representa el uso de una facultad constitucional, de la cual no podía desprenderse el Congreso, todo lo actuado por el Gobierno participa del mismo vicio originario. Cayendo la causa, también deben caer sus efectos. El Gobierno no podía establecer la institución de los contadores juramentados ni dictar en consecuencia, como lo hizo, sus reglas básicas o esenciales.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, marzo veintisiete de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El doctor Carlos H. Pareja, ejercitando la acción pública de inexecutable, solicita en memorial presentado al efecto, que la Corte en pleno declare inconstitucionales el artículo 46 de la Ley 58 de 1931, y consecuentemente el Decreto número 1357 de 1941, en toda su integridad, o los artículos de este Decreto, que adelante se mencionan, por violar también varias de las normaciones de la Carta.

De la demanda corrióse traslado al señor Procurador General de la Nación, quien oportunamente rindió su concepto.

Las disposiciones acusadas.

La Ley 58 de 1931 “por la cual se crea la Superintendencia de Sociedades Anónimas y se dictan otras disposiciones”, incluye el artículo 46, que es el acusado, y cuyo tenor es:

“Artículo 46. Autorízase a la Superintendencia de Sociedades Anónimas para establecer la institución de los contadores juramentados, cuyas principales funciones serán las siguientes:

“1º Revisar los balances y los libros de contabilidad de las sociedades anónimas en los casos en que lo considere necesario la Superintendencia;

“2º Desempeñar los cargos de liquidadores comerciales de las sociedades anónimas en liquidación o en quiebra;

“3º Servir de peritos oficiales en los casos en que se requieran conocimientos técnicos especiales, y desempeñar las demás funciones que sobre el ramo de sus conocimientos les fije la Superintendencia de Sociedades Anónimas.

“Parágrafo. La Superintendencia fijará los emolumentos u honorarios a que en cada caso tendrán derecho los contadores, los cuales serán pagados por las entidades interesadas.”

En desarrollo del artículo anterior el Superintendente de Sociedades Anónimas dictó la Resolución número 531 de 24 de junio de 1941, “por la cual se establece la institución de los contadores juramentados y se dictan otras disposiciones sobre la misma materia”, resolución que fue aprobada por el señor Presidente de la República y el señor Ministro de la Economía Nacional, mediante el Decreto acusado número 1357 de 31 de julio de 1941.

La mencionada resolución es un reglamento completo de la profesión de los contadores juramentados, compuesto de un articulado de 25

disposiciones, de las cuales se mencionan las siguientes que el acusador analiza y ataca especialmente:

Se establece la institución de los contadores juramentados de que trata el artículo 46 de la Ley 58 de 1931, la cual estará integrada por todos aquellos contadores profesionales que hayan obtenido el título de contadores juramentados, expedido por la Superintendencia de Sociedades Anónimas, de acuerdo con el reglamento que se da en la resolución (artículo 1º).

Las funciones que la ley y la resolución señala a los contadores juramentados son de carácter oficial, y solamente podrán desempeñarse por aquellos individuos que hayan obtenido tal título en debida forma (artículo 2º).

Para obtener el título de contador juramentado, requiérese la condición de ser ciudadano colombiano en ejercicio (artículo 5º).

Los aspirantes al título de contador juramentado deberán llenar las siguientes condiciones: 1º Haber obtenido el título de contador en la Universidad Nacional o en universidades o colegios particulares, debidamente autorizados por el Gobierno; 2º Haber ejercido regularmente la profesión de Contador por un término no menor de cinco años, en cargos de Contador, Revisor, Auditor, Contralor, etc., de entidades oficiales, bancos, compañías de seguros, sociedades anónimas, firmas comerciales de reconocida importancia; o haberla ejercido en forma continua, mediante oficina pública de contador regularmente establecida; 3º Honorabilidad profesional y solvencia moral reconocidas. Los estudios de contador deberán comprender necesariamente conocimientos amplios de derecho mercantil, legislación bancaria, legislación sobre sociedades anónimas, legislación sobre impuestos, declaraciones de renta, etc. (artículo 6º).

Corresponde a la Superintendencia de Sociedades Anónimas la expedición de los títulos de contador juramentado, previo concepto favorable de la Junta Asesora que organiza la misma Resolución, ante la cual se presentarán las documentaciones y se surtirán las pruebas correspondientes que también ésta exige (artículo 9º).

Todo aspirante al título de contador juramentado pagará por la inscripción un derecho de \$ 25, y todo aquel que se sometiere a las pruebas de que trata el artículo 8º, pagará además la suma de \$ 10 por cada prueba. Estas sumas se destinarán para honorarios de los miembros de la Junta Asesora y demás gastos que el cumplimiento de la resolución demande (artículo 12).

Si un aspirante al título de contador juramentado no fuere calificado con éxito en cualquiera de las pruebas que señala el artículo 8º, podrá ad-

mitirsele a una segunda prueba, previa la consignación de un derecho de \$ 25, y siempre que la segunda prueba se verifique dentro de los seis meses siguientes a la primera (artículo 13).

Posesionado que sea el contador juramentado y antes de principiar a ejercer el cargo, deberá prestar caución por la suma de \$ 5.000 para responder de los daños y perjuicios que pueda causar por el mal desempeño de sus funciones. Esta caución se prestará a satisfacción de la Superintendencia de Sociedades Anónimas (artículo 15).

Entre las funciones principales que la resolución señala a los contadores juramentados, figuran éstas: 1° Los contadores juramentados serán tenidos especialmente en cuenta para la provisión de los cargos de Revisores Fiscales de las sociedades anónimas; y 2° Los contadores juramentados podrán dar certificaciones, atestaciones, etc., sobre estados financieros, declaraciones de impuestos, balances, etc. (artículo 17).

La Superintendencia de Sociedades Anónimas podrá cancelar en cualquier momento, en forma temporal o definitiva, y previo concepto de la Junta Asesora, el título de contador juramentado, por negligencia en el cumplimiento de sus deberes, por violación de la reserva comercial o por cualquier otra causa razonable (artículo 19).

Para poder desempeñar el cargo de contador juramentado es necesario hacerse inscribir en la Secretaría de la Superintendencia de Sociedades Anónimas. Esta inscripción o registro no se renovará después de los cinco años de duración que se le señala, cuando el contador haya rehusado desempeñar cualquiera de las funciones que le corresponden habiendo sido requerido para el efecto por autoridad competente (artículo 20).

La acusación del demandante.

El acusador estima que el artículo 46 de la Ley 58 de 1931 quebranta los siguientes cánones de la Carta: los artículos 56 y 69, en sus ordinales 6°, 7° y 8°. La creación de empleos, la fijación de sus dotaciones y la regularización del servicio público son actos privativos de la ley, de acuerdo con la regla 6ª mencionada en armonía con el artículo 56; de manera que al autorizar la ley a la Superintendencia de Sociedades Anónimas para crear numerosos empleos oficiales, fijándoles funciones y emolumentos, viola las normas citadas. De igual modo viola el ordinal 8° al conceder autorizaciones no al Gobierno, sino particular y expresamente a una dependencia del Gobierno; por otra parte el Congreso puede darle al Gobierno ciertas auto-

rizaciones pero sólo para ejecutar determinados actos comprendidos dentro de la órbita constitucional del Gobierno; y como crear empleados, fijarles dotaciones y regularizar el servicio público son actos que no corresponden a la órbita del Gobierno, el artículo 46 viola también por ese concepto el ordinal 8°.

Viola también el artículo 46 el artículo 71 de la Constitución que prohíbe al Congreso inmiscuirse en asuntos de la privativa competencia de otros órganos; el ordinal 13 del artículo 115 que le confiere al Presidente de la República la suprema autoridad administrativa, para reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional; y por último el segundo inciso del artículo 38 que señala a las autoridades administrativas la función de inspeccionar las profesiones y oficios en lo relativo a moralidad y salubridad públicas.

Por el hecho de que la ley esté autorizada por el Ministro de Industrias, y no por el de Educación Nacional, ya que versa sobre el establecimiento de una profesión liberal, quebranta el artículo 74 de la Carta.

Por último, versando la ley sobre una materia civil, pues va hasta reformar disposiciones del Código Judicial sobre peritos, y del Código Mercantil en cuanto a las condiciones de los liquidadores y revisores fiscales de sociedades anónimas, el proyecto respectivo ha debido ser presentado por las comisiones especiales permanentes de una y otra Cámara, según lo establece el numeral 2° del artículo 73, canon que también resulta violado por el artículo 46.

En cuanto al Decreto número 1357 acusado, el acusador indica que esa providencia peca en toda su integridad contra la regla 3ª del artículo 115 de la Constitución, por exceder la potestad reglamentaria, ya que la Superintendencia no sólo estableció la institución de los contadores juramentados, sino que la reglamentó llenando vacíos de la ley, tales como exigir títulos para ejercer la profesión de contador, imponer derechos o contribuciones para conseguir esos títulos, practicar exámenes, etc., y peca también contra el artículo 38 de la Carta, porque esta disposición dice que "corresponde a la ley exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones", de modo que tal cosa no puede hacerse por decreto y menos por resolución de una oficina subalterna.

Particularmente acusa el demandante cada una de las disposiciones del Decreto que se dejaron mencionadas, por violar los mismos y otros artículos de la Carta, como el 10, contra el cual pugna el 5° del Decreto; el 69, regla 1ª, contra el cual pugna la regla 6ª del artículo 17 del Decreto; el 22 y el 55, contra los cuales pugnan el

19 y el 20 del Decreto; y el 37 que resulta violado por la regla 7ª del Decreto.

El concepto del señor Procurador.

El señor Procurador encuentra constitucional el artículo 46 de la Ley 58 de 1931. Para él, siendo la Superintendencia de Sociedades Anónimas una dependencia del Gobierno, encargada de la ejecución de las leyes y decretos que se relacionan con las sociedades anónimas, la autorización que consagra el artículo 46 está otorgada en realidad al Gobierno. "Tan cierto es esto, que la misma Superintendencia —a pesar de los términos del preámbulo de la Resolución 531— no consideró que su providencia tuviera por sí sola eficacia obligatoria, desde luego que la hizo revestir de la formalidad de la aprobación por un decreto dictado por el Gobierno". Además, continúa el señor Procurador, los términos del Decreto número 1359 de 8 de agosto de 1940, por medio del cual el Gobierno reglamentó el mencionado artículo 46, y dispuso en el artículo 3º que la resolución que dictara la Superintendencia sobre establecimiento y reglamento de la profesión de contadores juramentados, requería para su validez la aprobación del Órgano Ejecutivo, "son bien explícitos en cuanto al concepto del Gobierno de estar conferida a él la autorización."

Por último, el señor Procurador sí cree que una autorización como la contenida en el artículo 46, puede conferirse a una oficina como la Superintendencia de Sociedades Anónimas, con el objeto de dotarla de los instrumentos legales, suficientes y adecuados, a un organismo creado por el Congreso y destinado a satisfacer necesidades de conveniencia pública y social. "Dentro de las funciones inherentes a la Superintendencia de Sociedades Anónimas se hace indispensable que cuente con la colaboración de contadores seleccionados que puedan realizar la función básica de dictaminar sobre la organización y desarrollo, manejo y aplicación de todo el volumen contable que actúa y se moviliza en las sociedades anónimas y que constantemente influye sobre intereses económicos de orden particular y general. Sería contrario a sus propios fines encomendar la escogencia de los contadores juramentados a entidad distinta del organismo que los necesita para el cumplimiento de funciones que son por esencia de carácter técnico."

En cambio el señor Procurador estima inconstitucionales todas las disposiciones que cita el demandante, pertenecientes al Decreto acusado número 1357, aprobatorio de la resolución de la Superintendencia.

La constitucionalidad del artículo 46 de la Ley 58 de 1931.

Para resolver la cuestión planteada alrededor del anterior precepto legal, la Sala Plena de la Corte debe tener en cuenta las consideraciones que van en seguida y de las cuales se deduce rectamente la conclusión que adoptará.

Como punto capital y de partida, es necesario determinar el alcance y significado natural de la norma controvertida, con lo cual se aclarará su verdadero contenido jurídico.

La disposición *autoriza* a la Superintendencia de Sociedades Anónimas para establecer una *institución* determinada, la de los llamados contadores juramentados; y en cuatro proposiciones fija algunas de las funciones que han de desempeñar los nuevos profesionales.

La Superintendencia de Sociedades Anónimas, de acuerdo con el artículo 1º de la misma Ley 58 de 1931, es una oficina dependiente del Gobierno, encargada especialmente de la ejecución de las leyes y decretos que se relacionan con las sociedades anónimas, de manera que tiene por fin principal vigilar y controlar la existencia y actividad de dichos organismos con el objeto de garantizar los intereses del público que invierte sus dineros en acciones, con lo cual también se tiende a garantizar la seriedad y el mejor éxito de las sociedades mismas.

Para que la Superintendencia esté en capacidad de cumplir satisfactoriamente sus deberes, requiere en muchas ocasiones que sus agentes sean técnicos con conocimientos suficientes para examinar los balances y los libros de contabilidad de las sociedades, a fin de establecer la manera como ellas llenan su objeto social.

En casi todos los países del mundo existe la profesión reglamentada de los contadores juramentados, constituida por personas especializadas en el conocimiento de todos los principios y prácticas de la contabilidad, con amplia versación en derecho mercantil, derecho fiscal y administrativo, y respaldadas además por una larga trayectoria de severa honorabilidad. Por sus aptitudes, esos profesionales son los mejores auxiliares en la función de vigilancia de las sociedades anónimas y los más indicados para servir los cargos de revisores fiscales y liquidadores de esas y otras sociedades. En Inglaterra y otros países gozan los contadores autorizados de tal prestigio y fe que las declaraciones de renta de los comerciantes van respaldadas por la firma de un contador juramentado, lo cual es suficiente garantía ante las autoridades de la conformidad de las declaraciones con la realidad comercial de la sociedad y prueba fehaciente de la exactitud numérica y legal del denuncia de la respectiva renta.

El legislador de 1931, en el artículo 46, en estudio, pretendió que se estableciera, a semejanza de lo que hay en otros países, la institución de los contadores juramentados, elevándola a la categoría de una profesión liberal reglamentada, compuesta de técnicos especializados en contabilidad y ciencias complementarias, con el fin de crear un personal hábil y moralmente solvente de contadores que sean, por privilegio frente a los demás contadores no autorizados, los llamados a ejercer cierto orden de actividades, como las siguientes:

A) Revisar los balances y los libros de contabilidad de las sociedades anónimas, en los casos en que lo considere necesario la Superintendencia para fijar el verdadero estado comercial de una sociedad anónima;

B) Desempeñar los cargos de liquidadores comerciales de las sociedades anónimas en liquidación o en quiebra. De consiguiente, cuando una sociedad anónima pretenda liquidarse por cualquier causa, será llamado a liquidarla un contador juramentado; y

C) Servir de peritos oficiales en los casos en que se requieran conocimientos técnicos especiales, y desempeñar las demás funciones que sobre el ramo de sus conocimientos les fije la Superintendencia de Sociedades Anónimas. Proposición que entraña dos facultades o poderes: la de que cuandoquiera que las autoridades, por la índole del negocio de que conocen, tengan que hacer el nombramiento de un perito contador, la elección recaerá dentro del grupo de los profesionales reglamentados; y el derecho que se le atribuye a la Superintendencia de Sociedades Anónimas de ampliar el radio de actividad en que, dentro del campo de sus conocimientos, pueden actuar los contadores juramentados, asignándoles nuevas funciones.

Con la creación de los contadores juramentados en manera alguna se atiende, se faculta o se provee, como lo cree el demandante, a la creación de nuevos empleados oficiales. Los contadores juramentados, según la intención del artículo 46, no son empleados públicos; forman más bien un núcleo de técnicos, seleccionado por sus conocimientos y con título especial de idoneidad, que por fuerza de las circunstancias debe figurar inscrito en un escalafón. El verdadero sentido, por consiguiente, del artículo 46, es el de anticipar unos pocos elementos de reglamentación de la profesión de contador, delegando en la Superintendencia el poder de perfeccionar la estructura de la institución.

¿Puede hacer esto el legislador? El artículo 38 de la Codificación Constitucional da la clave para absolver el interrogante. Entre las atribuciones del Congreso está la de legislar sobre la regla-

mentación de las profesiones. Dictar leyes generales determinativas de requisitos o condiciones de idoneidad profesional y normas sobre la manera de ejercer esa actividad, es decir, crear la arquitectura de la respectiva *institución*.

La *institución jurídica*, en su significación natural y además técnica, es la agrupación de las disposiciones del derecho, concernientes a relaciones jurídicas de determinada clase. O mejor, está constituida por un conjunto de reglas de derecho, derivadas de un hecho único y fundamental, el cual, por ser la base de la institución, necesariamente domina su desarrollo.

Las reglas primarias de toda institución, por simple que ella sea, corresponde en un estado de derecho darlas al legislador, que es el Órgano encargado por función natural, de crear y establecer el derecho objetivo. Al Gobierno corresponde la ejecución en lo pertinente de este derecho y su reglamentación. Y en ocasiones excepcionales previstas en la norma suprema, también crea el derecho.

El artículo 46 en estudio autorizó a la Superintendencia de Sociedades Anónimas, que no es el Gobierno, sino una oficina secundaria dependiente del Gobierno, para "establecer la institución de los contadores juramentados". Error de técnica, y error de principios. La reglamentación de la profesión de contador, al igual que la de cualquier otra profesión, es una subinstitución, que debe agrupar reglas de derecho primarias suficientes a crear una situación abstracta de derecho a cuyo imperio quede sometido el grupo de personas que tengan el respectivo oficio y aspiren a ampararse con la institución. Esas reglas primarias no puede darlas sino el legislador; el Gobierno podrá reglamentarlas y ejecutarlas. La Superintendencia de Sociedades Anónimas, como la dependencia gubernamental más adecuada para aplicar aquellas normas y reglamentos, podía ser el organismo de ejecución de aquéllos y de éstos, pero no podría dársele la prerrogativa de *establecer la institución* por medio de reglamentos que sean reglas de derecho.

El artículo 46 da tres reglas primarias, pero incompletas en orden a crear el organismo institucional de derecho que gobierne la profesión de los contadores juramentados; y las reglas sustantivas que falten y sean necesarias, quedan al encargo y a la competencia de una oficina subalterna del Gobierno. El ordinal 3º del artículo es claro en ese sentido; los contadores juramentados deberán desempeñar "las demás funciones que sobre el ramo de sus conocimientos les fije la Superintendencia de Sociedades Anónimas". En lo cual hay un quebranto del orden constitucional,

Entendida la disposición en los términos claros y obvios en que ella está redactada, no da lugar a que sea otra entidad distinta de la Superintendencia de Sociedades Anónimas la encargada de *establecer* la institución de los contadores juramentados. Con ello se viola la regla 8ª del artículo 6º de la Carta, el cual sólo faculta al Congreso para conceder autorizaciones al *Gobierno* mismo; y el *Gobierno* en ese caso, como dice el demandante, es el Organismo Ejecutivo personificado en el Presidente de la República y sus Ministros. Tratándose de crear una institución, es decir, un conjunto de reglas de derecho relativas a gobernar un hecho determinado, el del ejercicio de la profesión de contador juramentado, constitucionalmente el Congreso no podría depositar esa potestad sino en el Presidente de la República. Hacerlo en una oficina subalterna del Presidente de la República, es pecar contra la Ley Fundamental.

Tomando el artículo 46 en el sentido de contener una autorización al Gobierno, según la tesis del señor Procurador General de la Nación, y del Gobierno mismo, puesto que éste exigió que el desarrollo que la Superintendencia les diera a las autorizaciones, debía llevar la aprobación del Gobierno; la disposición desconoce entonces el artículo 38 de la Carta, que le reservó al legislador la facultad de "exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones". En tal virtud, el Congreso carecía de poder en el caso contemplado para conferir en esa materia autorizaciones al Gobierno. No podía hacerlo ya que tratándose de una materia de derecho especial por recaer sobre limitaciones excepcionales a la libre actividad y dedicación al trabajo, el caso sería inadecuado para que pudiera pensarse en colocarlo dentro de autorizaciones extraordinarias *pro tempore*, según el ordinal 9º del artículo 69 de la Constitución; ni tampoco cabía dentro de las autorizaciones comunes que al Congreso le es permitido conferir al Gobierno, según la última parte del numeral 8º, porque tales autorizaciones deben versar sobre funciones propias de la actividad administrativa del Gobierno que estén dentro de la órbita constitucional; y ya está visto que el artículo 38 exige que sea el propio legislador quien expida las normas básicas del ejercicio de una profesión, las cuales por su naturaleza, aunque participan del carácter de normas de orden público, no por eso dejan de ser concernientes también al derecho privado de las personas. Lo que no impide, claro está, que el Gobierno ejerza en tal materia su natural función meramente reglamentaria.

De lo expuesto se deduce la siguiente conclusión:

Que el artículo 46 es inconstitucional en estas dos proposiciones fundamentales: 1º Cuando autoriza a la Superintendencia de Sociedades Anónimas para establecer la institución de los contadores juramentados; y 2º Cuando asimismo le otorga poder a la entidad nombrada para señalar las funciones que los contadores deben desempeñar (última parte del numeral 3º).

Siendo el contenido de las demás proposiciones del artículo, reglas de derecho primarias sobre las funciones de los contadores juramentados, y no oponiéndose ellas a ningún principio constitucional, nada se opone a que se dejen subsistentes, aun cuando en la práctica resulten inoperantes a causa del recorte que sufre la proposición principal. Querrá decir que con el fin de que adquieran eficacia, tendrán que complementarse con otras bases legislativas que hagan integral y por ende operante la reglamentación que el legislador de 1931 tuvo en mientes.

El Decreto 1357 de 31 de julio de 1941.

El señor Procurador plantea la siguiente cuestión alrededor de la competencia que la Corte tenga para conocer de la demanda de inexecutable del Decreto. Dice que la demanda del doctor Pareja sería viable ante la Corte siempre que se entienda que el acto gubernamental acusado es el Decreto ejecutivo y no la resolución de la Superintendencia, porque respecto de esta última providencia si es evidente que la Corte carece de competencia para juzgarla.

Para la Corte es claro que desde el momento en que el Gobierno aprobó la resolución de la Superintendencia por medio del Decreto, hizo suyas las disposiciones de la Resolución, de manera que para todos los efectos es como si el mismo Gobierno hubiese redactado dichas disposiciones. En estas circunstancias carece de importancia la oficina que las haya elaborado, porque de todas maneras forman el contenido del Decreto, que es en realidad a lo único que hay que atender.

La Corte ya tiene resuelto que por la Constitución Nacional tiene competencia privativa para conocer de la inconstitucionalidad de los decretos del Poder Ejecutivo. Por tal razón, reputando el acto con el carácter que realmente tiene, entra a resolver la demanda de inconstitucionalidad.

El Decreto en su integridad es inconstitucional. Desde que representa el uso de una facultad constitucional, de la cual el Congreso no podía desprenderse, todo lo actuado por el Gobierno participa del mismo vicio originario. Cayendo la causa también deben caer sus efectos. El Gobierno no podía establecer la institución de los contadores juramentados ni dictar en con-

secuencia, como lo hizo, sus reglas básicas o esenciales.

Las disposiciones gubernamentales que al principio dejáronse citadas, por su contenido ponen de manifiesto que el Decreto crea trabas al ejercicio de la profesión de contador. Establece la completa reglamentación de esta profesión mediante normaciones sustantivas de derecho, y ello conforme está visto no es de la competencia del Gobierno.

Resolución.

A mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en uso de la autorización que le confiere el artículo 149 de la Constitución Nacional, declara inexecutable, por inconstitucionales, el Decreto número 1357 de 1941 (julio 31), originario del Ministerio de la Economía Nacional, y los siguientes ordenamientos del artículo 46 de la Ley 58 de 1931:

1º La proposición principal de dicho artículo, mediante la cual se confiere autorización a la

Superintendencia de Sociedades Anónimas para "establecer la institución de los contadores juramentados"; y

2º El pasaje del ordinal B) que dice: "...y desempeñar las demás funciones que sobre el ramo de sus conocimientos les fije la Superintendencia de Sociedades Anónimas"; y

3º Son exequibles las restantes disposiciones del mismo artículo 46 de la Ley 58 de 1931.

Publíquese, cópiese, notifíquese, dése aviso al Gobierno por conducto del Ministro respectivo, e insértese el fallo en el próximo número de la "Gaceta Judicial".

Campo Elías Aguirre, José Miguel Arango, José M. Blanco Núñez, Anibal Cardoso Gaitán, Isaías Cepeda, Manuel Caicedo Arroyo, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez, José Antonio Montalvo, Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta, Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.



Decreto número 200 de 1942, sobre alza de tarifas en las empresas de energía eléctrica, acusado como inconstitucional

Que el Decreto acusado es absolutamente constitucional lo demuestra el artículo 38 de la Codificación Constitucional, el cual ha sido desarrollado, en cuanto a suministro de energía eléctrica se refiere, por las Leyes 109 de 1936 y 126 de 1938, y por el Decreto extraordinario número 5 de 1940. Como esta última Ley consideró el suministro de energía eléctrica como un servicio público fundamental, esta situación, doctrinariamente perfecta, determina consecuencias ineludibles en el campo del derecho que afectan la condición jurídica de las empresas destinadas a la producción de energía eléctrica, una de las cuales es que el servicio público esté subordinado al Gobierno. Esta modalidad de subordinación va implícita en el concepto jurídico de servicio público y es la que explica y justifica la intervención del Estado en su prestación y reglamentación, a fin de que no solamente se satisfaga el interés particular sino que se consulten asimismo las conveniencias generales. El aspecto de función social que corresponde también a la noción de servicio público, diferencia a las empresas que lo prestan, directamente o a través de concesiones, del negocio simplemente privado, restringiendo lógicamente la libertad de obtener ilimitada e incontroladamente beneficios lucrativos en la explotación del negocio en la medida que lo exijan la conveniencia colectiva y la moral comercial. Los contratos administrativos por medio de los cuales se llevó a cabo la legalización de las empresas de energía eléctrica tenían que ceñirse en sus estipulaciones a la pauta obligatoria que fijó la Ley 109 de 1936 y el Decreto extraordinario número 5 de 1940, de modo que sus tarifas y reglamentos quedaron sometidos a la obligatoria y previa aprobación del Gobierno, a su control permanente y a su revisión para mantenerlos ajustados a las conveniencias colectivas. Estos contratos que engloban la concesión de un servicio público, no pueden considerarse exclusivamente como fuentes de relaciones jurídicas de derecho privado, sino como actos complejos en que se combinan y

coexisten una parte legal o reglamentaria, esencialmente modificable por el Estado dentro de los límites y condiciones previstos, y otra parte propiamente contractual que sí crea situaciones jurídicas individuales y concretas que no pueden modificarse unilateralmente. El recuerdo de estas nociones revela que no es pertinente invocar la norma constitucional que ampara los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles con ocasión de un decreto de carácter general en que el Gobierno prohibió el alza de tarifas por la prestación del servicio público de energía eléctrica durante un año, por considerar, como en su parte motiva está expresado, que impidiendo el encarecimiento de este servicio primordial para el consumo doméstico y la producción nacional se contribuía a evitar la elevación desmedida del costo de la subsistencia y se estabilizaba uno de los factores básicos de la economía.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca)

El doctor Eduardo Zuleta Angel, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 149 de la Constitución Nacional, en libelo de fecha 2 de septiembre de 1942, pide a la Corte que sea declarado inexecutable, por inconstitucional, el artículo único del Decreto número 200 de 30 de enero de 1942, publicado en el *Diario Oficial* número 24876.

Surtida la previa audiencia del Procurador General de la Nación se procede a decidir, para lo cual se considera:

La disposición acusada, dictada por el Gobierno "en uso de sus facultades legales, y especialmente de las extraordinarias que le confiere la Ley 128 de 1941", dice:

"A partir de la fecha de este Decreto y por el término de un año, no podrán entrar a regir en las empresas de energía eléctrica del país tarifas que impliquen un alza sobre las que regían

para las mismas empresas en 31 de diciembre de 1941."

Señala el demandante como textos constitucionales infringidos, los artículos 2, 26, 28, 29, 30, 31, 38, 52, 53, 54, 69, 113 ordinal 8º, y 115 ordinales 2º y 3º.

No se observó en la redacción del memorial en que se pide la declaración de inexecutable lo preceptuado en el artículo 2º de la Ley 96 de 1936 que exige, para dar base de estudio ordenado a la Corte, fuera de la transcripción de las disposiciones acusadas y la designación de los textos constitucionales que se reputan infringidos, la expresión de las razones por las cuales dichos textos se consideran violados. Los razonamientos de carácter general que contiene la demanda no se destinan, en efecto, a ilustrar y explicar la pretendida inconsonancia del Decreto acusado con los numerosos textos de la Carta que se indican como quebrantados, y sólo se concretan respecto del cargo de violación de derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, que garantiza el artículo 26 de la Constitución. Y dentro de esta acusación determinada, se reduce el pretendido quebranto constitucional respecto de aquellas empresas de energía eléctrica que tenían a la fecha del Decreto, contratos celebrados con el Gobierno, "como el que celebró con la misma Compañía Colombiana de Electricidad, que aparece publicado en el número 24615 del *Diario Oficial*, en virtud de los cuales el Gobierno quedó obligado a aprobar las tarifas que se le presentaran cuando éstas no excedieran los justos límites de la conveniencia colectiva y la moral comercial, siendo entendido que no podría considerarse que las tarifas excedían esos límites cuando se limitaran a cubrir los costos, gastos, cuotas y porcentajes fijados en el propio contrato". Toda la fundamentación de la demanda se vincula especialmente, con pretexto de ejemplo y por vía ilustrativa, al caso de la mencionada Compañía Colombiana de Electricidad, cuyo contrato afirma el demandante que fue violado, compendiándose en el siguiente aparte del libelo:

"Como por medio de la Ley 128 de 1941 no se autorizó al Gobierno para desconocer o dejar de cumplir contratos válidamente celebrados con él; como tampoco se le autorizó para modificar las leyes preexistentes sobre tarifas de energía eléctrica; como no se le facultó tampoco para desconocer o violar resoluciones ejecutorias dictadas por él mismo y en virtud de las cuales hubieran adquirido derechos los particulares; como no se le invistió de la facultad de cambiar el régimen de tarifas de las empresas de servicios públicos, y como, finalmente al Gobierno no se le autorizó para que por medio

de decretos vulnerara o violara los derechos que las empresas de energía eléctrica o alguna o algunas de ellas hubieran adquirido ya para poner en vigencia determinadas tarifas, es claro que el Decreto 200 de 1942, que se acusa, al impedir que esas tarifas entren en vigencia, viola los textos constitucionales citados."

De interpretar la demanda como enderezada a evitar un pretendido menoscabo de derechos originados en contratos con el Gobierno Nacional, especialmente en el que se usa como ejemplo ilustrativo, celebrado con la Compañía Colombiana de Electricidad, al impedir el Decreto acusado la vigencia de tarifas aprobadas de acuerdo con lo estipulado en el contrato por no exceder los límites de la conveniencia colectiva y limitarse a cubrir los costos, gastos y demás condiciones contractuales, habría que rechazar la acción de inexecutable por improcedente. El Decreto acusado contiene una norma general sobre vigencia de tarifas comprensiva de todas las empresas destinadas al servicio público de suministrar energía eléctrica en el país. Si al entrar a regir esta disposición alguna compañía se considera con derecho a cobrar determinada tarifa por su servicio en virtud de un contrato legalmente celebrado, como es el caso ejemplar que ilustra la demanda, la vía judicial para tutelar este derecho, es la acción privada nacida del contrato y destinada a impedir el menoscabo del interés particular, pero no la acción pública dirigida a destruir el imperio de una norma que actúa más amplia y legítimamente en zonas de servicio público.

Pero dejando de lado este aspecto a que daría buen respaldo la forma en que está concebida la demanda, se hacen en seguida algunas consideraciones que demuestran la constitucionalidad del Decreto 200 de 1942, como norma de carácter general.

"También podrá la ley —dice el inciso final del artículo 38 de la Codificación Constitucional— ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transporte o conducciones y demás servicios públicos."

Este principio constitucional consagrado en la disposición precedente, reformadora del Acto legislativo número 1 de 1932, en el sentido de generalizarlo a todos los servicios públicos, ha sido desarrollado; en cuanto a suministro de energía eléctrica se refiere, por las Leyes 109 de 1936 y 126 de 1938 y por el Decreto extraordinario número 5 de 1940.

En la primera de las citadas leyes se estatuyó sobre tarifas de las empresas de energía eléctrica y se ordenó (artículo 1º) al Gobierno "revisar la situación jurídica en que se hallen las

empresas que aprovechen aguas de uso público para el servicio de acueductos o para producir energía, o que ocupen bienes de uso público con redes de acueducto o conductoras de energía, y legalizará su funcionamiento". Dispuso que esta legalización debía hacerse con sujeción a las reglas que determinara el Gobierno, y en su artículo 2º dijo:

"Las tarifas y reglamentos de las empresas de servicio público a que se refiere el artículo anterior, serán sometidas a la aprobación del Gobierno, y no podrán regir sin ella. Esta aprobación tendrá como finalidad garantizar que en ningún caso tales empresas pueden imponer condiciones y cobrar tasas que excedan los justos límites de la conveniencia colectiva y de la moral comercial."

Posteriormente y en ejercicio de las atribuciones conferidas por la Ley 54 de 1939, se dictó el Decreto extraordinario número 5 de 1940 (enero 8), mediante el cual se dispuso que la legalización de las empresas ordenada en la Ley 109 de 1936 podía ser garantizada por medio de contratos celebrados con el Gobierno Nacional de acuerdo con las normas allí contenidas, y que en tales contratos el Gobierno podía conceder a la respectiva empresa el uso de la fuerza hidráulica y de los bienes nacionales de uso público, siempre que la empresa concesionaria contratara la obligación de fijar al público en sus oficinas respectivas las tarifas y reglamentos aprobados por el Gobierno, a no variarlos sin el asentimiento de éste, y a remitir anualmente sus balances al Ministerio de la Economía Nacional, con el objeto de que el Gobierno pueda apreciar la conveniencia de revisar las tarifas acordadas, sobre las bases establecidas en el mismo contrato. En el artículo 4º de este Decreto se dice que para dar cumplimiento al artículo 2º de la Ley 109 de 1936, se declarará en los contratos que las tarifas no excederán en ningún caso los justos límites de la conveniencia colectiva y la moral comercial, para lo cual, en su artículo 5º se señalan las bases precisas para el justiprecio de las tarifas, a fin de poder ejercitar el control gubernamental para mantenerlas dentro de los límites y condiciones de la ley.

La Ley 126 de 1938 estatuyó que "el suministro de energía eléctrica es un servicio público fundamental", y sometió las empresas que la produzcan, conduzcan y distribuyan al control del Gobierno Nacional, el cual ejercerá las funciones de fiscalización e inspección técnica y económica que considere necesarias para garantizar una correcta prestación del servicio. Esta calificación que la ley dio al suministro de energía eléctrica, de acuerdo con la naturaleza de esta actividad vinculada a la satisfacción de

una necesidad colectiva, lo sometió por sí misma y por expresa disposición de la precitada Ley, dentro del principio constitucional que consagra la facultad para el legislador de ordenar la revisión y fiscalización de tarifas y reglamentos de los servicios públicos, al control inmediato y permanente del Gobierno Nacional. Situación ésta doctrinariamente perfecta, ya que esta calidad de servicio público fundamental, legalmente atribuida al suministro de energía eléctrica, determina consecuencias ineludibles en el campo del derecho que afectan la condición jurídica de las empresas destinadas a la producción de tal fuerza, una de las cuales es que el servicio público esté subordinado al Gobierno. Esta modalidad de subordinación va implícita en el concepto jurídico de servicio público y es la que explica y justifica la intervención del Estado en su prestación y reglamentación, a fin de que no solamente se satisfaga el interés particular sino que se consulten asimismo las conveniencias generales. El aspecto de función social, que corresponde también a la noción de servicio público, diferencia a las empresas que lo prestan, directamente o a través de concesiones, del negocio simplemente privado, restringiendo lógicamente la libertad de obtener ilimitada e incontroladamente beneficios lucrativos en la explotación del negocio en la medida que lo exijan la conveniencia colectiva y la moral comercial. Los contratos administrativos por medio de los cuales se llevó a cabo la legalización de las empresas de energía eléctrica, según atrás se vio, tenían que ceñirse en sus estipulaciones a la pauta obligatoria que fijó la Ley 109 de 1936 y el Decreto extraordinario número 5 de 1940, de modo que sus tarifas y reglamentos quedaron sometidos a la obligatoria y previa aprobación del Gobierno, a su control permanente y a su revisión para mantenerlas ajustados a las conveniencias colectivas. Estos contratos, que engloban la concesión de un servicio público, no pueden considerarse exclusivamente como fuentes de relaciones jurídicas de derecho privado, sino como actos complejos en que se combinan y coexisten una parte legal o reglamentaria, esencialmente modificable por el Estado dentro de los límites y condiciones previstos, y otra parte propiamente contractual que si crea situaciones jurídicas individuales y concretas que no pueden modificarse unilateralmente. El recuerdo de estas nociones revela que no es pertinente invocar la norma constitucional que ampara los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles con ocasión de un decreto de carácter general en que el Gobierno prohibió el alza de tarifas por la prestación del servicio público de energía eléctrica durante un año, por

considerar, como en su parte motiva está expresado, que impidiendo el encarecimiento de este servicio primordial para el consumo doméstico y la producción nacional se contribuía a evitar la elevación desmedida del costo de la subsistencia y se estabilizaba uno de los factores básicos de la economía.

Consagrada constitucionalmente la facultad de revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos de los servicios públicos, el Decreto número 200 de 1942 aparece como un natural desarrollo de este principio, de modo que la disposición sobre tarifas de energía eléctrica contenida en su artículo único, no se ve cómo puede pugnar con la letra ni con el espíritu de la Carta, pues se dejó visto que el control que por medio de él ha ejercitado el Gobierno tiene su apoyo y fundamento en disposiciones legales que lo ordenan, encajándolo así dentro del requisito constitucional consistente en que sea la ley la que disponga la revisión y fiscalización de las tarifas. También puede hallarse el origen normal de la disposición acusada, en el artículo 16 de la Ley 128 de 1941, por medio del cual se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias "para adoptar todas las medidas económicas que sean precisamente necesarias para... proveer al desarrollo de la economía nacional", pues la medida tomada en el Decreto-ley de que se trata, encaja holgada y claramente dentro de la finalidad perseguida en la

ley de autorizaciones, "comoquiera que si algo está íntimamente vinculado a la producción nacional son las tarifas de las empresas de energía eléctrica", como lo dice el señor Procurador en su concepto. A esta doble legitimidad original de su imperio, alude el Presidente de la República en el encabezamiento del Decreto acusado al advertir que lo dicta "en uso de sus facultades legales y especialmente de las extraordinarias que le confiere la Ley 128 de 1941".

Con apoyo en 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 oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara exequible el artículo único del Decreto número 200 de 1942 (enero 30), "por el cual se dicta una medida sobre tarifas de las empresas de energía eléctrica".

Dése noticia de esta sentencia al señor Ministro de la Economía Nacional.

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

Campo Elias Aguirre, José Miguel Arango, José M. Blanco Núñez, Manuel Caicedo Arroyo, Anibal Cardoso Gaitán, Isaias Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez, José Antonio Montalvo, Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

Acción de nulidad de unos títulos y de reivindicación

De acuerdo con lo ordenado en los artículos 7º, 35 y 36 de la Ley 89 de 1890, y 1º a 4º de la Ley 104 de 1922, debía formarse un censo o empadronamiento de las parcialidades de indígenas, dentro del término improrrogable de seis meses, a partir de la vigencia de la Ley 104 citada, censo que debía ser aprobado por el Prefecto de la Provincia y por el Gobernador del respectivo Departamento en los términos y condiciones indicados allí, y, desde luego, los individuos que no figuren en tales censos no pueden ser considerados como miembros de la parcialidad correspondiente.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda)

El señor Arnaldo Micolta O., obrando en su "carácter de apoderado general de un crecido grupo de indígenas que formaron parte de la Parcialidad Indígena de Yumbo, extinguida por disposición legal", en demanda ordinaria contra el Municipio de Yumbo, que fue repartida el 30 de abril de 1938 al Juez 1º Civil del Circuito de Cali, pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1º Que es nula, de nulidad absoluta, el acta de nombramiento del pequeño Cabildo de Indígenas, suscrita el día 25 de enero de 1920 y protocolizada bajo la escritura número 70, de 21 de diciembre de 1920, por medio de la cual se designó como miembros del Cabildo de la Parcialidad de Aborígenes de Yumbo a los señores Alberto Mendoza M., Vicente Perea A. y Sergio Díaz L.

"2º Que es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de donación que consta en la escritura número 71, de 23 de diciembre de 1920, otorgada en la Notaría de Yumbo, por medio de la cual pretendidos representantes de la extinguida Parcialidad de Indígenas de Yumbo transfirieron

al Municipio de este mismo nombre los bienes inmuebles determinados claramente en el expresado instrumento público.

"3º Que, en consecuencia, se ordene la cancelación de los registros de la mentada escritura, hechos por el correspondiente Registrador de Instrumentos Públicos de este Distrito.

"4º Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene a la entidad demandada restituir a mis poderdantes, dentro del término legal, los bienes materia de la donación y que se han dejado determinados con toda precisión en el hecho sexto de esta demanda, libres de todo gravamen y de toda limitación del dominio que ellos soportan.

"5º Que se condene a la entidad demandada a pagar a mis poderdantes todos los perjuicios que han sufrido por razón de la indebida retención de los terrenos materia de la donación que ha motivado la presente demanda, incluyendo en éstos así el daño emergente como el lucro cesante, para lo cual se debe tener en cuenta que el Municipio de Yumbo entró a ocupar dichas tierras el día 23 de diciembre de 1920.

"Para el caso improbable de que las anteriores no sean resueltas de acuerdo con mis pretensiones, muy justas por cierto, subsidiariamente pido que se hagan las siguientes declaraciones:

"1ª Que es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de donación que consta en la escritura número 71, de 23 de diciembre de 1920, otorgada en la Notaría de Yumbo, por medio de la cual se transfirieron al Municipio del mismo nombre los bienes inmuebles determinados en el instrumento público antes expresado, en cuanto exceda de la suma de dos mil pesos, por no haberse hecho la insinuación judicial de que trata el Código Civil.

"Las peticiones contenidas en los numerales 3º, 4º y 5º de la demanda principal, las doy por transcritas en caso de que sea resuelta favorablemente la primera declaración subsidiaria que he solicitado."

Trabada la litis, después de corregir el señor Micolta O. la demanda en el sentido de expresar los nombres de sus poderdantes, contestó el traslado respectivo el señor apoderado del Municipio de Yumbo, quien aceptó algunos hechos, negó otros y se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas. Propuso, además, las excepciones perentorias de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante, carencia de acción, cosa juzgada, petición antes de tiempo o de un modo indebido, dolo y la innominada.

Cumplida la tramitación de primer grado, el Juez del conocimiento decidió el asunto por sentencia de fecha veinticuatro de junio de mil novecientos treinta y nueve, así:

"a) Decláranse probadas las siguientes excepciones perentorias; ilegitimidad sustantiva de la personería del demandante; carencia de acción y petición antes de tiempo o de un modo indebido.

"b) Declárase no probada la excepción de cosa juzgada.

"c) En consecuencia *absuelve* al Municipio de Yumbo de los cargos que le fueron formulados por el doctor Arnaldo Micolta O., mayor de edad y vecino de Cali, en su carácter de apoderado de algunos miembros del extinto Resguardo de Indígenas de Yumbo.

Con costas a cargo del actor."

De este fallo apelaron ambas partes y después de haberse agotado los trámites correspondientes al segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por sentencia del diez y siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno lo revocó, y en su lugar declaró probada la excepción de cosa juzgada propuesta por la parte demandada, sin hacer condenación en costas.

Consideró el Tribunal que habiéndose fallado antes por esa misma entidad un pleito sobre el propio asunto, iniciado contra el Municipio de Yumbo por algunos miembros de la Parcialidad de Indígenas de dicho Municipio, era claro que había cosa juzgada.

Los razonamientos del Tribunal aparecen sintetizados en el siguiente párrafo:

"Y como la Sala de entonces, al estudiar las excepciones perentorias de ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte actora y de carencia de acción, como se desprende de la transcripción anterior, tocó el problema de fondo, desconociendo el derecho de los demandantes y apoyándose en ese desconocimiento como en la causa única fundamental para dar por probada la primera de tales excepciones, y como por otra parte, esa providencia, traída en copia auténtica a los autos, está legalmente ejecutoriada, basta en el presente caso declarar probada la excep-

ción de *cosa juzgada* para que este fallo quede ajustado al mérito de los autos, porque, además, se reúnen en el proceso los elementos de la cosa juzgada mencionados en el artículo 474 del Código Judicial."

El recurso.

Contra la sentencia del Tribunal interpusieron recurso de casación, que les fue concedido, los señores Pedro P. García V., Gerardo Sepúlveda, Graciliano Velasco, Juan B. Polanco, Pedro P. Valencia L., Ezequiel Sánchez Puentes, Primitivo Puentes y José Gerardo Sepúlveda, quienes constituyeron su apoderado ante la Corte.

Este presentó oportunamente la demanda de casación, en la cual formula cinco cargos contra la sentencia acusada, a saber:

1º "No hay cosa juzgada y hay violación de la ley sustantiva: el numeral 4º del artículo 37 de la Ley 89 de 1890."

Dice el recurrente que aparece de bulto el error jurídico del Tribunal al resolver que hay cosa juzgada, porque el primer pleito se inició con poder de 88 indígenas y el actual, con poder de 850, y que cómo los 88 indígenas de aquel juicio no son los 850 de éste, es un error afirmar que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes, que es una de las condiciones que exige el artículo 474 del Código Judicial para que la cosa juzgada surta sus efectos en otro juicio.

Sostiene también el recurrente que al declarar el Tribunal probada la excepción de cosa juzgada, violó el ordinal 4º del artículo 37 de la Ley 89 de 1890, porque desconoció a los indígenas el carácter de comuneros en los terrenos del resguardo y les negó el derecho que tienen de pedir que la cosa común se divida o se venda, de acuerdo con el artículo 6º de la Ley 55 de 1905.

2º "Violación del artículo 3º de la Ley 32 de 1920."

Dice el recurrente que como el artículo 1º de la Ley 32 de 1920 declaró extinguida la Parcialidad Indígena de Yumbo y el artículo 6º de la misma Ley, que derogó el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 104 de 1919, acabó con el funcionamiento del Cabildo de dicha Parcialidad, el contrato que consta en la escritura número 71, del 23 de diciembre de 1920, de la Notaría de Yumbo, se celebró a nombre de una Parcialidad que ya no existía y por un Cabildo que no tenía el carácter de tal, por lo cual ese contrato no puede tener, y no tiene, valor alguno, porque extinguida la Parcialidad y prohibido el funcionamiento del Cabildo, los indígenas entraron en el ejercicio pleno de sus derechos individua-

les y quedaron con el carácter de comuneros en los terrenos que pertenecían a la Parcialidad disuelta.

3º “Violada la propiedad, por aplicación errónea del artículo 3º de la Ley 32 de 1920, y violación directa de los artículos 31 de la Constitución del 86 y 5º del Acto legislativo número 3 de 1910.”

El recurrente hace una extensa exposición para sostener que los indígenas de Yumbo, desde 1637, según un título de propiedad que cita, eran dueños de los terrenos que hoy se discuten, propiedad que les fue reconocida por varias leyes que enumera en el punto 12 del resumen de hechos de su demanda de casación, y agrega que al interpretar el artículo 3º de la Ley 32 de 1920 en la forma errónea en que lo hizo el Tribunal, violó los indicados preceptos de la Constitución Nacional, que hacen también parte del Código Civil y tienen, por tanto, el carácter de normas legales sustantivas. Dice, además, que si el referido artículo 3º es contrario a los preceptos constitucionales mencionados, el artículo 40 del Acto legislativo número 3 de 1910 resuelve el problema y debe aplicarse de preferencia la Constitución a la ley.

4º “Violación directa de los artículos 4º y 5º de la Ley 153 de 1887.”

Para sostener este cargo, el recurrente hace una extensa disertación tendiente a demostrar que deben tenerse en cuenta los principios de derecho natural y las reglas de la jurisprudencia, dentro de la equidad, para interpretar rectamente el artículo 3º de la Ley 32 de 1920, el cual no puede interpretarse en el sentido de despojar a los indígenas de Yumbo de los terrenos que han sido de su propiedad desde que se les dieron en el año de 1637.

5º “Violación de los artículos 1741 del Código Civil, 15 de la Ley 95 de 1890, 2º de la 50 de 1936 y 946 y 950 del mismo Código.”

Dice el recurrente que los demandantes sí tienen personería sustantiva para iniciar la acción, y que como el Tribunal no aplicó los artículos 946 y 950 del Código Civil, y no falló los puntos 3º a 5º de la demanda, que miran a la acción reivindicatoria y consiguiente restitución de los terrenos, el Tribunal incurrió en la segunda de las causales que enumera el artículo 520 del Código Judicial.

Agrega que el Tribunal violó las disposiciones legales sustantivas citadas en este cargo, porque no las aplicó al caso debatido, no obstante reconocer que “toda persona natural o jurídica que tenga interés en ello, puede demandar la nulidad del acto o contrato nulo” y que “toda persona natural que pertenezca a la Parcialidad

Indígena de Yumbo tiene personería sustantiva para hacerlo”.

Dice que el Tribunal aceptó la personería del Cabildo de la Parcialidad Indígena de Yumbo, cuando esa entidad estaba ya extinguida, de acuerdo con los artículos 1º y 6º de la Ley 32 de 1920, e insiste en que dio preferencia al artículo 3º de dicha Ley, en vez de dársela a los preceptos constitucionales atrás citados, como lo ordena el artículo 40 del Acto legislativo número 3 de 1910.

Estudio de los cargos.

Se considera: °

En lo tocante al primer cargo, o sea que no existe la cosa juzgada declarada por el Tribunal, encuentra la Sala que el recurrente tiene razón, porque, aunque es verdad que en el presente juicio se iniciaron las mismas acciones que se habían ejercitado en el anterior, respecto de idénticos bienes, en ninguno de los dos obraron los actores a nombre de la Parcialidad Indígena de Yumbo, ni a nombre de la comunidad de bienes que pudo quedar por la extinción de aquélla, sino, en el primer juicio, a nombre personal de ochenta y ocho individuos, que se decían miembros de la Parcialidad, y en éste, a nombre de ochocientos cincuenta, que también se consideran miembros de ella, pero en ambos casos invocando su carácter individual de comuneros, de modo que no puede haber identidad jurídica entre las personas de los litigantes, sino en cuanto los 88 demandantes del primer juicio estén comprendidos entre los 850 del segundo y respecto de ellos, pero no en lo referente a los demás, y así no se reúne el tercero de los requisitos que exige el artículo 474 del Código Judicial para que haya cosa juzgada.

Es suficiente lo dicho para concluir que este cargo debe prosperar y que habrá de infirmarse la sentencia acusada, pero no para resolver favorablemente las peticiones de la demanda, sino para confirmar el fallo de primer grado, por las razones que pasan a expresarse.

Para la Sala es de toda evidencia que los actores en este juicio carecen de derecho para iniciar la acción que han intentado y que, por lo tanto, hay ilegitimidad en la personería sustantiva de los mismos.

En efecto, de acuerdo con lo ordenado en los artículos 7, 35 y 36 de la Ley 89 de 1890, y 1º a 4º de la Ley 104 de 1919, debía formarse un censo o empadronamiento de las parcialidades de indígenas, dentro del término improrrogable de seis meses, a partir de la vigencia de la referida Ley 104, censo que debía ser aprobado por el Prefecto de la Provincia y por el Gobernador del respectivo Departamento, en los tér-

minos y condiciones indicados allí, y, desde luego, los individuos que no figuren en tales censos no pueden ser considerados como miembros de la Parcialidad correspondiente.

En autos, folios 13 a 18 del cuaderno número 3, existe un censo o padrón de indígenas de la Parcialidad de Yumbo, que se dice levantado el 2 de enero de 1920 por Sergio Díaz L., pero que no contiene las aprobaciones exigidas en los artículos antes mencionados. De consiguiente, no puede reconocérsele valor alguno, y no aparece, por tanto, demostrado que los actores en este juicio sean miembros de la indicada Parcialidad Indígena de Yumbo, por lo cual no resulta acreditado el derecho que tengan para incoar la acción de que se trata.

Pero hay más:

A petición de los miembros de la Parcialidad Indígena de Yumbo, según consta en los antecedentes respectivos, se expidió la Ley 32 de 1920, cuyo artículo 3º dispuso:

“Facúltase a la Parcialidad de Indígenas de Yumbo, para ceder al Municipio de este nombre, a título gratuito y por medio de sus representantes legales, el terreno de resguardos de indígenas de dicha parcialidad.

“Parágrafo. El Municipio queda obligado a vender directamente, durante el primer año después de verificada la cesión, a los poseedores las porciones de terreno ocupadas con cultivos. Vencido el año, el Municipio puede enajenar en licitación pública dichas porciones, y se suspenderá la licitación, si los poseedores pactan, con garantía, el compromiso de formalizar el contrato de compraventa en el plazo de un año a más tardar. En ambos casos los poseedores pueden pagar el precio por cuotas, repartibles en cuatro años.”

Haciendo uso de las facultades concedidas en este artículo, el pequeño Cabildo de la Parcialidad, que era, conforme a las leyes, el representante legal de ella, hizo cesión gratuita al Municipio de Yumbo de los terrenos pertenecientes a la Parcialidad, con las condiciones indicadas en el artículo copiado y otras que quedaron consignadas en la escritura número 71, del 23 de diciembre de 1920, de la Notaría de Yumbo. Es decir, se observaron las prescripciones señaladas por el legislador, con lo cual el contrato quedó ajustado a la norma legal que lo autorizó.

Sostiene el recurrente que como el artículo 1º de la Ley 32 declaró extinguida la Parcialidad Indígena de Yumbo y el 6º de la misma Ley derogó el inciso 2º del artículo 1º y el artículo 11 de la Ley 104 de 1919, tanto la Parcialidad como el Pequeño Cabildo de ella carecían de existencia jurídica cuándo se celebró el contrato, por lo cual éste no puede tener valor alguno.

A esto observa la Corte que no es lógico, ni jurídico, darle esa interpretación aislada a los artículos 1º y 6º de la Ley 32 de 1920, porque es claro que desde que el artículo 3º de la misma autorizó a los representantes legales de la Parcialidad para ceder gratuitamente al Municipio de Yumbo los terrenos del resguardo, es forzoso concluir que el Cabildo de la Parcialidad era quien podía legítimamente realizar la operación porque no existían otros representantes legales de aquélla y entonces no se habría podido ejercitar la facultad concedida en el artículo 3º, el cual habría carecido de sentido y de razón de ser.

Demostrado que hay ilegitimidad en la personería sustantiva de la parte actora, y, por lo mismo, falta de derecho para iniciar la acción, carece de importancia y de objeto el estudio de los demás cargos formulados contra la sentencia del Tribunal que se revisa.

En mérito de las consideraciones que han quedado expresadas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fecha diez y siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, y en su lugar confirma la de primera instancia, proferida por el Juez 1º Civil del Circuito de Cali, el veinticuatro de junio de mil novecientos treinta y nueve.

Sin costas en la segunda instancia; ni en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE DINERO

1.—Conforme al artículo 2042 del Código Civil, si el arrendatario no entrega el mismo número de animales en igualdad de edades y calidades de los recibidos del arrendador, estará obligado a pagar la diferencia en dinero, disposición que no se refiere al arrendador, al cual no se puede aplicar.

2.—Pedir que se declare resuelto un contrato por incumplimiento de una de las partes, con las consecuencias de orden legal que esa resolución traiga en relación con ellas, es solicitar de manera perentoria que se condene al que ha faltado a sus compromisos a las consecuencias, que por falta de ese incumplimiento impone la ley, cuales son los perjuicios causados por el incumplimiento, o la multa estipulada para idéntico caso.

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

Celebraron un convenio de arrendamiento de la finca "Santa Helena", los señores José María Bueno, como arrendador, Nicasio y Querubín Perdomo y Antonio J. Ramírez, como arrendatarios. Sobrevinieron diferencias respecto del cumplimiento y ejecución de ese pacto que los contratantes quisieron zanjar ocurriendo a la justicia ordinaria, así:

Bueno solicitó que se declarara que los señores Perdomos faltaron al cumplimiento del contrato de arrendamiento, y que por consiguiente, estaban obligados a pagar al demandante la cantidad de \$ 50.000 moneda corriente, como indemnización de los perjuicios que le habían causado por falta de cumplimiento de las obligaciones que contrajeron por el referido pacto, o la cantidad que se fije, en este juicio o en otro distinto, como valor de la indemnización.

A su turno, los Perdomos en su propio nombre y como cesionarios de los derechos que en ese pacto tenía el señor Antonio J. Ramírez, pidieron se condenara al doctor Bueno a pagar los perjuicios ocasionados a los Perdomos por el incumplimiento del contrato de arrendamiento, y principalmente a pagarles la multa estipulada

para el caso de que no se cumpliera por uno de los contratantes lo pactado, especialmente lo relacionado con la cláusula novena de dicho arrendamiento, en la cual hicieron constar una opción o promesa de venta, en estos términos: "El arrendador venderá a los arrendatarios toda la finca, anexidades y establecimientos que son materias de estos contratos, sin ganados, por la cantidad de \$ 120.000 moneda corriente, pagaderos así: \$ 60.000 moneda corriente al contado, y \$ 20.000 moneda corriente más, cada año vencido hasta completar los \$ 120.000 del precio estipulado."

Decidióse el litigio en sentencia de fecha 27 de febrero de 1937, en que se dispuso:

"Primero. Declárase que los señores Nicasio y Querubín Perdomo no cumplieron con la totalidad de las obligaciones que se acordaron en documento de fecha veintiocho de julio de mil novecientos veintisiete, protocolizado por la escritura número tres mil ciento ochenta y nueve, de veintisiete de octubre de mil novecientos veintisiete, de la Notaría Segunda de Bogotá.

"Segundo. Condénase a Nicasio y Querubín Perdomo solidariamente a pagar a José María Bueno la cantidad de dos mil cincuenta pesos (\$ 2.050) moneda corriente, valor de 82 animales que dejaron de entregar, y el veinticinco por ciento anual de esta suma, valor de los productos de tales animales; este producto lo deben los Perdomos desde cuando se constituyeron en mora de entregar los animales.

"Tercero. Déjase a salvo el derecho de José María Bueno para demandar la devolución del resto de los ganados dados en arriendo, que no le fueron devueltos en las mismas condiciones de edad, o la indemnización de perjuicios correspondiente.

"Cuarto. Condénase a dichos señores Nicasio y Querubín Perdomo a pagar solidariamente a José María Bueno el valor de los perjuicios consiguientes al incumplimiento del contrato de arrendamiento, según se deja expuesto en la parte motiva de esta providencia. La determinación de estos perjuicios se hará en la forma prevista por el artículo 480 del Código Judicial.

"Quinto. Declárase que Nicasio Perdomo es cesionario de los derechos de Antonio J. Ramírez en los contratos del documento citado en el punto primero que antecede.

“Sexto. Condénase a José María Bueno a pagar a Nicasio y Querubín Perdomo la cantidad de seis mil pesos (\$ 6.000) moneda corriente, valor de la multa en que incurrió por el quebrantamiento de la opción de compra, salvo en cuanto ésta haya sido declarada compensada por el valor de los cánones de arrendamiento.

“Séptimo. Condénase a José María Bueno a entregar a Nicasio y Querubín Perdomo los siguientes animales y enseres: (Los en ese punto enumerados).

“Octavo. Condénase a José María Bueno a abonar a Nicasio y Querubín Perdomo el valor de los materiales empleados por éstos en la construcción de la cerca de alambre que divide los potreros del Común y Campanario, y la que encerraba la roza de maíz de propiedad de Moisés Suárez, situada en el mangón del Hospital, considerando esos materiales a separados (sic), y en el caso de que no esté dispuesto a abonarles el valor a que les permita retirarlos.

“Noveno. Condénase al señor José María Bueno a pagar a los señores Nicasio y Querubín Perdomo la cantidad de trescientos cincuenta pesos tres centavos moneda corriente, valor de los impuestos que los Perdomos pagaron por él, y derechos del Notario:

“Décimo. No se hacen las demás declaraciones y condenas pedidas en la demanda de reconvencción.

“Undécimo. Sin costas.”

Las partes apelaron de este fallo para ante el Tribunal Superior de Bogotá, y éste en proveído de 28 de agosto de 1941, reformó la sentencia apelada en estos términos:

“Primero. Declárase que los señores Nicasio y Querubín Perdomo no cumplieron con la totalidad de las obligaciones que asumieron como arrendatarios del señor José María Bueno, según el contrato de arrendamiento que con él celebraron y que consta en la escritura pública número tres mil ciento ochenta y nueve (3189), de veintisiete (27) de octubre de mil novecientos veintisiete (1927), otorgada en la Notaría segunda (2ª) de Bogotá.

“Segundo. Condénase a Nicasio y a Querubín Perdomo, solidariamente, a pagar a José María Bueno la cantidad de dos mil cincuenta pesos (\$ 2.050) moneda corriente, valor de ochenta y dos (82) animales que dejaron de entregar, más los intereses legales de esta suma desde cuando los arrendatarios se constituyeron en mora de restituir, o sea desde el día nueve (9) de julio de mil novecientos veintiocho (1928), hasta cuando se verifique el pago.

“Tercero. Condénase a José María Bueno a pagar a Nicasio y Querubín Perdomo, la diferencia, en edades y calidades, de los ciento dos animales (102) que éstos restituyeron a aquél, en mejores condiciones de las recibidas, según quedó expuesto en la parte motiva de esta sentencia. Su determinación se hará de conformidad con el artículo 553 del Código Judicial, y sobre el saldo líquido que allí resulta, Bueno pagará a los Perdomos los intereses legales desde el nueve de julio de mil novecientos veintiocho (1928), hasta cuando se verifique el pago.

“Cuarto. Condénase a Nicasio y a Querubín Perdomo, solidariamente, a pagar a José María Bueno el valor de los perjuicios consistentes en no haber restituido la finca de conformidad con las especificaciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. La determinación de tales perjuicios se harán según lo preceptuado en el artículo 553 del Código Judicial.

“Quinto. Condénase a José María Bueno a pagar a Nicasio y a Querubín Perdomo la cantidad de seis mil pesos (\$ 6.000) moneda corriente, valor de la multa en que incurrió por la violación de la opción de compraventa.

“Sexto. Condénase a José María Bueno a pagar a Nicasio y a Querubín Perdomo la cantidad de trescientos cincuenta pesos con tres centavos (\$ 350.03) moneda corriente, valor de los impuestos y derechos notariales que éstos pagaron por aquél.

“Séptimo. Nicasio Perdomo es cesionario de los derechos de Antonio J. Ramírez en los contratos que se hicieron constar en la escritura pública citada en el numeral primero de la parte resolutive de este fallo.

“Octavo. Niéganse las peticiones y declaraciones restantes de las demandas principal y de reconvencción.

“Noveno. Sin costas en ninguna de las dos instancias.

“Décimo. En los términos anteriores queda reformada la sentencia apelada.”

Bueno interpuso el correspondiente recurso de casación, que le fue admitido y que hoy se resuelve, previas estas consideraciones:

Observa él recurrente, en primer término, que la sentencia en el ordinal 3º de su parte resolutive condena al doctor Bueno a pagar “a Nicasio y Querubín Perdomo, la diferencia, en edades y calidades, de los 102 animales que éstos restituyeron a aquél en mejores condiciones de las recibidas”, pero ocurre que la demanda de reconvencción no contiene petición alguna que se relacione con ese punto, lo que está indicando

que se ha resuelto sobre una cuestión que no fue sometida a la decisión judicial.

Sóbraie al recurrente razón en este reparo. En la demanda de reconvencción, que consta de 23 peticiones, no se solicitó ni expresa ni tácitamente, que se condenara al doctor Bueno a pagar a los señores Perdomos "la diferencia, en edades y calidades, de los 102 animales que éstos restituyeron a aquél, en mejores condiciones de las recibidas", de suerte que el ordinal tercero de la parte resolutive del fallo decidió una cuestión que no había sido sometida a la jurisdicción de la justicia ordinaria y por tanto hay que declarar que el Tribunal se excedió en su fallo y sentenció a más de lo pedido. Como el Tribunal al tratar este asunto consideró que los señores Perdomos habían entregado un número de ganado de superior calidad del que habían recibido del arrendador, doctor Bueno, consideró que era el caso de dar aplicación al artículo 2042 del Código Civil, que establece: "Siempre que se arriende un predio con ganados y no hubiere acerca de ellos estipulación especial contraria, pertenecerán al arrendatario todas las utilidades de dichos ganados, y los ganados mismos, con la obligación de dejar en el predio al fin del arriendo, igual número de cabezas de las mismas edades y calidades.

"Si al fin del arriendo no hubiere en el predio suficientes animales de las edades para efectuar la restitución, pagará la diferencia en dinero.

"El arrendador no será obligado a recibir animales que no estén aquerenciados al predio". Y por ello condenó al doctor Bueno a pagar esa diferencia. El recurrente considera infringido ese artículo por indebida aplicación al caso del pleito, y a fe que tiene razón, porque si el arrendatario no entrega el mismo número de animales en igualdad de edades y calidades, de los recibidos del arrendador, estará obligado a pagar la diferencia en dinero, disposición que no se refiere al arrendador, al cual no se puede aplicar. Si, como se ha visto, la demanda de reconvencción no solicita en ninguno de sus apartes que se condene al doctor Bueno al pago de esa diferencia del ganado, en edades y calidades, mal podría aplicarse el artículo 2042 a un caso que no está *sub-judice*.

No sucede lo mismo respecto de la acusación por incongruencia que el recurrente le hace al fallo por haber el sentenciador condenado al doctor Bueno a pagar a los señores Perdomo la cantidad de \$ 6.000 moneda corriente, valor de la multa en que incurrió por la violación de la opción de compraventa.

En efecto, es verdad que en la demanda de reconvencción no hay una petición en que literal-

mente se diga que se condene a esa cantidad, valor de la multa por violación de la opción de la compraventa, pero allí si está solicitada de manera implícita en la petición vigésimasegunda de la demanda de reconvencción, redactada en estos términos:

"Que los contratos que aparecen del documento que con fecha 28 de julio del año de 1927 fue suscrito por los contrademandantes con el contrademandado y Antonio J. Ramirez, elevado a escritura pública en la Notaria segunda de Bogotá, en instrumento número 3189 de fecha 27 de octubre del mismo año, han quedado resueltos y que en su defecto lo declare así su justicia, con las consecuencias de orden legal que tal sentencia suya traiga en relación con las partes, y condene al contrademandado Bueno en lo pertinente, y declare y decrete la resolución porque el contrademandado Bueno no cumplió a los contrademandantes las obligaciones que contrajo en virtud de esos contratos."

Pedir que se declare resuelto un contrato por incumplimiento de una de las partes, con las consecuencias de orden legal que esa resolución traiga en relación con ellas, como se dice en la petición copiada, es solicitar de manera perentoria que se condene al que ha faltado a sus compromisos a las consecuencias, que por falta de ese incumplimiento, impone la ley, cuales son los perjuicios causados por el incumplimiento, o la multa estipulada para idéntico caso.

El Tribunal estudió, englobándolas, las peticiones segunda, tercera, décimanovena y vigésimasegunda, que configuran, dijo el sentenciador, la acción de perjuicios por incumplimiento por parte del contrademandado de las obligaciones pactadas en los contratos de arrendamiento y opción, y concluyó que el doctor Bueno no había cumplido para con los arrendatarios las obligaciones contraídas por el pacto de opción y que por consiguiente era responsable de acuerdo con lo que la ley estipula para tales casos.

La cláusula duodécima de la escritura número 3189, contentiva de los convenios de arriendo y de opción para la venta de la hacienda "Santa Helena", estipuló una multa de \$ 6.000 moneda corriente en que incurrirían, cualquiera de los contratantes, si no cumplieren con las obligaciones estipuladas en el contrato memorado, y como el doctor Bueno, según el Tribunal, no cumplió el pacto de opción, debe responder por ese incumplimiento.

El artículo 1600 del Código Civil preceptúa que no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente, y como ella no aparece especialmente convenida, es lógico dedu-

cir que el incumplimiento por parte de Bueno sólo da derecho a los Perdomos para demandar la multa y no los perjuicios, que fue lo resuelto por el Tribunal de Bogotá, que dijo:

“Como puede apreciarse, en la cláusula duodécima antetranscrita, sólo se estipuló la multa para el caso de violación del contrato de opción sin que nada se dijera en relación por perjuicios. En tales condiciones, no habiéndose estipulado expresamente que podía demandarse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, según lo prescribe el artículo 1600 precitado, sólo puede pedir el otro contratante la pena o la indemnización, a su arbitrio. Demandada la pena, no puede pedir indemnización de perjuicios, por el mismo concepto, es a saber, por la violación del contrato de opción.”

El recurrente apunta como infringidos por el fallo los artículos anteriores, a consecuencia del error manifiesto de hecho en que incurrió en la interpretación de la demanda, acusación que habrá de rechazarse, por cuanto ya se ha visto que en ella si se pidió que se condenara al doctor Bueno por incumplimiento del contrato de opción a las *consecuencias de orden legal*, y una de éstas, en caso de incumplimiento del contrato, es la obligación de pagar la multa cuando ella ha sido expresamente estipulada como cláusula penal, que es lo que sucede en el caso de autos.

No prospera este capítulo de acusación, como si el primero, por lo cual habrá que casar parcialmente el fallo para suprimir el numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia del Tribunal, dejándole a los señores Perdomos a salvo su derecho para recabar del señor Bueno la diferencia, por edades y calidades del ganado que éstos recibieron de aquél y el que le restituyeron en mejores condiciones.

Se tacha el fallo por el quebrantamiento de los artículos 33 de la Ley 57 de 1887, 1960, 1963 y 1965 del Código Civil. Se hacen consistir estas violaciones en que Ramírez, uno de los contratantes con los Perdomos al hacer cesión a aquéllos de sus derechos en el contrato con Bueno, no les entregó el título respectivo, ni se hizo la notificación con exhibición de él ni se anotó en el mencionado título el traspaso, designando al cesionario bajo la firma del cedente ni tampoco se notificó ese traspaso al deudor.

Está fuera de todo término jurídico esta acusación. Esas disposiciones no pueden interpretarse y aplicarse con rigor talmúdico. El contrato de arrendamiento y opción entre los Perdomos, Ramírez y el doctor Bueno, se elevó a escritura pública y es de presumirse que cada uno de los contratantes tuviere en su poder una copia de él.

La cesión de los derechos de Ramírez se hizo también por escritura pública, y esta manifestación notarial equivale, con mucho, a la nota de traspaso designándose el cesionario bajo la firma del cedente, puesto que ambos firmaron la escritura en cuestión, de suerte que el requisito de la entrega del título y la nota del traspaso se cumplieron al presente.

La aceptación por parte del deudor está clara, pues hay un hecho que la presume, que es la litis-contestación con el cesionario. Aquél dirigió su acción contra los señores Perdomos únicamente, considerándolos como cesionarios del señor Ramírez, y esta demanda y la contestación que él dio a la contrademanda que le formularon los señores Perdomos, es un hecho inequívoco que supone por parte de Bueno la aceptación de la cesión que Ramírez les hizo a aquéllos.

Esta disquisición de la Sala tiene por fundamento el supuesto jurídico en que se coloca el recurrente, de que se haya efectuado una verdadera cesión de derechos o créditos personales entre el señor Ramírez y los señores Perdomos, supuesto jurídico, que no es el caso de entrar a dilucidar al presente.

No prospera tampoco esa acusación.

Fundada en las razones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

1º Infirmase parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha agosto veintiocho de mil novecientos cuarenta y uno, en su numeral tercero de la parte resolutive, el cual queda suprimido por el presente fallo.

2º Déjase a salvo a los señores Perdomos la acción para demandar del doctor Bueno el pago de la diferencia de precios entre el ganado recibido por los arrendatarios y el entregado por éstos al doctor Bueno, si ella existiere y se comprobare.

3º Quedan vigentes los numerales primero, segundo, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno de la sentencia del Tribunal de Bogotá.

4º Sin costas.

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

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

Acción principal reivindicatoria. — Cesión de créditos. — Embargo. Certificado del Registrador sobre suficiencia de títulos. — Dación en pago.

1.—Dos formas consagra la ley civil para que el deudor quede vinculado a la operación de cesión: la notificación judicial de la cesión o la aceptación de ella. Al crearse el lazo de instancia entre el actor y el demandado en un proceso se verifica esa notificación judicial de la cesión, con vista y presentación del título respectivo, sin que pueda alegarse que tal notificación judicial no se hizo porque el deudor demandado se opuso a la cesión o no convino en las pretensiones del actor demandante, en el hecho o en el derecho. Aceptese o no la cesión, o los fundamentos de la acción incoada, el fenómeno de la notificación queda cumplido y desplazado el crédito de manos del acreedor cedente a las del cesionario.

2.—Analizando el fin del artículo 521 del Código Civil, ya dijo la Sala de Casación que el embargo es un medio de asegurar la eficacia de las acciones del acreedor contra los actos del deudor, que enajenando o gravando sus bienes, merma y hasta hace desaparecer el respaldo de sus obligaciones, sea éste especial o el general del artículo 2488 del Código Civil.

3.—La Sala de Casación ha sostenido en numerosos fallos que para el ejercicio de la acción reivindicatoria no es necesario presentar ni exhibir el certificado del Registrador, sobre suficiencia de una titulación de propiedad, a que se refiere el artículo 635 del Código Judicial, porque en esta clase de controversias no se trata de apreciar y demostrar la existencia o validez de las sucesivas transferencias del dominio de las fincas reivindicadas en espacio mayor de treinta años, sino únicamente de enfrentar el título de dominio del actor con los del demandado o con la posesión que éste pretende, para deducir en cada caso y sólo entre las partes, cuál de esas situaciones debe ser preferida y respetada en el orden prevalente de antigüedad. Si el título del actor reivindicante es anterior al del opositor o a la posesión que alega, debe prosperar la acción y ordenarse la restitución del bien al que aparece con mejor derecho entre las dos para conservar

su dominio y goce, en orden a la mayor antigüedad.

4.—La dación en pago tiene una naturaleza jurídica, una fisonomía propia, dentro de la cual el carácter predominante es su equivalencia con la solución o pago efectivo, esto es, constituye propiamente una manera de extinguir obligaciones, lo que diferencia fundamentalmente esta institución del contrato de compraventa, que sirve para crear obligaciones. Como modalidad del pago no puede confundirse la dación en pago con la venta, hasta el extremo de entender que puedan asociarse estos dos fenómenos jurídicos para tratarlos como el caso de la doble venta que gobierna el artículo.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

Los hechos fundamentales de este litigio, según aparecen enumerados en el fallo acusado, son los siguientes:

1º El señor Cerbeleón Gaitán era dueño de una casa situada en la carrera 13 de esta ciudad, números 221D y 221E, y alinderada así: por el Norte, con casa de Carlos Arboleda; por el Sur, con casa de la señorita Ana Tulia Escallón; por el Oriente, con la carrera 13, y por el Occidente, con propiedad de los Hermanos Cristianos.

2º Por medio de escrituras números 376, de 9 de marzo de 1927 y 1379, de 2 de mayo de 1928, de la Notaría de Bogotá, el dicho señor Gaitán hipotecó la finca antes descrita al Banco Hipotecario de Bogotá y al señor Raimundo Castillo, respectivamente.

3º Posteriormente el nombrado Gaitán, por medio de la escritura número 1540, de 12 de diciembre de 1929, de la Notaría 3ª de Bogotá, vendió la finca de que se trata a la señorita Matilde Martínez.

4º La señorita Matilde Martínez, a su turno, por medio de la escritura número 109, de 31 de

enero de 1931, de la Notaría 3ª de Bogotá, vendió el mismo inmueble al señor Eulogio Esquivel.

5º El Banco de Bogotá y el señor Rafael Díaz Vargas, como cesionarios del crédito que pertenecía al señor Raimundo Castillo, intentaron sendos juicios contra los poseedores del inmueble hipotecado, obteniendo además el embargo del mismo. Estos juicios fueron posteriormente acumulados.

6º El Banco de Bogotá cedió su crédito hipotecario al Banco Agrícola Hipotecario, el primero de septiembre de 1933, y éste a su turno lo cedió al señor Jorge Castillo Casas, el veinticinco de septiembre de 1934. Esta última cesión fue notificada al primitivo deudor, señor Gaitán, por medio de auto del Juzgado 1º del Circuito de Bogotá, de doce de octubre de 1934.

7º El señor Eulogio Esquivel había vendido por medio de escritura número 2197, de tres de octubre de 1933, de la Notaría 4ª, al actual demandante en este juicio la finca en cuestión. Esta venta fue autorizada por el Banco Agrícola Hipotecario, en ese tiempo tenedor del crédito contraído por Cerbelón primitivamente a favor del Banco de Bogotá. En cuanto al segundo crédito, el de propiedad originaria del señor Castillo, en la mencionada escritura la señora Barriga se obligó a dejar la suma de mil doscientos cincuenta pesos consignados en el Banco de Colombia, destinados a su cancelación. El registro de la referida escritura no pudo efectuarse inmediatamente, a pesar del consentimiento de uno de los acreedores, por estar pendiente en ese tiempo el embargo decretado a favor del señor Díaz Vargas.

8º Los esposos Castillo reunieron en sus manos los dos créditos hipotecarios que pesaban sobre la finca de que se trata: el del Banco de Bogotá, como ya se explicó, y el otro por cesión que a ellos hizo el señor Díaz Vargas, con fecha veintitrés de mayo de 1932.

9º La señora de Barriga después de hacer liquidar el crédito originariamente de propiedad del señor Raimundo Castillo, lo pagó el día once de julio de 1935, consignando la suma de \$ 1.907.46 y después, el diez y siete de julio del mismo año, de \$ 5.26 en el Juzgado 1º del Circuito. Esta cantidad fue retirada posteriormente por los esposos Castillo.

10. Estando ya pagado este crédito por la señora de Barriga, el señor Jorge Castillo obtuvo por medio de la escritura número 367, de veintinueve de septiembre de 1935, dación en pago del señor Eulogio Esquivel de las fincas atrás alinderadas. Esta escritura fue registrada el veintiséis de septiembre del mismo año, gracias a un certificado expedido por el Tribunal de Bogotá

en que se afirma que figuran como partes demandantes en los juicios acumulados, el señor Jorge Castillo y la señora Valenzuela de Castillo.

11. Posteriormente y ya levantados todos los embargos que pesaban sobre la finca en referencia, se registró con fecha dos de diciembre de 1935 la operación de venta hecha por el señor Esquivel a la demandante.

El litigio.

Con fundamento en los anteriores hechos, la señora Victoria Rojas v. de Barriga, en libelo presentado el 28 de abril de 1938, demanda en juicio ordinario a los señores Jorge Castillo Casas y Elisa Valenzuela de Castillo, para que en ejercicio de la acción reivindicatoria se declarara en sustancia, que el inmueble antes descrito le pertenece en propiedad y pleno dominio y debe, en consecuencia, restituirsele. También suplica las prestaciones de rigor.

A su turno los demandados presentaron demanda de reconvencción, tendiente a que se declarara que los dos créditos hipotecarios constituidos originariamente a favor de Raimundo Castillo y del Banco Hipotecario de Bogotá están vigentes y pesan sobre la finca preindicada.

El proceso fue fallado favorablemente a las pretensiones de la parte actora por el Juez del conocimiento, que lo fue el 8º Civil de este Circuito, en sentencia fechada el 17 de noviembre de 1939. También se negaron todas las súplicas contenidas en la demanda de reconvencción.

La sentencia acusada.

Contra el fallo de primer grado interpusieron ambas partes recurso de apelación: la demandante para que se fijara en suma líquida el valor de los frutos civiles que deben pagar los demandados; y la demandada para que se revoque la sentencia proferida por el Juez 8º.

Decidió la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien en sentencia de 25 de agosto de 1941 confirma el fallo apelado en lo esencial, es decir, en sus numerales 1º, 2º, 3º, 5º y 7º; reforma los ordinales 4º y 6º para condenar a Castillo y señora a pagar la cantidad de \$ 5.720.00, valor de los frutos civiles que la finca hubiera podido producir; reforma el numeral 8º, para disponer en su lugar que la hipoteca contenida en la escritura pública número 376 de 1927 se halla vigente en la cantidad de \$ 6.550.93, junto con sus intereses desde el día 14 de julio de 1934; revoca el numeral 9º y no hace condenación en costas, por haber prosperado en parte la demanda de reconvencción.

El recurso.

Interponen recurso de casación ambas partes litigantes, en aquellas conclusiones que cada una considera que lesionan las pretensiones y derechos deducidos en juicio. Se pasan a estudiar en el debido orden ambos recursos.

Recurso de la parte actora.

Ataca en casación el fallo recurrido, en sus numerales 5º y 4º, por considerar que incurrió el sentenciador en el primero de los motivos designados en el artículo 520 del Código Judicial. Formula contra la sentencia del Tribunal estos tres reparos:

1º El numeral 3º de la sentencia declara vigente la hipoteca contenida en la escritura número 376 de 1927, y al hacer ésa declaración quebrantó la lógica de la misma sentencia, se puso en desacuerdo con la demanda, decidió sobre un problema en que no podía haber fallo por estar ausentes de la controversia los interesados y al decidirlo así violó la ley sustantiva. Si el sentenciador encontró fundado el razonamiento del inferior, cuando se negó a declarar que la actora debía pagar a los contrademandantes la suma de dinero a que se refiere la demanda de reconvencción, por cuanto la cesión del Banco Agrícola Hipotecario no fue notificada a la deudora, ha debido desechar también la mutua petición en lo tocante a la vigencia de la hipoteca, ya que de ella no puede tratarse en un pleito sino entre el titular de la hipoteca y el dueño poseedor de la cosa hipotecada. Desde que la cesión mencionada no ha producido efecto respecto del deudor o de terceros, los cesionarios carecen de interés y de acción para obtener que se declare la vigencia del gravamen hipotecario anexo al crédito. Por este motivo sostiene el recurrente que el fallo no guarda armonía consigo mismo.

Cita como único precepto violado el artículo 471 del Código Judicial, en cuya virtud las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

2º Al reconocer el sentenciador que está vigente la hipoteca especificada en el numeral 3º, acoge la demanda de reconvencción y al acogerla viola directamente el artículo 1960 del Código Civil, en cuya virtud la cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros mientras no haya sido notificada por el cesionario al deudor y aceptada por éste. Por la misma razón violó los artículos 1963 y 1964 del Código Civil.

3º El sentenciador incurrió en error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas. Consiste el error en que al fijar el monto en que

quedaba vigente la hipoteca, no tuvo en cuenta que con posterioridad a la fecha de la escritura entre el Banco Agrícola Hipotecario y el señor Castillo, éste recibió varias cantidades con imputación a dicho crédito, como consta en varios recibos firmados por el señor Castillo y agregados al expediente, pero que no fueron apreciados en su valor probatorio por el Tribunal.

Por no haber tenido en cuenta estas pruebas demostrativas de los abonos que se hicieron a dicho crédito el sentenciador violó los artículos 1759 del Código Civil y 603 del Código Judicial; el inciso 1º del artículo 1625 del Código Civil y el 480 del Código Judicial.

Estudio de los cargos.

A) Este primer reparo se hace consistir en falta de consonancia entre lo resuelto por el fallo acusado en su ordinal 3º y lo pedido en la demanda de reconvencción. Se anota, en primer término, que de existir esa pretendida incongruencia, ha debido acusar la actora por la segunda causal o motivo de los consagrados en el artículo 520 del Código Judicial, mas no alegar, como lo hizo, el primero de tales motivos, que se refiere a un caso bien distinto como es el de violación directa o indirecta de ley sustantiva. Este manifiesto error técnico en la acusación podría justificar el rechazo del cargo que se estudia, sin alegar ninguna otra razón de fondo, ya que una equivocada alegación del motivo que se presenta para la infirmación del fallo sometido a este recurso, es causa suficiente para desestimarlo.

Pero es que bien estudiado el cargo carece de fundamento, porque en la demanda de mutua petición los demandados incoaron tanto la acción personal para que se les pagara la suma de \$ 15.000, como aquella para que se declare que los inmuebles reivindicados están todavía afectados al pago de la obligación hipotecaria contenida en la escritura número 376 de 1927. Basta leer el libelo de reconvencción para llegar a esta conclusión de la Sala. En forma tal que no existe la alegada incongruencia entre lo pedido y lo fallado.

B) No se han violado los preceptos legales consagrados en el Código Civil sobre cesión de créditos, citados como infringidos por la actora recurrente, por dos razones: 1º Porque dos formas consagra la ley civil para que el deudor quede vinculado a la operación de cesión: la notificación judicial de la cesión o la aceptación de ella. Cuando la contrademanda fue notificada a la demandante en este proceso, al crearse el lazo de instancia entre la actora y los esposos Castillo, se verificó esa notificación judicial de la

cesión, con vista y presentación del título respectivo, sin que pueda alegarse que tal notificación judicial no se hizo porque el deudor demandado se opuso a la cesión o no convino en las pretensiones del actor cesionario, en el hecho o en el derecho. Acéptese o nó la cesión, o los fundamentos de la acción incoada, el fenómeno de la notificación queda cumplido y desplazado el crédito de manos del acreedor cedente a las del cesionario; 2º Porque los demandados en este juicio y demandantes en reconvencción, suplicaron dos declaraciones: a) Que la señora de Barriga debe a los peticionarios la suma de quince mil pesos, en que éstos estiman el valor actual de las dos hipotecas constituidas por Gaitán (acción de condena); b) Que el inmueble objeto del presente litigio está afectado al pago de las mencionadas hipotecas (acción declarativa). La sentencia negó la primera, de condena, y reconoció la segunda, meramente declarativa, decretando que el inmueble reivindicado sigue afectado al pago de uno de los dos créditos hipotecarios; y anulada como fue por la sentencia la dación en pago de Esquivel a Castillo, es evidente que queda vigente el crédito hipotecario constituido originariamente por Cerbeleon Gaitán a favor del Banco Hipotecario de Bogotá, que consta en la escritura número 376 de 1927. El crédito en referencia, de conformidad con la escritura número 1140 de 1934, fue liquidado en la cantidad de \$ 6.550.93. De manera que hizo bien, el Tribunal al declarar vigente esa obligación hipotecaria, por la cantidad antes mencionada, sin que exista violación de las normas relativas a la cesión de créditos.

C) No hay error de hecho manifiesto, consistente en falta de apreciación de unos recibos de pagos efectuados por la demandante, señora Rojas de Barriga al Banco Agrícola Hipotecario, porque en primer lugar, una de tales consignaciones no fue aceptada por el Banco acreedor, y se imputó a la cuenta de "Acreedores Varios", a efecto de que la actora pudiera retirarla cuando le pareciera.

Además de lo dicho, no se ha podido establecer si las otras consignaciones fueron pagos parciales que el Banco cedente imputó a la deuda hipotecaria de Esquivel, y respecto de los cuales nada tienen que ver los demandados, porque no se ha evidenciado en autos que esas imputaciones hubieran dejado de hacerse a su debido tiempo.

RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA

Primer cargo: Violación de la ley sustantiva por aplicación indebida.

Estima violados el recurrente, por aplicación indebida, los artículos 1521, 1666, 1667, 1668 y

1870 del Código Civil; y por interpretación errónea el 1506 de la misma obra, si se admitiere que Eduardo Canal actuó sin poder de Eulogio Esquivel.

Este primer reparo lo funda el recurrente demandado en que hay diferencia entre compraventa y dación en pago, que consiste especialmente en que si la dación no se ejecuta en cuanto a la tradición de las cosas dadas en pago, las acciones del acreedor no se extinguen. Agrega que la ilicitud del registro de la dación en pago no existe en los autos porque el embargo no ampara los derechos de todos los acreedores titulares sino los del acreedor que es parte en el juicio y como la actora, señora de Barriga, no fue parte en el juicio especial de venta de la cosa hipotecada, el embargo citado no amparaba su crédito como tampoco amparaba el crédito de Pablo Castillo Casas.

Considera la Sala de Casación:

Fuera de que este reparo es inaceptable en casación por versar sobre una cuestión no discutida en las instancias, estuvo bien aplicado al caso de autos el artículo 1521 del Código Civil, en cuya virtud hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el Juez lo autorice o el acreedor consienta en ello. Analizando la finalidad de esa norma, ya dijo esta Sala (*Gaceta Judicial*, tomo XLVI, página 435) que el embargo es un medio de asegurar la eficacia de las acciones del acreedor contra los actos del deudor, que enajenando o gravando sus bienes, merma y hasta hace desaparecer el respaldo de sus obligaciones, sea éste especial o el general del artículo 2488 del Código Civil.

Como bien lo dice la sentencia acusada en este proceso, con la venta contenida en la escritura número 2197, de Esquivel a la señora de Barriga, no se sacrificaron en ninguna forma los intereses del acreedor embargante, sino que antes bien, se obligó a la adquirente señora de Barriga al pago del crédito perseguido por medio del embargo, operación que realizó mediante las consignaciones de 11 y 17 de junio de 1935. En consecuencia, como no se perjudicó al acreedor embargante, carece de fundamento la conclusión de ilicitud de la compraventa hecha por Esquivel a la señora de Barriga, de que da cuenta la escritura número 2197 mencionada.

En el expediente hay elementos que permiten concluir que los acreedores embargantes sí dieron su consentimiento tácito a la venta antes citada de las fincas embargadas y fue cuando los cónyuges Castillo retiraron las sumas que la señora de Barriga había consignado en cumplimiento de lo acordado con el vendedor Esquivel. De manera que consintieron implícitamente

en la operación de compraventa; y como tal consentimiento del acreedor embargante puede ser posterior a la operación de enajenación, no hay fundamento para sostener que la venta contenida en la escritura número 2197 fue ilícita, al tenor de lo estatuido en el artículo 1521 del Código Civil.

Para rechazar este cargo, la Corte prohija, además, los siguientes conceptos del fallo acusado:

“B. Pero aun admitiendo que la operación de compraventa entre el señor Esquivel y la señora de Barriga si esté viciada de nulidad absoluta, esta nulidad no podría declararse de oficio, como lo dispone el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, pues, de acuerdo con lo dicho anteriormente, es por lo menos muy dudoso que tal nulidad exista, de tal manera que el requisito exigido por el texto citado, de que la nulidad aparezca de modo *manifiesto* en el acto o contrato, no se cumple en el presente caso.”

“La nulidad tampoco puede ser declarada basándose en la petición de los demandados. En efecto, el mismo texto dispone que la declaración de nulidad solamente puede ser pedida por todo el que tenga interés en ello, y en el presente caso los demandados no tienen interés jurídico en que se haga tal declaración. El que intenta una demanda ante la justicia debe tener interés; no se pueden entablar acciones cuya solución no afecta ni importa a la parte que la intenta. *Sin interés no hay acción.*”

“Ya se ha explicado que el objetivo que persigue la ley al impedir la venta de bienes embargados es que no se perjudique el interés de los acreedores. Y si este interés se ha respetado, como ocurre en el presente caso, por el pago total del crédito, los acreedores no tienen interés ninguno en pedir una nulidad, pues aunque ésta se decreta, su situación no cambia, no mejora ni empeora.”

Segundo cargo.

A) Violación de la ley sustantiva por apreciación errónea del poder con que obrara Eduardo Canal al venderle a la demandante unos inmuebles que pertenecen a Eulogio Esquivel, habiendo incurrido el Tribunal fallador en error de hecho que consta evidentemente en los autos. Como la sentencia acusada estimó que la demandante es dueña de los inmuebles reivindicados, violó directamente los artículos 740, 741, 742 y 948 del Código Civil.

Se considera:

Como se verá, este motivo de acusación se hace consistir en que no aparece en los autos el poder con que Eduardo Canal, como mandatario

de Eulogio Esquivel, procedió a vender a la demandante, señora de Barriga, los inmuebles reivindicados por ésta. Considera el demandado recurrente que al darlo el fallador por demostrado, incurrió en un error de hecho.

No es fundado este cargo por las razones que pasan a exponerse:

1º Porque esta falta de representación de Canal para vender como mandatario de Esquivel, no fue cuestión discutida en las instancias, sino antes bien aceptada implícitamente por las partes;

2º Porque los demandados carecen de interés jurídico para atacar en juicio la existencia de tal mandato, dado que como acreedores ya percibieron el valor de un crédito y el otro viene reconocido y debidamente garantizado en la sentencia acusada, al tenor de la demanda de mutua petición. Por lo cual no les interesa atacar la venta hecha por Esquivel a la actora.

De manera que esta tacha de falta de representación de Canal vendría a ser un medio nuevo en casación, inaceptable en esta clase de recursos según lo ha establecido ya la Corte.

No es fundado el cargo. Se rechaza.

B) Violación de ley sustantiva por falta de apreciación de la tradición o inscripción de la escritura número 109 de 1931. Como la tradición se llevó a término sin la autorización del Juez del concimiento, es absolutamente nula y así debió declararlo la sentencia acusada conforme a los artículos 13 de la Ley 95 de 1890 y 2º de la Ley 50 de 1936, que reputa infringidos por falta de aplicación. Igualmente estima violados por ese concepto los artículos 946, 961 y 964 del Código Civil.

Considera la Sala: Se hace consistir este reparo en que Matilde Martínez transmitió a Esquivel el dominio de las casas reivindicadas cuando se hallaban embargadas por cuenta del Banco Hipotecario de Bogotá, sin obtener el previo consentimiento de dicho acreedor privilegiado.

Bien sabido es que el Banco Hipotecario de Bogotá vendió su cartera hipotecaria al Banco Agrícola Hipotecario, como un medio legal adoptado para conjurar la grave crisis fiscal que azotó al país entonces. Siendo cesionario el Banco comprador del primer crédito hipotecario, intervino en la operación de venta de los inmuebles reivindicados hecha por Esquivel a la señora de Barriga y consintió en tal negociación, en forma tal que la autorizó expresamente. En esas condiciones, no le es dado ahora en casación a los demandados alegar esa circunstancia.

Por lo demás, como bien lo dice la parte opositora, el Banco Agrícola Hipotecario concurrió al otorgamiento de la escritura en que Esquivel

vendió a la actora, señora de Barriga, por su carácter de dueño de ese crédito, y allí dijo que conviene en reconocer a dicha señora como deudora del Banco y que liberta a Martínez y Esquivel, por lo cual autorizaba el registro de esa escritura.

Se deduce de lo expuesto que no es fundado el cargo y debe desestimarse.

C) Violación de ley sustantiva por apreciación errónea de la prueba de la identificación de los inmuebles que se reivindican, habiéndose incurrido en errores de hecho y de derecho que aparecen evidentemente en los autos. Se consideran infringidos los artículos 946 y 964 del Código Civil y 730 del Código Judicial.

Se considera:

No resulta fundado este cargo en el proceso, y basta para rechazarlo, con hacer un estudio somero de la cadena de títulos exhibidos por las partes. Hay perfecta identidad de linderos entre el instrumento en que consta que Cerbeleon Gaitán adquirió el solar o terreno de manos de Roberto Carrillo, por medio de la escritura número 483 de 1921 y los otros en que se hicieron las sucesivas transferencias de Gaitán a Matilde Martínez, de ésta a Eulogio Esquivel y de éste último a la señora de Barriga. Lo que ocurre es que Gaitán edificó sobre ese terreno cuatro casas, de las cuales únicamente vendió dos a la señorita Martínez, en forma tal que por esa circunstancia sólo transmitió a ésta una parte del solar primitivamente adquirido, y de ahí proviene la pretendida diferencia de linderos y de nomenclatura de esas fincas, diferencia que sólo es aparente por las razones anotadas. Todas estas circunstancias fueron aclaradas y determinadas en la diligencia de inspección ocular realizada en el inmueble general durante las instancias.

Se rechaza este cargo.

Tercer cargo.

No trajo la demandante a los autos el certificado de que trata el artículo 635 del Código Judicial y, sin embargo, la sentencia recurrida acepta la suficiencia y validez del título que acompañó como prueba del dominio de los inmuebles cuya reivindicación solicita. Estima violados los artículos 635 del Código Judicial y 946, 961 y 964 del Código Civil.

Se considera:

Esta Sala de Casación ha sostenido en numerosos fallos que para el ejercicio de la acción reivindicatoria no es necesario presentar ni exhibir el certificado del Registrador, sobre suficiencia de una titulación de propiedad, a que se refiere el artículo 635 del Código Judicial, por-

que en esta clase de controversias no se trata de apreciar y demostrar la existencia o validez de las sucesivas transferencias del dominio de las fincas reivindicadas en espacio mayor de treinta años, sino únicamente de enfrentar el título de dominio del actor con los del demandado o con la posesión que éste pretende, para decidir en cada caso y sólo entre las partes cuál de esas situaciones debe ser preferida y respetada en el orden prevalente de antigüedad. Si el título del actor reivindicante es anterior al título del opositor o a la posesión que alega, debe prosperar la acción y ordenarse la restitución del bien al que aparece con mejor derecho entre las dos para conservar su dominio y goce, en orden a la mayor antigüedad.

No siendo necesario en juicio el mencionado certificado se rechaza este cargo.

Cuarto cargo.

Violación de la ley sustantiva por interpretación errónea, que hace consistir el demandado recurrente en que a nadie se le ha ocurrido sostener que la inscripción que se haga de una venta de bienes ajenos es nula; agrega que los demandados, que entraron antes en posesión material de las fincas deben ser preferidos. Estima infringido por este concepto el artículo 1873 del Código Civil.

Se considera:

La dación en pago tiene una naturaleza jurídica, una fisonomía propia, dentro de la cual la característica predominante es su equivalencia con la solución o pago efectivo, esto es, constituye propiamente una manera de extinguir obligaciones, lo que diferencia fundamentalmente esta institución del contrato de compraventa, que sirve para crear obligaciones. Como modalidad del pago no puede confundirse la dación en pago con la venta, hasta el extremo de entender, como lo pretende el recurrente, que pueden asociarse estos dos fenómenos jurídicos para tratarlos como el caso de la doble venta que gobierna el artículo 1873 del Código Civil. Por lo demás, el Tribunal no concluyó en la invalidación de la dación en pago, contenida en la escritura pública número 367, por consideraciones vinculadas a la entrega prevalente que determina el citado artículo 1873 sino por acertadas razones referentes a la ineficacia del pago que con ella pretendió realizarse, de modo que se ataca esta parte fundamental del fallo por concepto distinto del en que se apoya la sentencia, y que en parecer de la Sala es bastante para sostener la resolución acusada. Esta divergencia entre la verdadera base del fallo y el cargo que se le formula, relacionado con cuestión no

debatida en las instancias, le da a la acusación que se estudia el aspecto de un medio nuevo en casación. Por tanto, tampoco es aceptable este cargo.

Los dos últimos cargos contra el fallo acusado los presenta el recurrente demandado con el carácter de subsidiarios, y ambos tienden a defender la buena fe de los demandados y las súplicas contenidas en la demanda de mutua petición. Así se pueden extractar:

1º La sentencia recurrida considera a los demandados como poseedores de mala fe, sin fundamento legal alguno, con violación de los artículos 768, 964 y 969 del Código Civil.

2º Olvidó el Tribunal fallador que para que el retracto de los derechos litigiosos produzca sus efectos, debe ser deducido en justicia, conforme lo preceptúa el artículo 1972 del Código Civil, norma que estima infringida por ese concepto.

Se considera:

A) Ya se copiaron los apartes pertinentes de la carta dirigida el 25 de abril de 1935 por el demandado Jorge Castillo a Esquivel, en la cual Castillo manifiesta que tenía conocimiento de la escritura de venta número 2197, hecha por Esquivel a la señora de Barriga. Posteriormente ha pretendido Castillo sostener que sólo tenía conocimiento de una promesa de venta de Esquivel a la Barriga, pero tal circunstancia justificativa no viene abonada en el proceso sino que, antes bien, está en contradicción con los términos de la es-
quela mencionada.

A pesar de ese conocimiento que tenía Castillo Casas de que la Barriga había adquirido las fincas, de que había llegado a un acuerdo con el Banco Agrícola Hipotecario sobre solución del crédito en primer lugar, de que la compradora de Barriga había consignado en el Banco el dinero para solucionar el crédito hipotecario en segundo lugar de que era cesionario Castillo; se repite que con pleno conocimiento de todas esas circunstancias proceden los esposos Castillo a realizar con Esquivel el contrato de dación en pago de esas mismas fincas y ya obtenido el registro e inscripción de ese instrumento, retiran con posterioridad el dinero depositado en el Banco para solucionar el crédito de que eran titulares. De tales hechos se desprende la indudable mala fe de los demandados, quienes no podían por medios lícitos y sin un enriquecimiento injustificado obtener primero la tradición de las fincas en pago de su crédito y luego retirar las sumas consignadas en el Banco para ese mismo fin.

Razón tuvo el Tribunal fallador cuando expresó que “los demandados son y han sido poseedores de mala fe del inmueble, pues como se dijo arriba, cuando lo adquirieron conocían la operación realizada entre Esquivel y la demandante”. No es fundado este cargo.

B) Bien sabido es que el Banco Agrícola Hipotecario, con autorización de la Superintendencia Bancaria, compró las carteras hipotecarias de los bancos, con una rebaja a favor de todos los deudores del 40% de lo que valieran a la fecha de la cesión. Por escritura número 1448 de 1934, el Banco Agrícola Hipotecario cedió a Jorge Castillo el crédito a cargo de Cerbeión Gaitán, y en ese instrumento se dijo textualmente “que de acuerdo el Banco con el deudor Gaitán hace cesión del crédito al compareciente Castillo Casas por la cantidad de \$ 6.550.93, a la cual ha quedado reducido, hecha la deducción del 40% del capital y de las cuotas pendientes, que el Banco ha acordado remitir a sus deudores.”

De tal manera que esa remisión quedó a favor del deudor y la obligación reducida a esos límites, habida consideración a la grave crisis económica que para entonces abatió al país. Hizo bien el Tribunal fallador al declarar que el crédito hipotecario en referencia, de acuerdo con lo estipulado en la escritura número 1448, fue liquidado entonces por la entidad acreedora en la susodicha cantidad, de manera que las fincas en mención sólo quedaron afectadas al pago de la suma a que quedó reducido el crédito hipotecario.

No existe violación de los preceptos anotados. 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 proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día 25 de agosto de 1941.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase a la oficina de origen.

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

MARCAS

1.—Toda sentencia tiene que ajustarse a la demanda y su respuesta, so pena de infringir disposiciones que son, por decirlo así, de derecho universal y que nuestro Código de Procedimiento consigna en su artículo 471, complementado desde este punto de vista con lo que establece el artículo 520 en el numeral 2º. Estar una persona envuelta en litigios porque se le incoan o se ve forzada a incoarlos, constituye para ella un perjuicio que no puede a priori considerarse indemnizado por haber obtenido en su favor condenación en costas. Muchas veces éstas son sólo una parte de la indemnización y el litigio en sí una parte del daño, porque esa persona, a más de éste, ha sufrido otros males. Es claro que para éstos queda en pie, en tal caso, la acción indemnizatoria no agotada ni ejercitada siquiera respecto de ellos con lo ocurrido sobre las solas costas procesales.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestroza Daza).

Se decide el recurso de casación interpuesto por ambas partes contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 9 de abril de 1942, confirmatoria de la de 30 de agosto de 1941 en que el Juzgado 1º Civil de este Circuito absolvió a aquéllas de los cargos recíprocos formulados en demanda y contrademanda del presente juicio ordinario seguido entre la Sociedad Edificio Vásquez S. A., y el señor J. Alejandro Vásquez.

Constituyeron aquella sociedad las señoras Carolina Vásquez de Ospina y Elena Ospina Vásquez de Ospina, y los señores Pedro Nel, Luis y Manuel Ospina Vásquez, por escritura número 509 ante el Notario 2º de Medellín, como anónima de capital limitado, el 1º de marzo de 1937.

El 9 del propio marzo esa sociedad adquirió un lote de terreno ubicado en Bogotá en la esquina de la carrera 9ª con la calle 13, y en el curso de ese año levantó allí a sus expensas una construcción de varios pisos, en cuya puerta principal, número 9-20 de dicha calle, puso el letrero Edificio Vásquez, al que después agregó S. A.

El señor J. Alejandro Vásquez solicitó el 3 de mayo de 1938 y obtuvo el 29 del subsiguiente julio el registro de la denominación Vásquez Plata como marca de comercio y el consiguiente derecho exclusivo de usarla en el territorio de la República “para distinguir edificios, almacenes, oficinas de toda clase, departamentos para habitación...”. Así reza la Resolución número 11570 de la última fecha expresada, que en forma auténtica obra en el expediente varias veces, de ellas en el *Diario Oficial*, como se ve al folio 22 del cuaderno 1º.

Este señor, que había comprado el 5 de febrero de 1937 un lote sobre la actual Avenida Jiménez de Quesada, levantó allí una construcción de varios pisos que estaba concluida ya para agosto de 1938 (cuaderno 3º, folio 40), en cuya puerta principal, número 10-34 de esa Avenida, le puso un letrero con la denominación Edificio Vásquez Plata.

El referido registro lo obtuvo Vásquez no obstante la oposición de la sociedad, cuyas insistentes gestiones al respecto quedaron cerradas con la Resolución de 28 de octubre de 1938. Asimismo fue desfavorable a ella en primera y segunda instancia el juicio que siguió contra aquél para que ese registro se cancelase, como se ve en la sentencia del Juzgado 1º Civil de este Circuito de 5 de septiembre de 1939 y en la confirmatoria del Tribunal Superior de 15 de diciembre de ese año. Las copias de la oposición antedicha y su tramitación aludida forman los folios 42 a 56 del cuaderno 3º, y las de demanda, respuesta y sentencias del juicio sobre cancelación, se hallan en el cuaderno 6º, del folio 20 al 37.

Allí mismo (cuaderno 3º, folios 55 a 58), obran en debida forma las actas de la inspección ocular de 22 de mayo de 1939 y de 20 de septiembre de 1940 en que consta, entre otras cosas, la disposición y nomenclatura de aquellos dos edificios. Esta se completa para el del señor Vásquez con el número 10-34 en la puerta del almacén de sus bajos; el de la sociedad lleva en sus restantes puertas de la calle 13 los números 9-10 y 9-18 para sendos almacenes y del propio modo los números 9-22 y 9-30, y sobre la carrera 9ª los números 13-01, 13-15, 13-19 y 13-21 para sendos almacenes, pequeños estos últimos y grande el primero.

El 20 de abril de 1939 (cuaderno 1º, folio 6 vuelto), se notificó al señor Vásquez la demanda inicial de este juicio, fechada el 18 de ese mes, en que aquélla por medio de apoderado solicita que se prohíba al demandado el uso del nombre Edificio Vásquez Plata, y se le condene a pagar a la demandante, como perjuicios por el uso del nombre, la cantidad de \$ 3.000, o la que se pruebe en el curso del pleito, así como las costas. En estos términos se formuló la intención o parte petitoria de la demanda.

Como hechos fundamentales aduce el apoderado éstos: 1º La constitución de la sociedad; 2º Haber venido ella "usando su nombre para distinguirse de las demás personas y para distinguir los bienes de su propiedad, especialmente el edificio situado en esta ciudad, en la calle 13, distinguido en su puerta principal con el número 9-20"; 3º Usar el señor Vásquez el nombre Edificio Vásquez Plata para distinguir su citada finca; 4º Ser aquella sociedad propietaria y tener derecho al uso exclusivo de su nombre; 5º Confundirse por las gentes el nombre Edificio Vásquez Plata con el de la sociedad, y prestarse a esas confusiones por su semejanza; 6º Causar el demandado perjuicios al demandante con el uso del nombre Edificio Vásquez Plata, y 7º Haberle reclamado esa sociedad a dicho señor, por el uso indebido del nombre Edificio Vásquez Plata.

Al fundar en derecho la demanda cita los artículos 32, 57, 58, 59, 60 y 62 de la Ley 31 de 1925.

Vásquez contestó oponiéndose y negando a su demandante el derecho en que pretende apoyarse. Aceptó los hechos 1º y 3º, y negó los restantes, advirtiendo en el 5º: "...el nombre Edificio Vásquez, que dice haber usado la compañía demandante, es una imitación de la marca de comercio Vásquez Plata, de mi propiedad".

Al propio tiempo de responder así, reconvinó Vásquez a su demandante pidiendo la declaración de que esta sociedad debe pagarle \$ 10.000, "suma ésta en que estimo los perjuicios que se me han ocasionado como propietario de la marca de comercio Vásquez Plata, con el uso indebido del nombre comercial Edificio Vásquez, por parte de la sociedad citada". Pidió también condenación en costas. Como fundamento de derecho adujo los artículos 30, 31, 34, 43, 44, 45, 60, 65 y 66 y demás pertinentes de la Ley 31 de 1925, los artículos 2, 5, 6, 8 y concordantes de la Ley 94 de 1931, el Decreto 1707 de 1931 y los artículos 2341 a 2343 y demás concordantes del Código Civil.

Los hechos fundamentales los presenta la contrademanda así: 1º Vásquez es propietario de

la marca de comercio Vásquez Plata, según el citado título de 29 de julio de 1938; 2º Esa marca ampara los objetos de la clase 14 de dicho Decreto 1707, o sea, nombres comerciales, rótulos de establecimientos, edificios, almacenes, etc., "y la uso para distinguir tales bienes"; 3º En este hecho cita la escritura de constitución de la sociedad demandante, contrademandada, y señala su gerente; 4º Esta sociedad es dueña del inmueble 9-20 de la calle 13 de esta ciudad, "al cual distingue con el nombre Edificio Vásquez, con el objeto de diferenciarlo de otros similares"; 5º Con este mismo nombre, esa sociedad anuncia su dicho inmueble por la prensa, radio, lista de teléfonos y demás medios de propaganda; 6º Ese nombre constituye una imitación de la marca de propiedad del contrademandante, y con usarlo realiza esa sociedad una usurpación de los derechos de él "como propietario de la marca original Vásquez Plata"; 7º A esa sociedad se le negó el registro del nombre Edificio Vásquez como marca, y al usarlo lo hace a sabiendas de dicha imitación y con el objeto de perjudicar al contrademandante; 8º Ella le ha "ocasionado graves perjuicios de diversa índole con el uso indebido y doloso que está haciendo del nombre Edificio Vásquez, entre los cuales pueden contarse: el fraude causado en detrimento de la marca de mi propiedad, las repercusiones económicas que tal fraude ha tenido en mi patrimonio, el perjuicio que he recibido con las acciones temerarias iniciadas por parte de la sociedad contrademandada, los desembolsos que he tenido que hacer con ocasión de la acción administrativa de protección a mis derechos de propietario de la marca Vásquez Plata, el tiempo que he tenido que perder en detrimento de los varios y cuantiosos negocios que tengo establecidos en el país, con las consiguientes repercusiones económicas, etc., etc., perjuicios que estimo en la suma de diez mil pesos (\$ 10.000 moneda legal". Tales las palabras de la reconvencción, y 9º Haber reclamado el señor Vásquez al representante de dicha sociedad "por el uso indebido del nombre Edificio Vásquez".

Ampliamente hicieron uso del término probatorio los contendores, señaladamente el señor Vásquez, como se ve en el cuaderno 3º. Esto mismo se advierte en la segunda instancia, y lo indica el cuaderno 6º.

Como ya se dijo, el fallo de primera instancia, pronunciado el 30 de agosto de 1941, absolvió a Vásquez de los cargos de la demanda principal, y a la sociedad demandante, de los de la demanda de reconvencción, sin condena en costas.

Ambas partes apelaron y, como ya se dijo también, el Tribunal Superior confirmó sin costas ese fallo en el de 9 de abril de 1942, contra

el cual ambas partes interpusieron el recurso de casación que aquí se decide.

El Juzgado en su sentencia se remite a los conceptos, que transcribe en lo cardinal, de la sentencia pronunciada por el mismo Juez en el juicio sobre cancelación seguido por la sociedad hoy demandante contra su mismo demandado, de que ya se habló aquí, en la cual se hace una detenida y erudita exposición doctrinaria sobre marca y nombre, entre los cuales ocurren conflictos, no sólo de marca a marca o de nombre a nombre, sino también entre nombre y marca. En relación con este tema se presenta la diferencia entre el uso de un nombre como nombre y como marca. De todo ello se discurrirá y disputa en la presente contienda y, sobre todo, ahora en el recurso.

Para la decisión del presente pleito, el Juzgado conceptúa, a la luz de ese estudio, que la marca empleada por Vázquez no se aplica ni puede aplicarse como nombre, y que él con ese empleo apenas utiliza o ejerce el derecho reconocido a su favor por obra del citado registro. Usando Vázquez una marca, habiéndosele conferido con el correspondiente registro los derechos que éste implica, no teniendo ni pudiendo tener este pleito como finalidad la dicha cancelación, que se ventiló en su día y quedó denegada, es claro que no puede pronunciarse contra él la prohibición de tal uso, ni puede tampoco hallarsele la culpa que sería indispensable para condenarlo a indemnizar perjuicios, los que se dicen causados por ese uso.

Para absolver de la demanda de reconvencción a la sociedad demandante, el Juzgado se basó en que la acción del contrademandante estaba prescrita ya cuando se presentó a ejercitarla, porque esto fue el 3 de mayo de 1939 y, según la estimación que la sentencia hace de las declaraciones de testigos pertinentes, en tiempo anterior a la misma fecha de 1938 ya estaba esa sociedad distinguiendo su edificio con el nombre de cuyo uso por ella se queja Vázquez, señalándolo como fuente de los perjuicios que pide le indemnicen. Aplicó, pues, el artículo 59 de la Ley 31 de 1925, según el cual "perderá su acción a todo reclamo" el perjudicado por el uso de un nombre que deja transcurrir sin reclamar un año, contado desde que su nombre empezó a usarse pública y notoriamente por otra persona.

El Tribunal basa su decisión —sobre el juicio principal— en que aquí no sólo hay colisión entre un nombre y una marca, sino entre dos marcas, porque lo que la sociedad actora busca es que al demandado se le prohíba el uso tanto del nombre como de la marca que registró, y en el fondo la diferencia entre nombre y marca consiste en, que aquél se destina a identificar al co-

merciante como tal o al negocio o negocios en que se ocupa, y la marca tiene por objeto distinguir los productos de ese negocio o negocios. Y agrega que no prospera la demanda dentro del concepto de nombre, porque lo contemplado por el artículo 58 de esa Ley 31 es el caso de que una persona que ejerce industria, comercio o ramo de negocios y lo ha explotado con cierto nombre o designación comercial, ve que otra quiere hacer otro tanto, caso en el cual esa disposición exige para permitir este ejercicio o explotación con tal nombre que en éste se introduzcan modificaciones sustanciales que eviten las confusiones que a primera vista pudieran producirse. Sobre este pie, no halla viable la demanda, porque la agregación por el demandado de su segundo apellido, *Plata*, que hace notoriamente diferentes las designaciones Edificio Vázquez, S. A., y Edificio Vázquez Plata, impide el reclamo en referencia, llenando ese requisito legal. Y dentro del concepto de marca, encuentra como valla para las pretensiones del demandante el registro obtenido por Vázquez y el fracaso de las pretensiones que contra tal registro formuló y sostuvo la sociedad.

Cuanto a la reconvencción vuelve el Tribunal sobre la diferencia entre Edificio Vázquez, nombre usado por la sociedad en su inmueble, y la marca Vázquez Plata, que es lo registrado por el contrademandante, y advirtiendo que la sociedad usa aquel nombre como nombre y no como marca, encuentra que no es viable la acción de la contrademanda, siendo así que se ejercita invocando el derecho nacido del registro de una marca.

Pasan a estudiarse con la debida separación los recursos de los contendores.

La sociedad demandante, haciendo resaltar que su cargo es uno solo, formula el de violación del artículo 32 de la Ley 31 de 1925 por haberlo dejado de aplicar el Tribunal, en cuanto esta disposición preceptúa que "no se considerarán como marcas y por consiguiente no podrán registrarse, ... el nombre de una persona natural o jurídica, si no se presentare bajo una forma peculiar y distintiva". Añade que Vázquez obtuvo, contra esa prohibición, el registro de sus apellidos como marca de comercio y que por esto y porque ha atropellado a la sociedad prenombrada, ésta demanda ahora que se prohíba a Vázquez el uso de esa marca, lo que equivale a atemperarse la demandante al precepto de ese artículo 32, siendo así que ordena no considerar como marca la que se otorgó al demandado.

La demanda inicial del pleito se refiere al nombre. Para mayor precisión y fidelidad, se la transcribió ya aquí en lo pertinente. Toda sentencia tiene que ajustarse a la demanda, y su

respuesta, so pena de infringir disposiciones que son, por decirlo así, de derecho universal y que nuestro Código de Procedimiento consigna en su artículo 471, complementado desde este punto de vista con lo que establece su artículo 520 en el numeral 2º. No es lógico demandar en el concepto de nombre, distinguiendo entre marca y nombre, y después de cerradas las instancias, formular en casación un cargo basado en el concepto de marca.

Además, el Tribunal halló comprobado, al referirse al nombre, que el señor Vásquez con el uso de su segundo apellido había aportado el distintivo requerido por la ley dentro del concepto de nombre, y el recurrente no reclama contra esa apreciación, como debió hacerlo dentro del concepto en que ahora se sitúa, puesto que, si el citado artículo 58 requiere el aludido distintivo para que se pueda registrar un nombre en la situación en él contemplada, y si el Tribunal, al colocarse en su razonamiento dentro de esa situación, encontró en el proceso elementos bastantes para opinar que ese requisito se llenó, es claro que al atacar la sentencia porque el registro fue indebido, que es la base de su acusación, debió el recurrente comenzar por destruir la apreciación de los consiguientes elementos probatorios sobre la cual la sentencia halló llenados los requisitos con los cuales la misma Ley 25 permite tal registro.

No puede pasarse por alto la circunstancia de que el Tribunal trae a cuento el resultado para la sociedad demandante en las referidas diligencias administrativas y actuación judicial, adverso en un todo a su oposición al registro y a su pretensión de que éste se cancelase.

Estas reflexiones hacen ver por qué no prospera el cargo único del demandante como recurrente.

Varios son los que formula el apoderado del señor Vásquez como recurrente. Para la decisión del recurso, en lo que hace a esta parte litigante, son procedentes algunas consideraciones previas.

Vásquez contrademanda como propietario de una marca y conceptúa que la sociedad su contrincante ha usado de su nombre como marca e incurrido, por ende, en la culpa y el fraude de que la acusa por imitación y competencia desleal. La contrademanda se concreta a la indemnización de los perjuicios que él sostiene haber sufrido en virtud de que esa sociedad ha llamado su citado inmueble Edificio Vásquez.

Una indemnización de perjuicios implica perjuicios ante todo y *sine qua non*, como apenas hay para qué decirlo; quien la demanda principiará por demostrar haberlos sufrido y en segui-

da ha de demostrar que se deben a acto u omisión de su demandado.

Estar una persona envuelta en litigios, porque se le incoan o se ve forzada a incoarlos, constituye para ella un perjuicio que no puede *a priori* considerarse indemnizado por haber obtenido en su favor condenación en costas. Muchas veces éstas son sólo una parte de la indemnización y el litigio en sí una parte del daño, porque esa persona, a más de ese, ha sufrido otros males. Es claro que para éstos queda en pie, en tal caso, la acción indemnizatoria, no agotada ni ejercitada siquiera respecto de ellos con lo ocurrido sobre las solas costas procesales.

En las actuaciones aludidas obtuvo Vásquez esa condenación, así como que para él fuese la fianza constituida en la Alcaldía por la sociedad en las diligencias aludidas de amparo. Si en una o más de esas actuaciones las costas quedaron fijadas en cantidad inferior a la que justamente correspondía, contra la deficiencia se debió reclamar por él oportunamente en el respectivo proceso. Tasadas en definitiva, con reclamo o sin él, no hay lugar a ulteriores reparos, menos en juicio distinto.

Vásquez al concretar la fundamentación de su acción sobre perjuicios, dice lo que ya se vio en el transcrito hecho 8º de su contrademanda, aduciendo de un lado las referidas actuaciones y el tiempo, atención y dinero que le han costado, y de otro lado, "el fraude causado en detrimento de la marca de su propiedad y las repercusiones económicas que tal fraude ha tenido en su patrimonio". En esto trae a cuento los perjuicios distintos de los indemnizados con las costas de que se ha hablado en los párrafos precedentes. Ese fraude lo hace consistir en la aposición del letrero Edificio Vásquez en la puerta principal del inmueble de la sociedad y en el anuncio de éste con tal nombre en propaganda por periódicos y radiodifusoras.

Pero, en relación con los perjuicios, no se encuentra en el presente pleito la demostración de que de los actos referidos de la sociedad se hayan derivado para el señor Vásquez consecuencias distintas de las de haber tenido que atender a esas actuaciones, perjuicios éstos indemnizados, como se ha dicho, con las costas. El proceso no acredita ninguno distinto, como lo serían, por ejemplo, el comercial o el moral.

Así las cosas, falta el elemento determinante de la condena demandada. En otras palabras: no habiéndose demostrado el perjuicio, mal podría decretarse su indemnización, y al propio tiempo que en tal virtud resulta intocable la absolución pronunciada, resulta también inoficioso considerar uno a uno los cargos contra la sentencia que la pronuncia, ya que de nada valdría

acompañar, si tal fuera el caso, al abogado de Vázquez en los conceptos de su exposición, si de ellos no podría llegarse a la conclusión condenatoria a que aspira, por impedirle la falta de la sujeta materia y base fundamental antedicha, cual es la demostración del daño.

Se ha entrado desde luego en estas consideraciones, no sólo por la trascendencia de la falta de esa prueba, sino también porque entre los cargos del recurrente, cuyo orden de examen corresponde a la Sala determinar (Código Judicial, artículo 537), figura el de error de apreciación de las pruebas referentes al perjuicio, del que deduce violación de ciertas disposiciones sustantivas.

En efecto, señala como quebrantados los artículos 1494, 2341, 2343, 2347 y 2356 del Código Civil, 65 y 66 de la Ley 31 de 1925, 20 de la 59 de 1936 y 8º de la 94 de 1931, a consecuencia de haberse dejado de tomar en cuenta las declaraciones de los testigos y el concepto pericial que en seguida se estudian.

En el cuaderno 3º se halla el acta de la inspección ocular practicada como prueba en la primera instancia el 20 de septiembre de 1940 (folio 58). Con motivo de esa diligencia hubo el experticio aludido. El perito nombrado por la sociedad, señor Emiliano Pérez, niega enfáticamente que Vázquez haya sufrido perjuicios (folio 69); el señor Francisco Barón, perito nombrado por el señor Vázquez, afirma que éste sí los ha sufrido; los separa entre directos e indirectos, así: éstos consisten en lo que en atención, tiempo y dinero han costado a Vázquez la oposición de la sociedad al registro de la marca, las diligencias sobre amparo, el pleito sobre cancelación y el presente juicio, y, avaluándolos uno a uno, llega a un total de \$ 5.100; y como directos; conceptúa que Vázquez ha sufrido los consistentes en la desvalorización de su marca, por no haber tenido su uso exclusivo, en fuerza de los actos de la sociedad, y los estima en \$ 5.000.

El doctor Rafael Madero, perito tercero en discordia, rindió concepto (folios 71 a 74) acompañando al principal señor Barón en lo atañero al grupo de perjuicios que éste llama indirectos y sólo se le separa en la cuantía que, para aquél por este capítulo llega a \$ 3.500; y en cuanto a los demás dice: "El demandado señor Vázquez Plata ha sufrido perjuicios no solamente materiales sino de orden moral, con la violación de su derecho de propietario de la marca "Vázquez Plata", pues a más de los gastos que ha tenido que hacer en defensa de sus derechos, ha tenido que quitarle tiempo a sus ocupaciones habituales de comerciante para ponerse en estado de defensa, ya suministrando a su apoderado

en los juicios los elementos indispensables para el logro de sus pretensiones, ya concurriendo a las diversas diligencias judiciales y administrativas, ya levantando las pruebas necesarias para hacer reconocer su propiedad, como el quebranto moral que sufre una persona ajena a pleitos y controversias, viendo que sus derechos son violados por otro sin causa ni razón justificativa, y siendo perseguido hasta el estado de cobrarle indemnización de perjuicios por defender sus intereses legalmente reconocidos."

En la segunda instancia declararon como testigos el prenombrado señor Barón y el señor Jesús Rodríguez Medina (cuaderno 6º, folios 8 a 10), sobre perjuicios sufridos por Vázquez, los que afirman y hacen consistir en los gastos de las referidas actuaciones administrativas, policivas y judiciales, por las erogaciones que Vázquez hizo y, principalmente, por el tiempo y atención que le impusieron, lo que para los testigos tiene suma importancia por la magnitud y diversidad de los negocios de Vázquez.

Estas declaraciones de testigos y el dictamen pericial citado en lo pertinente, son las pruebas de cuya falta de apreciación deduce el recurrente el quebranto de las referidas disposiciones sustantivas surgido de no haberse hecho la condena por perjuicios; pero, como bien se ve en el precedente sencillo análisis o resumen de aquéllas, los perjuicios de que hablan los testigos y los peritos que afirman que se causaron, consisten en las referidas costas y, en los demás, que sería, en su caso, lo que motivaría condena en este pleito, no es sino el perjuicio moral de que habla el perito tercero y del que no hay constancia distinta de sus palabras aquí transcritas, y el comercial nacido de la desvalorización de la marca que, a su turno, sólo figura en el dicho de uno de los expertos.

Lo que vale como decir que la prueba de tales perjuicios distintos brilla en el proceso por su ausencia. No puede acogerse, por tanto, el cargo de violar la sentencia recurrida las disposiciones citadas, en cuyo quebranto no puede pensarse sin haber prueba alguna de aquéllos.

Como se ha dicho ya, la falta de esta prueba hace improcedente el cargo e inoficioso estudiar los restantes; toda vez que, aun en el evento de acompañar al recurrente en el fondo científico de su exposición, no se podría llegar a la condena que de ésta él deduce.

Así por ejemplo, uno de esos cargos es el de error de hecho en la interpretación de la contrademanda, en cuanto el Tribunal la considera como basada en un conflicto entre la marca del contrademandante y el nombre del contrademandado, siendo así que, a diferencia de eso, según el abogado de Vázquez, la colisión de que

proviene su acción, tal como aquí la presenta, es entre su marca y el nombre de la sociedad usado como marca, por lo cual cita en su apoyo las disposiciones legales que dan acción de perjuicios al dueño de una marca contra el que la usa o la imita.

Inoficioso, repítese, seguir el erudito estudio del abogado para ver si el sentenciador acoge su distinción de que acaba de hablarse, porque, aun en caso afirmativo, la acción no le prosperaría, en fuerza de lo antedicho sobre falta de prueba de haber recibido el perjuicio de cuya indemnización se trata.

Del propio modo, inoficioso es también estudiar el problema que presenta cuando aduce la causal segunda de las del artículo 520 del Código Judicial fundado en que, por ese mismo error en la interpretación de la contrademanda, dejó el Tribunal de revisar el concepto del Juez sobre prescripción. Acontece que, como ya se informó aquí al hablar de los antecedentes, el Juez halló prescrita la acción, estimando que el caso es el del artículo 59 de la Ley 31 de 1925; y el recurrente se queja de que el Tribunal, si bien confirma la absolución del Juzgado, no entra en el estudio de la prescripción y, más aún, de que a la absolución llega por sendero distinto, cual es el de no hallar demostrada la procedencia de la acción, por no fijarse el Tribunal, según el recurrente, en que la colisión afirmada y planteada por la contrademanda es entre marca y marca, a virtud de que el uso del nombre por la sociedad para su edificio no ha sido como nombre sino como marca imitadora de la de Vásquez. De aquí deduce esta parte recurrente que el Tribunal dejó de fallar sobre algo de lo pedido y ese algo es nada menos que lo cardinal del pleito, porque falló sobre una colisión entre marca y nombre no propuesta, y dejó de decidir la reconvencción tal como debe entenderse a la luz de su parte petitoria y de sus hechos

fundamentales, en conjunto. Y agrega este recurrente que ello es más grave si se considera que el Tribunal acepta como viable la acción por colisión entre marcas para lamentarse de que no sea éste el presupuesto sobre el cual se ha deducido la acción.

Repítese una vez más que la ausencia de prueba del perjuicio hace inoficioso adentrar en este fallo el estudio de esos temas, toda vez que, por lo que hace al fondo del pleito doble, no habiendo aducido tal prueba ninguna de las partes y versando ambas demandas, la principal y la de reconvencción, sobre indemnización, la absolución de ambas se imponía en las instancias, y por lo que respecta a la casación, del propio modo y así fuese tan sólo por esa falta decisiva, no pueden acogerse los cargos formulados por una y otra de las dos partes litigantes, porque todos ellos conducen a sostener a la luz de las disposiciones sustantivas que cada cual de ellas cita, su derecho a la indemnización demandada, y mal puede reputarse quebrantada una disposición que confiere o de que nace ese derecho cuando no se demuestran los perjuicios.

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 nueve de abril de mil novecientos cuarenta y dos.

Sin costas. Publíquese, cópiese y notifíquese.

Testado: "a pagar", no vale. Enmendado: "ninguno", "el"; y entre líneas: "sobre el juicio principal", "o resumen", si vale.

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



Presunción de legitimidad del hijo concebido dentro del matrimonio de sus padres

Claros preceptos referentes al interés social y a los principios fundamentales que rigen la organización de la familia, estatuyen que el hijo concebido dentro del matrimonio se presume hijo del padre, calidad que no puede infirmarse sino en cuanto éste la impugne y gane el pleito y quede ejecutoriada la sentencia respectiva. Consecuente con esta situación legal, dispone el artículo 3º de la Ley 45 de 1936 que "el hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo que el marido lo desconozca y por sentencia ejecutoriada se declare que no es hijo suyo".

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El 31 de mayo de 1940 se repartió al Juzgado 8º de este Circuito la demanda en que por medio de apoderado solicita Edgard Schwartz se declare que es hijo natural suyo el menor Edwin John, equivocadamente apellidado Svendblad, y que Oscar Svendblad no tiene el carácter de padre de ese menor. La demanda señaló a este señor como demandado. Por medio de apoderado la contestó manifestando estar en todo de acuerdo con ella.

La primera instancia se cerró con sentencia de 29 de abril de 1941, que niega esas declaraciones por no tener el demandante personería sustantiva para solicitarlas. Apelada por ambos apoderados, cursó en el Tribunal Superior de Bogotá la segunda instancia, la que terminó con sentencia de primero de septiembre de 1942, que confirma la del Juzgado, no sin advertir como modificación que la acción incoada no es viable mientras no preceda la de impugnación de la legitimidad del menor y mientras esta acción, que corresponde a Oscar Svendblad, no esté fallada en el sentido de desconocer la paternidad de éste y su sentencia no esté ejecutoriada.

Recurrieron en casación ambos apoderados. El del demandante fundó oportunamente su recurso. El del demandado manifestó coadyuvar la

demanda de casación de aquél y renunciar todos los términos.

El Personero Municipal, oído en el Juzgado, se opuso por estar en pie la legitimidad del menor, nacido durante el matrimonio de su madre con el actual demandado y no impugnada por éste y citando, con el comentario del caso, tanto el artículo 3º de la Ley 45 de 1936, como los artículos 213 a 216 del Código Civil, el 20 de la Ley 57 de 1887 y la Ley 95 de 1890 en sus artículos 5º y 6º.

El Fiscal del Tribunal, oído por éste, alegó en el mismo sentido y forma.

El Procurador General de la Nación, oído por la Corte, acoge esos argumentos, agrega otros y los refuerza con citas de comentadores en detenido estudio de fondo, manifestando que ningún caso presenta ejemplo mejor que el presente sobre que la intervención del Ministerio Público en controversias de esta clase tiene como razón y fin la defensa del interés social y de los principios fundamentales que rigen la organización de la familia.

Ambas sentencias de instancia obedecen a las mismas opiniones del Ministerio Público a que se acaba de aludir y, por ende, se basan en que, estando acreditado que el prenombrado menor fue concebido por Blanca Soler durante su matrimonio con el demandado Svendblad, tiene por ley la calidad de hijo legítimo de éste, la que no puede infirmarse sino en cuanto éste la impugne y gane el pleito, y quede ejecutoriada la sentencia respectiva; y en que, consecuente con esta situación legal, la citada Ley 45 en su artículo 3º dispone que "El hijo concebido por mujer casada, no puede ser reconocido como natural, salvo que el marido lo desconozca y por sentencia ejecutoriada se declare que no es hijo suyo".

La demanda de casación aduce el motivo 1º de los del artículo 520 del Código Judicial y dentro de él en sendos capítulos formula el cargo de violación de los artículos 406 y 216 del Código Civil y 3º de la Ley 45 de 1936. Se estudian en el mismo orden en que se formulan.

I.—El artículo 406 dice: "Ni prescripción ni fallo alguno... podrá oponerse a quien se pre-

sente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros....”.

El abogado del demandante estima quebrantada esta disposición, en violación directa, porque su poderdante es el verdadero padre del menor, y como tal se presenta y sin embargo se le desoye.

Ante todo se observa una petición de principio, consistente en que da por probado ser el verdadero padre sin haberlo demostrado, entre otras razones por la decisiva de que a tal demostración le está cerrado el camino por la valla antedicha, esto es, la presunción legal de legitimidad del hijo y de paternidad del marido y la ausencia de un fallo ejecutoriado que las infirme.

Además, aquí no se ha opuesto al demandante ninguna prescripción y ningún fallo.

Ese artículo 406 figura entre las disposiciones generales del Título del Código sobre pruebas del estado civil, viene en seguida del 405 que señala una prescripción de corto tiempo para lo allí indicado, y después de disposiciones que han fijado una prescripción mucho más corta para la acción misma contra la legitimidad; los artículos inmediatamente anteriores al 405, precisan la persona del legítimo, contradictor e indican que puede ser representado por sus herederos cuando fallece estando el juicio en curso. Todas estas circunstancias, aunque a primera vista de mero detalle, concurren a explicar por qué el 406 preceptúa lo antedicho y a precisar a qué casos se refiere.

II.—El artículo 216 dice: “Mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio sino el marido mismo”.

Ya el artículo 213 de la misma obra (Código Civil), había dicho: “El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres, es hijo legítimo.”

Para sostener el cargo de violación del artículo 216, discurre el recurrente sobre que ante el espíritu de la Ley 45 de 1936, esa disposición es caduca y no se puede seguir aplicando por los Jueces, porque el propósito de favorecer a los hijos naturales, tan visible en esa ley, encallaría ante la abstención del marido de incoar la acción antedicha, por no pregonar su deshonor o por cualquiera otra causa, lo que, si se reputara vigente ese artículo 216, dejaría en desamparo a los hijos no suyos, por más que el verdadero padre quiera ampararlos.

Se considera: Indudablemente entre los fines de la Ley 45 figura ante todo el de amparar a los humanos nacidos fuera de matrimonio; y no puede entenderse como atentatoria contra la célula social que es la familia. Unánimemente los sentenciadores y el Ministerio Público han acen-

tuado en el presente pleito la trascendencia de la dicha presunción legal de legitimidad, basada en la confianza de que se cumple el juramento de fidelidad prestado en el acto del matrimonio, y que es prenda de la estabilidad del hogar y de la firmeza de la familia; y han insistido también, congruentemente, sobre la imposibilidad de que persona distinta del marido en vida de él promueva aquella acción, así fuese tan sólo porque él es el dueño de su honra y de decidir, cuando su mujer se la amenaza o quebranta, cómo ha de defenderla o vengarla y hasta dónde en guarda de sí mismo y de sus hijos haya de abstenerse de pregonar su deshonor. Y esto, sin hablar de otros innumerables peligros, entre ellos el de que, en són de defenderlo, se le manche atribuyendo a su mujer falta no cometida.

A la situación normal corresponde la ley reconociendo o estableciendo la legitimidad del hijo nacido durante el matrimonio de sus padres y dando, consiguientemente, por sentado que es hijo del marido de su madre; y a la situación excepcional contraria a este hecho corresponde la ley confiriendo al marido la potestad de infirmar esa presunción y de destruir ese estado civil en tal caso, es decir, cuando la apariencia de normalidad ha cedido el campo a la anormalidad a que se alude. Que esa acción, vivo él, no se confiera sino a él, es algo de tanto interés para el hogar, la familia y con ella la sociedad, como la referida presunción misma, por los innumerables motivos que se opondrían, según los contados ejemplos aludidos, a que, suplantándolo y adueñándose de lo que es de él como jefe del hogar, máxime tratándose del matrimonio moral suyo y de los suyos, un individuo, distinto de él, con enrevesada tutela sobre persona *sui juris*, pudiese ejercitar la acción.

III.—El artículo 3º de la citada Ley 45 quedó copiado ya aquí. El claro tenor de esta disposición está proclamando con más claridad y eficacia que esta ley mantuvo expresamente la referida situación del Código. Y, aunque éste se sostiene en fuerza de las reflexiones expuestas y muchas más que podrían aducirse para reforzarlas, bastaría el tenor literal del artículo 3º en cita para entender el caso como se ha hecho.

Diciendo esta disposición lo que dice, no se comprende cómo se acuse al Tribunal por haberla aplicado, siendo así que, según ella, el menor de que se trata en este pleito no puede ser reconocido como hijo natural, porque nació en diciembre de 1928, de modo que se le bautizó el subsiguiente enero como hijo legítimo de Oscar Svendblad y Blanca Soler, casados entre sí desde el 12 de noviembre de 1919, y porque no hay la sentencia ejecutoriada que declare que ese niño no es hijo de Svendblad.

El orden público, el interés social están de por medio en todas estas cuestiones. El estado civil es algo que, en fuerza de aquéllos, mal podría regirse por el capricho individual de los particulares. Estos son dueños de ejecutar o no ciertos actos; pero no lo son de establecer, o regular, o impedir sus consecuencias sociales y legales.

Relacionándolo con el último cargo ya visto, se formula también el de error en la apreciación de pruebas, el que el recurrente hace consistir en que, habiendo hecho el demandado sus manifestaciones aludidas de desconocimiento del prenombrado niño como hijo suyo y de coadyuvancia de la demanda del presente pleito y de la de casación, el Tribunal ha debido tomar nota de ello y hallar llenado así el requisito que echó menos y de cuya falta ha derivado su decisión. Para no compartir este concepto del recurrente basta recordar que el presente juicio no es el de impugnación, que aquí figura el marido como demandado, que en la aludida controversia reclamada él debe ser el demandante y el hijo el demandado, y, sobre todo, que con suma clari-

dad la ley exige, no el simple desconocimiento manifestado en la forma que aquí lo ha sido, sino una sentencia ejecutoriada que acoja la precisa acción de impugnación.

Las precedentes consideraciones hacen ver por qué no se admite ninguno de los cargos formulados en este recurso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el primero de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

Responsabilidad de las entidades de derecho público por perjuicios causados por sus agentes autorizados

Las entidades de derecho público obran por medio de sus agentes, y las faltas y errores de éstos comprometen la responsabilidad de la entidad en cuyo nombre obran, a menos que se trate de casos de culpa personal del empleado. No puede hacerse una desvinculación entre la entidad y el empleado o su representante, para atribuir directamente la culpa a éste, porque el empleado obra, y así se presume siempre, en nombre y representación de la entidad, y actúa con el poder que ésta le delega, como sucede siempre en la construcción de una obra y en todo lo que atañe a los servicios públicos. La anterior doctrina de la Corte es la misma sostenida por expositores como los hermanos Mazeaud, Hauriou y Bonnard, y la misma que ha sido expuesta en diversos fallos. Cuando se trata de una responsabilidad directa, como en el caso a que se refiere el pleito, en que el Municipio demandado debe responder, no es aplicable el inciso 2º del artículo 2358 del Código Civil que señala tres años para la prescripción de la acción, sino que rige al respecto la norma general que es la consagrada por el artículo 2536 *ibídem*, o sea, que el lapso para la prescripción es el de veinte años.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, abril siete de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Roberto J. Barreto, en su nombre propio, demandó al Municipio de Bogotá para que fuera condenado a indemnizarle los perjuicios causados en su casa de habitación y tiendas accesorias situadas en esta ciudad, que fueron destruidas por la inundación que produjo el río San Francisco en las crecientes sucesivas de los días 14 de octubre y 19 de noviembre de 1932.

Los daños ocasionados en su inmueble fueron causados, según afirma el demandante, por la defectuosa construcción del colector del mencionado río, obra que fue ejecutada por agentes o empresarios contratistas de dicho Municipio.

La casa y tiendas o locales que sufrieron los daños están, como se ha dicho, situadas en esta ciudad, la casa marcada en sus puertas de entrada con el número 105-A de la carrera 12 y los locales con los números 286-B, 288, 288-A y 290 de la carrera 10.

Surtida la tramitación de la primera instancia, el Juez del conocimiento, 1º del Circuito en lo Civil de Bogotá, desató la controversia declarando probada la excepción de prescripción y absolvió por lo tanto a la parte demandada.

Este fallo que tiene fecha 4 de septiembre de 1941 fue apelado por la parte demandante y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo revocó en sentencia de 26 de agosto de 1942 y en su lugar declaró que el Municipio de Bogotá es civilmente responsable de los perjuicios materiales sufridos por el demandante por motivo de las inundaciones provenientes de la defectuosa construcción del colector del río San Francisco, en el sector de la calle décima, en el barrio de San Victorino y que produjeron la destrucción de la casa y sus cinco locales de propiedad de Barreto. En tal virtud, condenó al Municipio a pagar al actor las siguientes cantidades: \$ 8.688.15 valor de la casa y sus cinco locales; \$ 12.600 producto líquido de la casa y sus locales desde el 19 de noviembre de 1932 hasta el 19 de noviembre de 1939, y \$ 225 mensuales por valor de arrendamientos, a partir del 19 de noviembre de 1939, hasta el día en que se verifique el pago.

El Municipio de Bogotá interpuso recurso de casación que concedido y tramitado pasa a decidirse.

La sentencia acusada se funda en lo siguiente: las entidades de derecho público son responsables por los daños ocurridos como consecuencia de errores cometidos por sus agentes en la organización técnica y en el funcionamiento de los servicios públicos. Esa responsabilidad es directa, aun cuando intervengan intermediarios, porque si éstos tienen el carácter de delegados o representantes de la entidad, y en nombre de ella proceden, no se trata de personas que estén bajo la dependencia de otra.

Sobre esta base y teniendo en cuenta que el actor demostró su derecho de dominio sobre el inmueble destruido por la inundación y dio la plena prueba acerca de la deficiencia del colector, construido de una manera antitécnica y sobre el dictamen pericial respecto de perjuicios y su apreciación en derecho, hizo la condena-ción que quedó ya expresada.

El Procurador Delegado en lo Civil, fundado en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, acusa la sentencia por haber dejado de aplicar al caso del pleito el inciso segundo del artículo 2358 del Código Civil; por interpretación errónea de dicho texto legal y por aplicación indebida del artículo 2536 de la misma obra.

El Tribunal concluyó que no estaba probada la excepción de prescripción a que se refiere el inciso 2º del artículo 2358, porque se trata de la responsabilidad directa, no de la indirecta, y por eso la prescripción en este caso, se rige por el artículo 2536.

El señor Procurador empieza por anotar que conoce la doctrina de la Corte sobre el particular; pero estima que en casos como el presente, la responsabilidad se deduce del hecho de un tercero, y entonces no es la entidad de derecho la autora del daño, por lo cual su responsabilidad es solamente indirecta y siendo esto así, debe aplicarse, en cuanto a la prescripción, la norma que sobre el particular establece el artículo 2358 citado.

Este es el único cargo en casación, respecto del cual se considera:

Las entidades de derecho público obran por medio de sus agentes, y las fallas y errores de éstos comprometen la responsabilidad de la entidad en cuyo nombre obran, a menos que se trate de casos de culpa personal del empleado. No puede hacerse una desvinculación entre la entidad y el empleado o su representante, para atribuir directamente la culpa a éste, porque el empleado obra, y así se presume siempre, en nombre y representación de la entidad, y actúa con el poder que ésta le delega, como sucede siempre en la construcción de una obra y en todo lo que atañe a los servicios públicos.

La anterior doctrina de la Corte, que es la misma sostenida por expositores como los hermanos Mazeaud, Hauriou y Bonnard, especializados en esta materia, se halla consignada en los siguientes fallos: 17 de septiembre de 1935 (*Gaceta Judicial* números 1907|8), 26 de mayo de 1936 (*Gaceta Judicial* números 1909|10), 21 de agosto de 1939 (*Gaceta Judicial* número 1950), y 10 de julio y 30 de noviembre de 1942, no publicadas aún en la *Gaceta*. Todos esos fallos han contemplado un problema semejante al pre-

sente y en esos juicios el demandado ha sido el Municipio de Bogotá, precisamente por la falta de técnica en la construcción del colector del río San Francisco.

En todos esos fallos la Corte, como se acaba de expresar, ha sentado la doctrina de que se trata de la responsabilidad directa; para mayor ilustración se transcribe lo pertinente de algunos de ellos: "...Esta teoría basada en la culpa *in eligendo* y en la *in vigilando* ha situado esta especie de responsabilidad indirecta del Estado por causa del funcionamiento de servicios públicos en el campo de la responsabilidad por el hecho ajeno; pero en realidad, esta forma de responsabilidad por otro que se presenta en los casos determinados por la ley, cuando una persona que está bajo la dependencia o cuidado de otra, ocasiona un daño a un tercero, que no pudo impedir el responsable con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe (artículos 2347, 2348 y 2349 del Código Civil), no es la que corresponde exactamente en tratándose de responsabilidad civil extra-contractual de personas jurídicas de derecho público; porque en estos casos no existe realmente la debilidad de autoridad o la ausencia de vigilancia y cuidado, que figura indefectiblemente como elemento constitucional de la responsabilidad por el hecho ajeno, ya que la calidad de ficticias que a ellas les corresponde, no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal, que se confunden con la actividad de la gestión. No se puede ordinariamente en el análisis de estos casos aislar la culpa del funcionario encargado normalmente de accionar el servicio público de lo que es propiamente su función legal. Generalmente son fallas del servicio público que comprometen la responsabilidad de la administración. No es falla en la elección del personal (culpa *in eligendo*) la base de la responsabilidad estatal que más bien debe buscarse en la previsión hacia los ciudadanos. (Casación 21 de agosto de 1939, *Gaceta Judicial* número 1950, tomo XLVIII).

En sentencia de 30 de noviembre pasado, la última hasta ese entonces que había pronunciado la Corte sobre el particular, se dijo esto: "Este cargo se justifica, puesto que no se trata de culpa de terceros por quienes la entidad demandada hubiera de responder a la manera que el padre por la de sus hijos o el empresario por la de sus empleados, como establece ese Código en sus artículos 2347 a 2349, por ejemplo, sino que ha de responder el Municipio por sí mismo, siendo así que se trata de obra suya y de negligencia suya, circunstancia decisiva que en manera alguna se desvirtúa o desaparece por

haberse valido de terceros contratantes. Sencillo sería en todo caso o por punto general, que cada cual se librara de su responsabilidad propia con sólo valerse de terceros para, entre otras cosas, reducir a su arbitrio la prescripción de la responsabilidad. Además, por lo que concierne al presente caso, ya se vio la ingerencia directa que el Municipio se reservó al contratar la obra."

Como en el caso de este pleito, por lo ya expresado, no se trata de la acción para la reparación del daño que pueda ejercitarse contra terceros responsables, sino que se trata de la responsabilidad directa, que es la del Municipio, en este caso, no es aplicable el inciso 2º del artículo 2358 del Código Civil que señala tres años para la prescripción de la acción, sino que rige al respecto la norma general que es la consagrada por el artículo 2536 ibidem, o sea, que el lapso para la prescripción es el de veinte años.

Resulta entonces que el cargo que se estudia no es fundado y que el fallador, al aplicar, como aplicó el texto del último artículo que acaba de citarse, se ciñó a la ley.

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

Sin costas.

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

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





REIVINDICACION

Al tenor del inciso 2º del artículo 955 del Código Civil el reivindicador que recibe del enajenador lo que se ha dado a éste por la cosa, confirma por el mismo hecho la enajenación. Esta norma legal es aplicable por igual a bienes muebles e inmuebles, dado que en ella no se hace distinción alguna y pueden reivindicarse las cosas corporales raíces y muebles (artículo 947 del Código Civil). El hecho de apropiarse el precio entraña necesariamente el conocimiento de la venta efectuada.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

Por escritura número 1392, de 31 de octubre de 1938, de la Notaría de Sogamoso, Julio R. Sandoval M. adquirió por compra de Miguel Santos Pérez un terreno ubicado en la antigua vereda de "El Cajón", jurisdicción del Municipio de Duitama, por los linderos generales allí especificados.

Más tarde, aparece el señor Lucio B. Salcedo vendiendo por escritura número 150, de 15 de abril de 1931, de la Notaría 1ª de Santa Rosa de Viterbo, al parecer con autorización verbal de Sandoval, una faja o zona de terreno comprendida dentro del inmueble anterior, expresando en el referido instrumento Salcedo que transfiriere a título de venta a Josué Matallana, quien compra para el Departamento de Boyacá y con destino al ferrocarril del Nordeste, una zona de terreno situada en las abscisas K. 233-577 a K. 233-4617 del expresado ferrocarril, con una longitud de cuarenta metros y una anchura de cuarenta y cuatro, lo que daba un área total de 2750 varas cuadradas. El precio de venta se fijó en la cantidad de \$ 27.00, que el vendedor declaró recibidos a su entera satisfacción.

Luégo de otorgada la escritura anterior de venta Sandoval recibió "de manos del señor Lucio B. Salcedo los \$ 27.00 que le dieron como precio, tan pronto como los recibió del comprador". Más tarde, cuando ya la zona vendida es-

ta ocupada por la empresa del Ferrocarril del Nordeste, a virtud de la adquisición que para este fin hiciera el Departamento de Boyacá, Sandoval declara en una certificación, luégo reconocida en el juicio, que no acepta dicha venta porque el valor de la zona lo estima en \$ 1.760; porque dejaron sin entrada a una parte del lote de su propiedad y porque cedía la zona para el servicio del ferrocarril y no para granjas y otros menesteres. Agregaba en dicha certificación: "De modo que no cedo la zona sino la vendo arreglándome la entrada al lote que quedó sin ella y pagándome a \$ 0.22 centavos por metro cuadrado o a \$ 0.20 centavos metro cuadrado, por haber recibido los veinte y siete pesos de la venta que hizo el señor Salcedo (sic)."

El proceso.

Con fecha 2 de diciembre de 1938, Julio R. Sandoval M., en ejercicio de la acción reivindicatoria, presentó demanda ordinaria contra la entidad denominada "Société Nationale de Chemins de Fer en Colombie", sociedad anónima domiciliada en Bogotá, solicitando se declare que dicho actor es legítimo dueño de la zona de terreno ubicada en Duitama y ocupada por el ferrocarril del Nordeste, con un área de 44 metros de largo por 40 de ancho, y determinada por los linderos que allí se indican; que la sociedad demandada, como poseedora actual de ese lote, está obligada a restituírsele, con los respectivos frutos civiles desde que el demandante fue privado de la posesión hasta el día de la restitución, frutos que estima en la cantidad de cinco pesos mensuales; y que se condene a la entidad opositora a las costas del proceso.

Por medio de sentencia fechada el 8 de mayo de 1941 decidió la primera instancia el Juez Civil de este Circuito, en la cual hizo todas las declaraciones suplicadas por la parte actora. En consecuencia, declaró que Sandoval era el dueño de la faja de tierra ocupada por la Sociedad demandada; ordenó la restitución de dicha zona y condenó a la entidad opositora al pago de los frutos civiles, desde la fecha de la presentación de la demanda hasta que se verifique la restitución, los que serían determinados en la forma señalada por el artículo 553 del Código Judicial.

La sentencia acusada.

Por virtud de apelación intentada por la entidad demandada, conoció de la segunda instancia de este juicio el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien la falló en providencia de 4 de diciembre de 1941, confirmando los apartes primero y cuarto de la parte resolutive y revocando los numerales segundo y tercero del fallo apelado. De manera que el Tribunal sostuvo la declaración de dominio que hizo el Juez *a quo*, a favor del doctor Sandoval y la absolución en las costas del proceso; pero revocó la orden de restitución de la faja o zona de terreno y la condenación al pago de los frutos civiles.

Para impartir esa decisión, se funda el Tribunal en que está debidamente demostrado que Sandoval seguía siendo dueño de la zona en disputa, dado que en la venta que Salcedo le hizo al Departamento de Boyacá, no apareció estipulando como mandatario de Sandoval, sino que se presentó obrando directa y personalmente como dueño. En concepto del Tribunal, tenía ciertamente la condición de mandatario, puesto que no otra significación puede dársele a la posterior confesión de Sandoval cuando dijo tenerlo encargado "para arreglar el paso del ferrocarril por mi lote", y era la venta la forma como podía realizarse; pero el mandatario no hizo uso de aquella facultad al contratar sino que, por el contrario, dijo formar parte dicha zona "de un globo de tierra de propiedad del vendedor", esto es, del mismo otorgante Salcedo. Y si la venta no fue hecha a nombre de Sandoval sino por un tercero, es claro que la inscripción de aquel instrumento no ha podido poner fin a la posesión inscrita de Sandoval, ni menos a su dominio.

Sigue diciendo el Tribunal que no vale argüir que Sandoval se apresuró a ratificar tácitamente la venta mediante el recibo del precio de la venta, tal como lo declara en la certificación que obra en autos, porque la doctrina tiene entendido que la ratificación es un nuevo contrato y una nueva declaración de voluntad, y en lo que se refiere a la venta de un inmueble no puede hacerse válidamente esa ratificación sino mediante las solemnidades que la ley exige para esta clase de contratos, ya que de otra suerte se desconocerían los principios que en el Código Civil reglamentan el sistema de la posesión inscrita de los inmuebles.

Pero niega el Tribunal la declaración de restitución de la zona porque considera que la sociedad demandada, propietaria del Ferrocarril del Nordeste, no fue en realidad poseedora sino mera ocupante de la faja, en calidad de simple tenedora. Se funda para llegar a esta conclusión

en que Salcedo vendió la zona al Departamento de Boyacá y no a la entidad opositora, y en ese caso viene a ser el Departamento quien posee el inmueble con ánimo de dueño. Sigue diciendo la sentencia que la sociedad demandada sólo entró a ocuparla, en virtud de la concesión que se le otorgó para explotar el negocio del ferrocarril, pero no tenía ni podía tener el *animus domini*, desde que entraba reconociendo al Departamento la condición de poseedor.

Agrega el Tribunal el argumento, este si equivocado a juicio de la Corte, de que para la fecha en que le fue notificada la demanda a la Compañía concesionaria, ya la concesión le había sido enajenada a la Nación; por lo cual, si en gracia de discusión pudiera aceptarse que el concesionario era poseedor, no podía sostenerse aquella calidad para quien a la fecha de la notificación dejó de serlo.

El recurso.

Interpusieron recurso de casación ambas partes litigantes, en aquella parte del fallo de segunda instancia que consideraron desfavorable, respectivamente. Se procede a estudiar, en su debido orden, los reparos que hace a la sentencia la parte recurrente demandada, por estimar la Sala que son fundados y que deben, en consecuencia, producir la infirmación del fallo acusado. De esta manera expresa el cargo el apoderado de la parte demandada:

He dicho que la venta hecha por Salcedo fue ratificada por Sandoval, recibiendo el precio de aquella. Mas a eso objeta el Tribunal que la ratificación, para que sea válida, ha debido hacerse con las formalidades de una escritura pública registrada, por tratarse de la transmisión de un bien raíz. Muy digno de notarse es el artículo 955, inciso 2º del Código Civil, que dice: "El reivindicador que recibe del enajenador lo que se ha dado a éste por la cosa, confirma por el mismo hecho la enajenación."

Sostiene el recurrente que tal precepto es aplicable a bienes muebles y a inmuebles, ya que allí no se hace distinción alguna. Esa norma presta, a su juicio, decisivo apoyo a la tesis que viene sosteniendo, puesto que allí se declara que la enajenación se confirma por el solo hecho de recibir lo que se ha dado al enajenador, lo que implica que la ratificación se opera sin necesidad de que para ello se otorgue escritura pública.

Como consecuencia de este error de derecho en la apreciación de la certificación y de su reconocimiento en juicio, se dio indebida aplicación en el fallo al artículo 2177; lo que ocasionó a su vez, el quebrantamiento por aplicación indebida del artículo 789 del Código Civil.

Se considera por la Corte:

a) Viene plenamente acreditado en el proceso con el certificado suscrito por Sandoval y reconocido luego judicialmente por éste, que percibió del que aparece como vendedor, Salcedo, el precio de la venta de la zona destinada al ferrocarril del Nordeste.

En dicha certificación expone Sandoval: "reconozco que esta zona es de mi propiedad y que recibí de manos del señor Lucio B. Salcedo los veintisiete pesos que le dieron por dicha venta, tan pronto (sic) los recibió del comprador."

Al tenor del inciso 2º del artículo 955 del Código Civil, citado por el recurrente, el reivindicador que recibe del enajenador lo que se ha dado a éste por la cosa, confirma por el mismo hecho la enajenación.

Comoquiera que esta norma legal es aplicable por igual a bienes muebles e inmuebles, dado que en ella no se hace distinción alguna y pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles (artículo 947 del Código Civil), forzoso es concluir que por virtud de ese precepto el actor Sandoval ratificó la venta hecha por Salcedo, al recibir el precio de la venta, aun cuando éste hubiera procedido en nombre propio y no como recomendado o mandatario del primero. El hecho de apropiarse el precio entraña necesariamente el conocimiento de la venta efectuada, aun sin su autorización y reviste el carácter de una confirmación del contrato, que hace crear *a posteriori* un vínculo jurídico entre el comprador y el dueño del inmueble que ha recibido el precio. Aceptar otra solución equivaldría a reconocer un enriquecimiento sin causa, ya que el dueño podría conservar el precio de la venta y a la vez recuperar la cosa en virtud de la acción reivindicatoria, alegando que el enajenador no tenía autorización ni mandato para hacerlo o que tal comisión no fue conferida por instrumento público. Precisamente esta solución injurídica y aberrante, contraria al principio conmutativo de la compraventa, fue la que se quiso evitar con el texto legal antes señalado.

Podrían citarse otros casos semejantes, verbi gratia, el de la estipulación para otro, en el cual la aceptación del tercero puede ser expresa o tácita, al tenor del artículo 1506 del Código Civil. Lo que quiere decir que en este evento tampoco se requiere la formalidad de la escritura notarial, aun cuando la estipulación que favorece al tercero haya versado sobre el dominio de inmuebles u otro derecho real de parecida índole.

Aparece indudable que la sentencia acusada, al hacer caso omiso de tal manifestación del ac-

tor Sandoval, incurrió en error de derecho en la estimación de las pruebas consistentes en la certificación firmada por Sandoval y la diligencia de reconocimiento en juicio de esa manifestación de haber recibido los \$ 27.00, precio de la venta hecha por Salcedo al Departamento de Boyacá, con destino tal zona vendida a la obra del ferrocarril del Nordeste. Y al incurrir en este error quebrantó, por haberlo dejado de aplicar, el inciso 2º del artículo 955 del Código Civil, que indudablemente tiene carácter general para toda clase de bienes y entraña una proposición jurídica independiente, con vida y operancia propias. Por el mismo concepto infringió, por aplicación indebida, los artículos 789 y 2177 del Código Civil.

Fuera de lo dicho, que viene a herir el soporte básico del fallo atacado en casación, puede agregarse que el Tribunal sentenciador incurrió en un manifiesto error de técnica procesal al reconocer en este juicio reivindicatorio el derecho al dominio de la parte actora y luego negar la consiguiente restitución del inmueble y el pago de los frutos civiles, puesto que tratándose del ejercicio de la acción reivindicatoria y llegando el Tribunal a la conclusión de que la sociedad demandada no era la actual poseedora de la zona disputada, lo jurídico y lo que consulta la naturaleza y el fundamento de este medio procesal era que la acción no prosperara en ninguna de sus peticiones, ya que lo que suplicó y pretendía el actor no era una teórica declaración de dominio a su favor, que venía a resultar inocua, sino la devolución del bien para vincularlo a su persona y a su patrimonio. De haber aspirado únicamente a obtener una lacónica declaración de dominio a su favor, sin ninguna consecuencia ulterior que hiciera regresar el bien a sus manos, otra hubiera sido la acción intentada, sin necesidad de señalar como demandada a la entidad opositora.

Corroboraba hasta cierto punto la tesis antes expuesta la doctrina que pregona la sentencia de casación de treinta de marzo de 1936, cuyo aparte pertinente dice:

"De ahí que la acción de reivindicación, tanto por su contenido como por su extensión, nunca sea idéntica, ni aun en mínima parte, al derecho de dominio de donde nace: por su contenido, en virtud de que la acción constriñe al poseedor al acto positivo de la entrega de la cosa, mientras que por la propiedad se adquiere el señorío sobre la cosa y una facultad de prohibición contra todos, la cual, desde el punto de vista pasivo, no

se configura como una obligación típica de omisión; por su extensión, debido a que la acción únicamente se endereza contra el infractor del dominio, y en cambio, la propiedad se dirige *erga omnes*". (*Gaceta Judicial*, tomo XLIII, números 1911 y 1912).

Consecuencia de lo dicho es que la sentencia debe infirmarse y al entrar en instancia, son suficientes las anteriores consideraciones para absolver al 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, casa la sentencia pronunciada en este pleito por el Tribu-

nal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 4 de diciembre de 1941, y previa revocatoria de la de primera instancia, dictada por el Juez 2º del Circuito el 8 de mayo de 1941, absuelve a la parte demandada de todos los cargos formulados en el libelo.

Sin costas, ni en las instancias ni en el recurso.

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

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

RECURSO DE HECHO

Tiene fuerza de sentencia definitiva la del superior que revoca otra del inferior que tiene ese mismo carácter, por más que el superior haya querido por medio de un simple auto interlocutorio revocar la sentencia recurrida. Esto es así, porque ya no rige el artículo 29 de la Ley 169 de 1896.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El 8 de mayo de 1940 el Juzgado 29 Civil del Circuito de Cali decidió en primera instancia el juicio ordinario seguido por María Luisa Caicedo, en representación de su menor hijo natural Luis Antonio Caicedo, contra Joaquín A. Collazos Vásquez y otros, a fin de que, teniéndose a ese menor como hijo natural del doctor Joaquín A. Collazos, reconocido en testamento, se le tuviese como legitimario en la sucesión de su padre, se reformase el testamento del mismo en que no lo tuvo en cuenta, se le reconociese lo que como cuota forzosa señaló la demanda y se anulase la partición verificada y protocolizada ya con prescindencia del hijo. También pidió la reforma de la partición en concordancia con la del testamento, y que se condenase a cada uno de los demandados a devolver lo que aquella partición les adjudicó.

El Juzgado hizo las más de las declaraciones pedidas. El Tribunal, después de tramitar debidamente la segunda instancia, dictó la providencia de 28 de noviembre de 1942, por medio de la cual revocó aquel fallo y, estimando que se había abstenido de estudiar y decidir algunos de los pedimentos materia del litigio, ordenó devolver el proceso al Juzgado, para que dictase un fallo completo, absteniéndose, por lo mismo, el superior de entrar en el fondo.

Contra esta providencia del Tribunal interpuso casación el abogado de la parte demandante, recurso que se le denegó en auto de 12 de febrero de 1943, por no tratarse, en concepto del Tribunal, de una sentencia, en el pleno sentido de la palabra, que por su calidad de tal quede dentro de lo que como sujeta materia de casación

señala el Código Judicial en su artículo 519. El interesado pidió reposición de este auto, y las copias pertinentes para recurrir de hecho, caso de no prosperarle el reclamo. No le prosperó, según auto de 10 de marzo que le concedió las copias.

Con éstas se presenta a la Corte en tiempo a fundar su recurso.

La abstención del Tribunal de entrar en el fondo no quita a su proveído de noviembre la calidad de sentencia definitiva, y para entenderlo así basta ver que revocó la sentencia definitiva del Juzgado. Este pronunciamiento de revocación no puede hacerse sino en sentencia. Así las cosas, tan sencilla reflexión basta para encontrar en la decisión del Tribunal aquella sujeta materia que éste no le halló, y, consecuentemente, para no poder echar menos allí la calidad aludida al hacer referencia al artículo 519 del Código Judicial.

Apenas habrá para qué advertir que en la presente incidencia no se está estudiando ese fallo en sí, sino tan sólo desde el punto de vista pertinente hoy día, que es el del recurso de hecho. No se está conceptuando, ni esto se podría aquí, hoy, sobre el proceder del Tribunal al abstenerse como lo hizo, al revocar y al devolver el proceso al Juzgado para que dictase un fallo completo, por estimar el superior que el de 8 de mayo no lo es; simplemente se está indagando si la decisión del Tribunal ha de reputarse o no sentencia definitiva, y si, desde este punto de vista, cabe o no el recurso de casación interpuesto en su día por el demandante. Y como, por lo dicho, la respuesta afirmativa sobre aquella premisa se impone, del propio modo se impone la prosperidad del recurso de hecho, siendo así que el de casación se negó porque el proveído del Tribunal de 28 de noviembre no lo tuvo éste por sentencia definitiva, y que la Corte si le reconoce esta calidad.

En providencia de 24 de julio de 1942 (*Gaceta Judicial*, tomo LIV, páginas 454 y 455), dijo esta Sala en caso igual al presente, agravado, si cabe la expresión, por la circunstancia de haberle dado el Tribunal a su sentencia la forma de auto interlocutorio:

“Aunque el Tribunal dio a la providencia sobre que versa el recurso la forma y denominación de

auto interlocutorio, es lo cierto que conforme a las disposiciones pertinentes del actual Código Judicial tiene calidad y fuerza de sentencia definitiva, toda vez que por medio de ella se revocó el fallo de primera instancia, cosa que no puede hacerse por un simple auto interlocutorio, porque la ley no lo autoriza o permite, pues ya no rige el artículo 29 de la Ley 169 de 1896, ni en el caso de estudio el inferior pretermitió alguna formalidad indispensable para fallar. Por tanto, la Corte toma la indicada providencia como sentencia definitiva para traerla a su jurisdicción, máxime cuando el haberse abstenido el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia constituye el 7º de los motivos de casación señalados en el artículo 520 del Código Judicial, lo cual da lugar al procedimiento indicado en el artículo 540 de allí”.

En el caso contemplado en la providencia parcialmente transcrita, el Tribunal se abstuvo de considerar el recurso de casación interpuesto, a diferencia del caso presente en que el Tribunal lo negó. Prosperando por lo antedicho el recurso de hecho, debe aquí estudiarse lo atañadero al de casación en sus demás aspectos, y al proceder así se encuentra que se llenan los demás requisitos de ley, pues a lo dicho se agrega que

la interposición fue oportuna y la hizo persona hábil, como fue el mandatario de la demandante. De otro lado, si en lo general ha de tomarse en cuenta la cuantía para la concesión, y de ella no hay dato, no es de echarse menos este detalle, porque entre las súplicas de la demanda, las más de las cuales exigirían ese requisito, hay algunas, comenzando por la primera, sobre estado civil, y a ese respecto esto basta.

En mérito de lo expuesto, se resuelve:

1º Admítase el recurso de hecho en referencia.

2º Concédese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en este juicio el veintiocho de noviembre último por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, a quien se oficiará para que remita el expediente de este juicio a la Corte Suprema de Justicia, transcribiéndole la presente providencia.

Notifíquese.

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

PACTO DE RETROVENTA

1—No habiendo regulado la ley civil el procedimiento que había de seguirse cuando el vendedor quería hacer uso del pacto de retroventa, el Código Judicial vino a colmar ese vacío en los artículos 1097 y siguientes. Así, pues, para que el pacto de retroventa produzca efectos, principalmente contra terceros, y entre los contratantes, se hace indispensable que se otorgue la correspondiente escritura, para darle estabilidad jurídica a los bienes afectados por ese pacto o que se resuelva el contrato y se cancele el registro del título, en los casos allí previstos. El pacto de retroventa, que ha de ser expreso, se ha considerado como una condición resolutoria y potestativa respecto del vendedor.

2—En ninguna parte de la ley civil se ha prohibido al vendedor que estipula un pacto de retroventa, renunciar los derechos que emanan de ese pacto. No existiendo esa prohibición no puede villarse el inciso, 2º del artículo 6º Ni el orden ni las buenas costumbres se menoscaban con la renuncia de los derechos que emanan de un pacto de retroventa, que sólo mira al interés individual del renunciante, y que no está prohibida por la ley. La renuncia de los derechos que emanan de un pacto de retroventa no está comprendida en ninguno de los numerales del artículo 1521 del Código Civil. La renuncia no está prohibida por la ley, y por tanto, no tienen aplicación los artículos 1523 y 1526 del mismo Código.

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

Suscitóse este litigio por la ocurrencia de los hechos que van a puntualizarse:

El 28 de agosto de 1932, la señora Ester Lizarazo le vendió al señor Rozo Báez, una casa en Soatá, y las fincas rurales llamadas *Huerta Vieja*, *La Palomera* y *Los Citos*, reservándose la vendedora, según se estipuló en la cláusula 4 del contrato, el derecho de readquirir los bienes vendidos durante el término de cuatro años, mediante el reembolso al comprador de la suma recibida como precio de la venta, que fue el de \$ 500 moneda legal. En 1º de septiembre del mismo

año, el señor Rozo Báez otorgó ante testigos y a favor de la señora Ester Lizarazo, un recibo que fue reconocido en la misma fecha ante el Notario segundo del Circuito de Soatá, por la suma de \$ 500, en el cual hace constar el otorgante que con esta consignación “queda cumplida por parte de la señora Lizarazo la condición resolutoria a que se refiere la cláusula 4 de la escritura antes mencionada, y que desde esa fecha, ella continúa en la posesión y tenencia de los bienes que había vendido con pacto de retroventa, restando únicamente el otorgamiento de la respectiva escritura de retracto por parte del señor Báez, lo que hará tan pronto como dicha señora lo exija judicialmente, conforme a las normas pertinentes de procedimiento”; en 4 de noviembre de 1933, Rozo Báez, Ester Lizarazo y Heli Báez, por escritura número 204 hicieron constar que el primero de los nombrados vende al último, la nuda propiedad de los mismos bienes, que antes le había comprado a la señora Lizarazo, y ésta, por su parte, manifestó que renunciaba al pacto de retroventa consignado en aquel título; en 1938, en 24 de abril, Eli Báez vendió al señor Plinio, del mismo apellido, los bienes que había comprado al señor Rozo Báez; en 1º de julio de 1938, Plinio Báez hipotecó esos bienes a Isaías Rojas Báez, como garantía de un crédito, por la suma de \$ 1.200; el 19 de junio de 1938, la señora Lizarazo, considerándose aún dueña de los bienes materia de estas diversas transferencias, le dio en venta al doctor José María Nieto Rojas, los mismos bienes a que se ha hecho referencia, haciendo constar la otorgante que por esa misma escritura vendía todos los derechos y acciones “que tuviera para hacer valer sus derechos de dominio y propiedad sobre los bienes vendidos contra cualesquiera personas que los reclamaran, pudiendo así el comprador ejercitar las acciones judiciales que fueran necesarias a tal fin”.

El doctor Nieto Rojas, provisto del título a que se ha hecho referencia, promovió demanda civil ordinaria contra la sucesión del finado Rozo Báez, contra la sociedad conyugal ilíquida representada por la señora Mercedes Rojas y sus hijos Heli y Plinio Báez, y personalmente contra éstos, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

“Primera. Que la señora Ester Lizarazo, en tiempo oportuno, hizo uso del derecho de retro-

venta que se reservó en la cláusula cuarta de la escritura pública número doscientos cuarenta y cuatro, de fecha veintiocho de agosto de mil novecientos treinta y dos, otorgada ante el Notario Público segundo principal del Circuito de Soatá, en virtud del cual ella podía volver a adquirir las fincas vendidas al señor Rozo Báez, por medio de esa escritura, reembolsando al comprador igual cantidad de dinero al determinado en la citada escritura pública, o sea la cantidad de quinientos pesos (\$ 500) moneda corriente, como en efecto lo hizo a entera satisfacción del otro contratante, señor Rozo Báez.

“Segunda. Que como consecuencia del reembolso que la señora Ester Lizarazo hizo al señor Rozo Báez de los quinientos pesos ya dichos, en cumplimiento de la cláusula cuarta de que antes se habló, quedó resuelto el contrato de compraventa de bienes raíces, consignado en la escritura pública número doscientos cuarenta y cuatro, de veintiocho de agosto de mil novecientos treinta y dos, otorgada ante el Notario Público segundo de Soatá, celebrado entre la señora Ester Lizarazo y el señor Rozo Báez, y de consiguiente, desde la fecha de ese reembolso, que fue el día primero de septiembre de mil novecientos treinta y dos, volvieron al dominio y posesión de la señora Ester Lizarazo todos los bienes que habían sido objeto del contrato mencionado, o sean los siguientes inmuebles: (Los en esta cláusula especificados).

“Tercera. Que es nulo, de nulidad absoluta, o simulado o ficticio, el contrato consignado en la escritura pública número doscientos cuatro, de fecha cuatro de noviembre de mil novecientos treinta y tres, otorgada ante el Notario primero principal del Circuito de Soatá, celebrado entre Rozo Báez, Ester Lizarazo y Heli Báez, por carecer de consentimiento, objeto y causa, haber sido obra del engaño y el dolo, y no haber tenido los contratantes intención de celebrar ninguna especie (sic) de contrato por medio de esa escritura.

“Cuarta. Que se declare nulo, de nulidad absoluta, o ficticio y simulado, el contrato consignado en la escritura pública número ciento treinta, de fecha veinticuatro de abril de mil novecientos treinta y ocho, otorgada ante el Notario segundo del Circuito de Soatá, por el cual el señor Heli Báez dijo vender al señor Plinio Báez los inmuebles determinados en esa escritura, y que son los mismos detallados en la petición segunda de la demanda, por cuanto que ese contrato fue ficticio y simulado, no tuvo consentimiento, objeto ni causa, y fue celebrado con dolo”.

Subsidiariamente, solicitó que se hicieran estas declaraciones:

“1ª Que por falta de pago se resuelva el contrato de que habla la tercera petición principal;

“2ª O que en lugar de estas declaraciones se declarara venta de cosa ajena la realizada entre Rozo y Heli Báez, por la escritura número 204, del 4 de noviembre de 1933, otorgada en la Notaría primera del Circuito de Soatá, porque los bienes vendidos allí ya no pertenecían al vendedor en la fecha del contrato, sino a la señora Ester Lizarazo, por haber hecho uso del derecho de retracto;

“3ª O que en vez de las mismas declaraciones pedidas en los puntos tercero y cuarto, se declare que la renuncia de la señora Ester Lizarazo al pacto de retroventa contenido en la escritura antes citada, y que se reservó en la escritura número 244 del 28 de agosto de 1932 otorgada en la Notaría segunda del mismo Circuito no tiene valor o es nula por haberse consumado la retroventa desde el primero de septiembre de mil novecientos treinta y dos, mediante el reembolso del precio de la venta al comprador Rozo Báez y haber declarado éste resuelto el contrato, y además, por haberse obtenido esta renuncia de la señora Lizarazo con engaño y dolo, no haber habido en ella consentimiento y carecer de objeto y causa lícita;

“4ª O que en lugar de las mismas citadas declaraciones, se declarara que la señora Ester Lizarazo no vendió ninguna clase de bienes por la referida escritura número 204, del 4 de noviembre de 1933, ni recibió precio alguno por ese contrato;

“5ª. Que en lugar de la declaración pedida como principal en el punto cuarto (el octavo de la demanda), se declare resuelto el contrato de que allí se habla, por falta de pago;

“6ª Que en lugar de estas declaraciones, se declarara relativamente nulo el contrato contenido en la escritura número 130, del 24 de abril de 1938, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Soatá, por la cual Heli Báez vendió a Plinio Báez los inmuebles que allí se mencionan, por cuanto esos bienes eran de su esposa Lizarazo, y haberlos vendido sin las formalidades legales;

“7ª O que en vez de estas mismas declaraciones se declare que la venta contenida en esta misma escritura es venta de cosa ajena porque los bienes allí vendidos pertenecían a la señora Lizarazo a la fecha del contrato;

“8ª Que como consecuencia de estas declaraciones se ordene la cancelación del registro de las referidas escrituras números 244, del 28 de agosto de 1932, 204, del 4 de noviembre de 1933, y 130, del 24 de abril de 1938;

“9ª Que se declare que el demandante tiene el dominio y posesión de los bienes comprados a la señora Ester Lizarazo, conforme a la escritura número 123, del 19 de junio de 1938, ya citada, y

“10ª Que se condene a los demandados en las costas del juicio”.

Los demandados, a su turno, contrademandaron al doctor Rojas para que se declarara:

“Que el demandado Plinio Báez es tercer poseedor con justo título y buena fe de los mismos bienes inmuebles a que se refiere la demanda del doctor Nieto Rojas por habérselos comprado a su legítimo dueño Heli Báez, conforme a la escritura número 130, del 24 de abril de 1938, otorgada en la Notaría segunda de Soatá, y haber entrado a poseerlos el comprador desde la fecha del registro de este instrumento; que el mismo Plinio Báez es tercer poseedor con justo título y buena fe en relación tanto con el contrato celebrado entre Roza Báez y Ester Lizarazo con Heli Báez, conforme a la escritura número 204, del 4 de noviembre de 1933, otorgada en la Notaría primera de Soatá, como con relación con el contrato entre Ester Lizarazo y el demandante doctor Nieto Rojas, según la escritura número 123, del 19 de junio de 1938, otorgada en la misma Notaría; que como consecuencia de la primera declaración pedida, se declare que Plinio Báez tiene el dominio y posesión inscrita de los bienes inmuebles en cuestión; que la señora Ester Lizarazo, por medio de la escritura número 204, del 4 de noviembre de 1933, otorgada en la Notaría primera de Soatá, vendió los derechos que pudiera tener sobre los referidos inmuebles, y renunció al pacto de retroventa contenido en la cuarta cláusula de la escritura número 244, del 28 de agosto de 1932, de la Notaría 2ª del mismo Circuito, y en consecuencia, esa cláusula desapareció por voluntad de la señora Lizarazo desde la fecha de aquella escritura; que como consecuencia de esta última petición, se declare nulo, inexistente e ineficaz el recibo otorgado por Roza Báez a la señora Lizarazo, el primero de septiembre de mil novecientos treinta y dos, por haber concurrido esta señora al otorgamiento de la escritura número 204, del 4 de noviembre de 1933, con el fin de vender a Heli Báez los derechos que pudiera tener en los referidos bienes; que es nulo, inexistente e ineficaz por contener venta de cosa ajena, el contrato de venta y su inscripción, de los inmuebles cuestionados contenidos en la escritura número 123, del 19 de junio de 1938, otorgada por la señora Lizarazo y el doctor Nieto Rojas, por cuanto tales bienes ya los había vendido la misma señora a Heli Báez, y éste a Plinio Báez, según aparece de los títulos correspondientes; y que se condene al contrademandado en las costas del juicio”.

En primera instancia se finalizó el juicio con la sentencia de 27 de noviembre de 1940, que resolvió:

“Primero. Absuélvase a los demandados Mercedes Rojas, Heli y Plinio Báez de los cargos formulados en la demanda;

“Segundo. Decláranse probadas las excepciones de nulidad de contrato, carencia de acción y carencia de personería, formuladas por los mismos demandados;

“Tercero. Que el señor Plinio Báez R., varón mayor de edad y vecino de Soatá, es tercer poseedor con justo título y buena fe de los inmuebles que en seguida se detallarán, por haberlos comprado al señor Heli Báez, su legítimo dueño, por medio de la escritura pública número 130, de fecha 24 de abril de 1938, otorgada ante el Notario segundo del Circuito de Soatá: (A continuación se especifican).

Ambas partes apelaron para ante el Tribunal Superior de Santa Rosa, y esta entidad, en sentencia de 13 de marzo de 1942, confirmó la providencia del Juez sin hacer condenación en costas.

El señor Nieto Rojas interpuso el correspondiente recurso de casación, que se admitió, y que hoy se estudia por estar finalizada la correspondiente actuación.

El sentenciador apreció el recibo otorgado por el señor Roza Báez en el cual hizo constar que había recibido de la señora Ester Lizarazo la suma de \$ 500, para que quedara cumplida por parte de dicha señora, la condición resolutoria a que se refiere la cláusula 4 de la escritura número 244. Al apreciarlo, estampó estos conceptos:

“En efecto, aun descartando la insinceridad o simulación del hecho a que se refiere ese recibo, conforme lo sugiere la parte demandada, pues que el expreso y espontáneo reconocimiento de que fue objeto por parte del otorgante, por lo menos hace presumir la verdadera entrega de la suma ya expresada, es bien notorio que siendo la vendedora la señora Lizarazo, la persona en cuyo favor se estipuló aquella condición según la referida escritura, ella y no otra persona, como única favorecida con la compraventa, era la llamada a hacer la manifestación de su incumplimiento, porque de no ser así, no dejaría de presentarse el caso de que un comprador interesado por cualquier causa en deshacerse de los bienes que había adquirido en tales condiciones, expidiera por su cuenta un falso recibo para cumplir su designio. No es que se trate aquí, como erradamente lo entiende la parte demandada, de una contraescritura privada incapaz de producir efectos contra terceros conforme al invocado artículo 1766 del Código Civil, porque ni a su otorgamiento concurren ambos contratantes, ni con ello se introdujo variación al contrato de compraventa, para que por esta razón deje de tener eficacia, sino que no dimanando este acto de la parte en cuyo favor se estipuló la retroventa, ni menos aún del concurso de ésta con la obligada a sufrir los efectos de la

estipulación, se invertirían completamente los intereses de ambas al darle mérito al dicho recibo para resolver la compraventa”.

Agrega el sentenciador que aun concediendo la autenticidad del recibo, él sería un simple documento privado que no equivale en ningún caso al instrumento público que se otorgue para conocer la verdadera situación jurídica de los bienes afectados por un pacto de retroventa.

De estos apartes del Tribunal, toma pie el recurrente para acusar el fallo por apreciación errónea de las pruebas citadas, es decir, el documento privado y la escritura número 244, con error de derecho, quebrantando así por no aplicarlos al caso, los artículos 1939 a 1943 del Código Civil, y 1584, y por aplicación indebida del artículo 1873 de la misma obra.

Los artículos 1939 a 1943 regulan todo lo relativo al pacto de retroventa, y no puede negarse que en la escritura citada número 244 se estipuló expresamente la condición resolutoria conocida en nuestro Derecho Civil con el nombre de “pacto de retroventa”. Refiriéndose este litigio al advenimiento de esa condición resolutoria, de parte del vendedor, era lógico e indispensable que el Tribunal resolviera el punto litigioso dando aplicación a los mandamientos que regulan esa institución jurídica.

No cometió error de derecho al apreciar el recibo otorgado por Roza Báez a favor de la Lizarazo, porque las razones que invoca el Tribunal para rechazarlo, son irrefutables, porque, como con acierto lo dice el sentenciador, siendo una cuestión de orden público la de conocer en determinado momento la situación jurídica en que se encuentren los bienes vendidos con pacto de retroventa, y no obstante que se acepte que una vez cumplido ese pacto, vuelvan los bienes al dominio del vendedor, se impone por lo menos la formalidad de un acto público que cancele la inscripción anterior emanada de las mismas partes contratantes, para que así queden salvaguardados los derechos de terceros, que bien pudieran verse defraudados por compradores inescrupulosos y capaces de vender bienes que había recobrado su vendedor mediante el empleo de esta estipulación, como también pudiera suceder que un vendedor, diciendo haber recobrado lo vendido por el pacto de retroventa, de que no hizo uso, los volviera a vender, cuando en realidad no pertenecen al comprador.

Preceptúa la ley civil que el comprador de bienes con pacto de retroventa, tiene derecho a que se le dé noticia anticipada de que se va a hacer uso del pacto estipulado, dentro del tiempo que señala el artículo 1943, pero como la Ley civil no fijaba el procedimiento que había de seguirse cuando el vendedor quería hacer uso de ese pacto, el Código Judicial vino a colmar ese vacío para salvaguardar los intereses de ter-

ceros, dictando las disposiciones consignadas en los artículos 1097 y siguientes de esa obra, en los cuales se impone al comprador la obligación de otorgar una escritura en la respectiva Notaría, en que se declare que el vendedor hizo uso del pacto de retroventa, y si no se cumpliere por el comprador esa obligación, previa consignación del precio del retracto, el Juez declara la resolución del contrato, y dispone se cancele la inscripción del título en el registro, si fuere el caso.

Las anteriores disposiciones, tanto del Código Civil como del Judicial, están indicando que para que el pacto de retroventa produzca efectos, principalmente contra terceros y entre los contratantes, se hace indispensable que se otorgue la correspondiente escritura, para darle estabilidad jurídica a los bienes afectados por ese pacto, o que se resuelva el contrato y se cancele el registro del título, en los casos allí previstos.

Esta condición, que puede estimarse como de orden público, no se ha llenado al presente, y por ello hay que considerar que la señora Lizarazo no hizo uso del derecho que se reservó en la escritura número 244, por el pacto de retroventa. Así las cosas, no puede decirse con verdad y con justicia, que el Tribunal haya quebrantado las disposiciones que regulan el pacto de retroventa.

Este pacto, que ha de ser expreso, se ha considerado como una condición resolutoria y potestativa respecto del vendedor. Estas triviales premisas, son de valor inapreciable al presente caso. El recibo expedido por Báez a favor de la Lizarazo, no es suficiente para dar por cumplida la condición resolutoria, porque el reembolso de la suma que el comprador ha entregado al vendedor no es un pago sino el cumplimiento de una condición, la cual consiste en un hecho voluntario del vendedor, y nadie puede cumplir por el vendedor un hecho voluntario de éste, ni imponerle derechos que aquél no quiera ejercitar.

Respecto al artículo 1548, que el recurrente considera igualmente violado, se observa:

El Tribunal no falló nada relativo a la resolución del contrato celebrado por la Lizarazo con Roza Báez, y por consiguiente, no era el caso de decidir si el inmueble de que se trata tenía algún gravamen que constara en el respectivo título.

El fallador de Santa Rosa de Viterbo, después de varias consideraciones aducidas para rechazar la acción incoada, agregó como razón final de su fallo, que la señora Lizarazo hizo venta sucesiva de los mismos bienes a dos personas distintas, y que entonces cobraba imperio el texto del artículo 1873 del Código Civil, que da preferencia al comprador que goza de la posesión de los bienes vendidos, o en igualdad de circunstancias, al que primero haya entrado a

poseerlos, o tenga títulos más antiguos, y en este caso se halla en causahabiente del primitivo comprador Rozo Báez.

El Tribunal basó igualmente su fallo en que la señora Lizarazo, por escritura número 204, antes de vencerse el término del retracto o pacto de retroventa, manifestó que renunciaba a los derechos que tal pacto le concedía, renuncia que es perfectamente válida. Esta base del fallo no se ataca en casación. También afirmó el sentenciador, sin que este aserto merezca reparo alguno de parte del recurrente, que el doctor José María Nieto Rojas, de acuerdo con la escritura número 123, de 19 de junio de 1938, no había adquirido derecho alguno para ejercitar en nombre de la Lizarazo las acciones judiciales que pudieran emanar del pacto de retroventa, porque éste, de acuerdo con el artículo 1942 del Código Civil, no puede cederse. Este basamento del fallo tampoco ha merecido crítica alguna de parte del recurrente.

En lo que dice relación con las peticiones subsidiarias respecto de las nulidades o simulaciones de los contratos allí especificados, y de la resolución de los mismos por falta de pago, o al dolo consistente en las maniobras engañosas de los adquirentes Báez, el sentenciador afirmó que de las "pruebas traídas por el actor no resultan evidenciados de manera alguna los hechos en que se fundan esas peticiones, comoquiera que apenas se quiso establecer por medio de testimonios, en buena parte contrarrestados con los invocados por la parte demandada, el indicio derivado de la posesión ejercida por la señora Lizarazo sobre los bienes enajenados, conforme a la escritura número 244, de 28 de agosto de 1932, y luego transmitidos a los demandados Heli y Plinio Báez, y por el contrario, en cuanto a que en estos contratos no hubo pago del precio estipulado, varias son las declaraciones que obran, entre ellas las de los mismos funcionarios que autorizaron los instrumentos respectivos, en que se hacen afirmaciones completamente opuestas".

Estos basamentos de la sentencia se acusan por violación directa de la ley sustantiva, y por apreciación errónea de las pruebas de la simulación, y se señalan como quebrantados los artículos 1502, 1524, 1741, 1740, 1871 del Código Civil, y 2º de la Ley 50 de 1936.

No dice el recurrente en qué consisten esas violaciones, ni cuáles fueron las pruebas que apreció el Tribunal erróneamente acerca de la violación de esos pactos, y por consiguiente, es imposible considerar esas acusaciones por falta de fundamento.

Dícese que hubo infracción directa de los artículos 6º, 15, 16, 1521, 1523, 1526 y 1942 del Código Civil, por cuanto el Tribunal dio valor a la renuncia que Ester Lizarazo hizo en favor de

Heli Báez del derecho de la retroventa, estipulado en el contrato con Rozo Báez.

Se anota: en ninguna parte de la Ley civil se ha prohibido al vendedor que estipula un pacto de retroventa, renunciar los derechos que emanan de ese pacto. No existiendo esa prohibición, no puede violarse el inciso 2º del artículo 6º.

Ni el orden ni las buenas costumbres se menoscaban con la renuncia de los derechos que emanan de un pacto de retroventa, que sólo miran al interés individual del renunciante y que no está prohibida por la ley.

La renuncia de los derechos que emanan de un pacto de retroventa no está comprendida en ninguno de los numerales del artículo 1521 del Código Civil.

La renuncia no está prohibida por la ley, y por tanto, no tienen aplicación los artículos 1523 y 1526 invocados por el recurrente. El 1886 se refiere a la venta de cosas corporales o incorpóreas, y la señora Lizarazo no vendió los derechos emanados del pacto de retroventa, ni los cedió, para que pudiera decirse que se quebrantaron estas últimas disposiciones.

Se considera infringido el artículo 2577 porque el Tribunal exigió la formalidad de una nueva escritura pública, en la cual se hiciera constar que la vendedora había hecho uso del derecho de retracto, y que por consiguiente los bienes vendidos habían vuelto a entrar a su patrimonio.

El sentenciador no citó expresamente el artículo 2577 del Código Civil, pero es evidente que si la venta con pacto de retroventa, es una verdadera enajenación, ella debe estar sometida a la formalidad del registro, para que se efectúe la tradición de los bienes raíces, y si por este pacto el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, es indispensable para este recobro, es decir, para que el bien inmueble enajenado vuelva al poder del vendedor, que se cancele el primitivo registro, y esto no puede obtenerse sino otorgando una nueva escritura en que se haga constar, por parte del vendedor, el cumplimiento de la condición. Así lo exigen los artículos 1097 y siguientes del Código Judicial, y como el cumplimiento de la condición resolutoria contenida en el pacto de retroventa, por parte del vendedor, constituye una mutación de la propiedad en los bienes inmuebles, puesto que éstos vuelven a entrar a su patrimonio, es indispensable que esa mutación se haga constar, ante Notario Público, para fijar la situación jurídica en que ellos quedan, para la estabilidad de la propiedad, y para proteger los derechos de terceros adquirentes.

El quebrantamiento de los artículos 1530, 1536, 1544, 1939 y 1941, se hace consistir en que el Tribunal impuso la formalidad de un acto público

que cancelara la inscripción del contrato celebrado por los otorgantes con pacto de retroventa.

Estas acusaciones se rechazan con sólo recordar el procedimiento señalado por el Código Judicial para que se opere el retracto.

El quebrantamiento de los artículos 1849, 1857, 1880, 1928 del Código Civil, se hace consistir en la apreciación errónea de la escritura en que consta la venta que Roza Báez hizo a Heli, del mismo apellido, y hay apreciación errónea, dice el recurrente al considerar que Ester Lizarazo vendió por medio de esa escritura a Heli Báez, los mismos bienes que luego enajenó a Nieto Rojas, siendo así que en dicha escritura no se hizo venta de la Lizarazo a Báez. En ninguna parte de la sentencia asienta el Tribunal esta premisa. En subsidio, el sentenciador consideró que podría tratarse de la venta de unos mismos bienes a dos personas distintas, y que en este evento, preferiría el comprador que primero hubiera entrado en posesión, y ese comprador fue Roza Báez, causante de Heli, del mismo apellido, con anterioridad al doctor Nieto Rojas.

Por último, se acusa el fallo por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones deducidas por los litigantes, por cuanto el Tribunal no decidió sobre las excepciones perentorias

propuestas por Rojas en su alegato de conclusión de la segunda instancia.

Como ellas son, en resumen, las mismas peticiones que se formularon tanto en la demanda principal como en la de reconvencción, y éstas fueron decididas de fondo por el sentenciador, no puede decirse con justicia que éste haya dejado de resolver cuestiones formuladas en el libelo de demanda.

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

1º No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, de fecha trece de marzo de mil novecientos cuarenta y dos.

2º Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

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

ACCION DE NULIDAD DE UN REMATE

Varias veces ha dicho la Sala de Casación que el acto del remate en pública subasta puede ser enjuiciado en cuanto a su validez como un acto civil, como un contrato de venta en que el Juez representa al vendedor, y como una simple actuación judicial o diligencia procesal, y que la cuestión ha de examinarse y decidirse a la luz de disposiciones legales diferentes según sea una u otra la condición en que se considere: si como contrato, se rige por los principios y reglas sustantivos que gobiernan la teoría general de los actos y declaraciones de la voluntad, y si se considera como diligencia o actuación judicial, el problema de su nulidad cae bajo las disposiciones de la ley procedimental que determina las causas de su invalidación por falta de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes.

La nulidad que se pida con fundamento en la falta de formalidades especiales, unas antecedentes al remate, concomitantes y subsiguientes otras, determinadas taxativamente en la ley de procedimiento, sólo puede alegarse, una vez aprobado el remate, en juicio distinto del ejecutivo, con audiencia del rematante. (Artículos 451 y 457, inciso 2º, del Código Judicial).

La circunstancia de ser el pregonero de un remate menor de edad, en nada puede afectar la validez de aquél.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Se inició este juicio ante el Juzgado 1º del Circuito de Chiquinquirá con libelo de fecha 19 de julio de 1939, por medio del cual Leopoldo Martínez, en su propio nombre, demandó a Samuel Ortégón Casas y Ana F. Escamilla de Pinzón para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declarara la nulidad absoluta del remate de la casa números 8-75 y 8-79 de la carrera 4ª de la ciudad de Chiquinquirá, que era de propiedad del actor, y que fue rematada por el primero de los demandados en beneficio del segundo, el 18 de abril de 1938, en el juicio ejecutivo que Pedro L. Pinzón le siguió al actor ante uno de los Juzgados Municipales de aquella

ciudad; para que le indemnicen los perjuicios causados con tal subasta, y le paguen las costas del juicio.

La nulidad absoluta cuya declaratoria se impetra, según los hechos fundamentales de la demanda, se apoya en la pretermisión de formalidades sustanciales en la secuela del juicio ejecutivo, consistentes en haberse llevado a cabo el remate y la adjudicación del inmueble, no obstante haber pagado el ejecutado el importe de la deuda; en el hecho de haberse verificado la subasta pública fuera de las horas oficiales de despacho, a las 5 y 25 minutos de la tarde del día 18 de abril de 1938, con intervención de un pregonero menor de edad, y sin haberse dado los pregones preparatorios que ordena el artículo 1044 del Código Judicial.

Tramitado el juicio en legal forma, lo decidió el Juzgado del Circuito en primera instancia, con sentencia de 12 de marzo de 1941, en la cual absolvió a los demandados y condenó al actor en las costas del grado.

Subido el negocio al Tribunal Superior de Tunja, en virtud de la apelación que de esta providencia interpuso el demandante, fue decidido definitivamente en sentencia del 8 de octubre de 1941, en la cual, usando las propias palabras del sentenciador, "revoca la sentencia apelada, y en su lugar declara probada la excepción de petición de un modo indebido".

No se examina ni estudia en este fallo de segunda instancia la cuestión de fondo, esto es, si las irregularidades señaladas por el demandante en los hechos de su libelo y aducidas por él como fundamento de la nulidad pedida, son en realidad constitutivas de causales legales capaces de producir ese efecto, sino que se limita a declarar probada la excepción de petición de un modo indebido, que hace consistir en la circunstancia de que el demandante Martínez no comprendió en su demanda a Pedro L. Pinzón, parte como ejecutante en el juicio en que se incurrió en la pretendida nulidad, limitándose a dirigir su acción contra el solo rematador, que es un tercero en el juicio ejecutivo, cuya invalidación parcial se pretende.

EL RECURSO

El recurso de casación oportunamente interpuesto por el apoderado de la parte demandante, que hoy se decide por estar debidamente

preparado, se funda en la primera de las causas que enumera el artículo 520 del Código Judicial, y en su demanda fundamental se formuló contra la sentencia definitiva de segunda instancia los siguientes cargos por violación legal:

Infracción por errónea interpretación del inciso 2º del artículo 457 del Código Judicial, en que incurrió el Tribunal al considerar que la nulidad demandada era del juicio ejecutivo y no simplemente del remate, como lo dice el libelo de demanda, por lo cual no existe ninguna irregularidad en que se haya tramitado el juicio ordinario de nulidad entre quien se presenta como dueño de la casa y quien la remató, sin intervención del ejecutante cuya citación al juicio no era legalmente necesaria.

Al prescindir el Tribunal de fallar en el fondo por haber considerado que el ejecutante en el juicio en que se remató la casa ha debido ser demandado también, incurrió en error de hecho inductivo de violación del artículo 1043 del Código Judicial y consistente en haber dejado de apreciar las copias tomadas del juicio ejecutivo, especialmente el acta de remate, de las cuales aparece que la subasta se cerró fuera de las horas legales de oficina.

Incurrió asimismo el sentenciador en error de hecho y de derecho, que lo llevó a violar los artículos 6º y 1741 del Código Civil al dejar de tener en cuenta las pruebas —copias tomadas del citado juicio ejecutivo— que demuestran que el día en que se llevó a efecto el remate el ejecutado Leopoldo Martínez consignó en el Juzgado Municipal dinero suficiente para el pago de la obligación demandada, no obstante lo cual no fue suspendida la diligencia de subasta.

Se consideran los cargos.

Bien sabido es —lo tiene varias veces dicho esta Sala— que el acto del remate en pública subasta puede ser enjuiciado en cuanto a su validez, como un acto civil, como un contrato de venta en que el Juez representa al vendedor, y como una simple actuación judicial o diligencia procesal, y que la cuestión ha de examinarse y decidirse a la luz de disposiciones legales diferentes, según sea una u otra la condición en que se considere: si como contrato, se rige por los principios y reglas sustantivas que gobiernan la teoría general de los actos y declaraciones de la voluntad, y si se considera como diligencia o actuación judicial, el problema de su nulidad cae bajo las disposiciones de la ley procedimental que determina las causas de su invalidación por falta de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes.

En el caso presente se trata, no obstante el empleo del calificativo de absoluta aplicado a la nulidad que se impetra, no del remate considerado como contrato, sino como diligencia judicial, o por su aspecto procesal. Así se desprende de

la naturaleza de los hechos fundamentales del libelo, como de la razón cardinal que allí se alega, y que no es otra que la pretermisión de formalidades procedimentales para llevar a efecto legalmente la almoneda.

No cobija la nulidad demandada aquí la totalidad del juicio ejecutivo que ante el Juzgado 2º Municipal de Chiquinquirá adelantó Pedro L. Pinzón contra Leopoldo Martínez, por suma de pesos, y en el cual tuvo lugar el remate de la casa de propiedad del ejecutado a que se ha hecho referencia. El pedimento es bien concreto y claro, en el sentido de reducir la pretendida nulidad al acto de la subasta, por haberse llevado a cabo veinticinco minutos después de terminada la última hora de despacho judicial, por haber intervenido un pregonero menor y por no haberse dado los pregones preparatorios, esto es, por omisión de requisitos exclusivamente vinculados a la diligencia o acto del remate, que no tienen por qué afectar la actuación judicial antecedente.

La nulidad que se pida con fundamento en la falta de formalidades especiales, unas antecedentes al remate, concomitantes y subsiguientes otras, determinadas taxativamente en la ley de procedimiento, sólo puede alegarse, una vez aprobado el remate, en juicio distinto del ejecutivo, con audiencia del rematante (artículos 451 y 457, inciso 2º, del Código Judicial). Vinculado así de manera exclusiva el interés del juicio de nulidad al ejecutado, en cuyo beneficio y garantía se han establecido los trámites cuya pretermisión es inductiva de nulidad, y del rematante, para quien la diligencia de remate es fuente y título de su derecho de dominio, y cuya audiencia, por tanto, es exigida por la ley, no resulta legalmente fundada la tesis sostenida en la sentencia acusada, bajo la forma y denominación de excepción de petición de un modo indebido, fundada en la circunstancia de no haber sido demandado en este juicio ordinario, iniciado por quien fue ejecutado, al lado del rematador de la casa, el demandante en el juicio ejecutivo que culminó con el remate ante el Juez Municipal de Chiquinquirá.

Mas a pesar de no hallar la Sala apoyo legal al motivo aducido por el Tribunal para no entrar en el estudio de la cuestión planteada en la demanda a la decisión judicial, no hay lugar a que prosperen las pretensiones del actor, porque el examen de los motivos aducidos como base de la nulidad demandada demuestra que carecen de suficiencia legal al efecto y no aparecen plenamente demostrados en los autos, como pasa a verse.

Respecto de la primera pretendida ilegalidad, las copias del ejecutivo traídas al proceso sólo dan fe de que el día del remate —18 de abril de 1938— el ejecutado Leopoldo Martínez, junto

con memorial en que manifiesta que no acepta la liquidación judicial del crédito que se le cobra, consigna la suma de \$ 476 como la caución a que se refiere el artículo 1018 del Código Judicial y con el objeto de que fuera levantado el embargo de la finca que se iba a rematar. Esta suma, según constancia que se dejó en el acta de la diligencia de remate, fue retirada por el ejecutado ese mismo día, a pedimento suyo, en memorial que le fue resuelto favorablemente. No es posible configurar con esta ocurrencia procesal ninguna de las causales de nulidad que establece la ley, ni es posible tampoco emplazar el problema en el terreno del pago, aceptando la afirmación del actor, rectificadas por el acta, de que a pesar de estar pagado el valor de la ejecución, se hizo el remate, si con esto se quiere dar a entender que al ejecutado se le pagó dos veces el importe de la deuda. Ni aun aceptando que hubiera ocurrido el doble pago, podría enfocarse la cuestión desde el punto de vista de la nulidad procedimental de la subasta.

Afirma el demandante en el cuarto de los hechos fundamentales de su demanda, que luégo de haber él consignado la suma a que se ha hecho referencia, "el mismo Juez despidió a los postores Jesús Pérez y Alejandro Cortázar, diciéndoles en alta voz que ya no había remate, porque yo había pagado el valor de la ejecución"; pero en abono de este hecho, contradicho también por el acta del remate en que aparece que Alejandro Cortázar hizo postura previa la consignación del porcentaje legal, sólo adujo el actor el testimonio de los propios aludidos que en manera alguna lo sacan verdadero en su transcrita afirmación. Ambos testigos, Pérez y Cortázar, niegan haber oído las palabras que el demandante Martínez pone en boca del Juez Municipal de Chiquinquirá.

De acuerdo con el artículo 1043 del Código Judicial, el remate debe celebrarse en horas de despacho, y no puede cerrarse sin haber transcurrido tres horas de principiada la licitación. En pugna y contravención con este precepto, considera el demandante que se llevó a cabo la pública subasta cuya nulidad ha solicitado y quiere ver la prueba de esa irregularidad en el siguiente pasaje del acta de la diligencia judicial:

"..... Después de varias pujas que fueron anunciadas sucesivamente y mejoradas por los licitadores Ortégón Casas, Alejandro Cortázar y José Vega hasta llegar a la suma de mil setecientos pesos, que ofreció el doctor Ortégón Casas, el señor Juez, siendo las cinco y veinticinco de la tarde, hizo pregonar por varias veces, dan-

do por terminada la diligencia, la que se prorrogó en virtud de las varias pujas que se efectuaron....."

Podría decirse que no apareciendo determinada la hora precisa en que se dio comienzo a la licitación, la hora en que fue cerrada debe presumirse que es la que completa el lapso de duración obligatoria para el remate señalado en el artículo 1043 del Código de Procedimiento, que establece un término mínimo perentorio. Pero ni aceptando que la licitación se prolongó veinticinco minutos más allá de las tres horas obligatorias que exige la ley, extralimitando en ese breve lapso la duración del despacho judicial, puede considerarse que se ha pretermitido ninguna de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes, porque fuera de que una declaratoria de nulidad fundada en esa exclusiva circunstancia pecaría de excesivamente formalista, la prolongación de la subasta está dentro del espíritu de la ley, pues tuvo por motivo precisamente favorecer los intereses del ejecutado, dando oportunidad y campo a nuevas pujas que hicieran subir el valor del remate. Ya se dejó dicho que los trámites y formalidades que la ley establece para los remates de bienes tienen especialmente el significado de garantías y seguridades establecidas en beneficio de los deudores sometidos a cobranza por la vía ejecutiva.

Sobre el hecho de no haberse dado los pregones preparatorios a que se refiere el artículo 1044 del Código Judicial, ninguna prueba se adujo que abonara la certeza de tal afirmación, y por lo que hace a la circunstancia, que el ejecutado hizo constar en el acta de la diligencia del remate, de ser el pregonero que intervino en la licitación menor de edad, es un detallé banal y completamente insignificante, que en nada puede afectar la validez de esa actuación judicial.

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 Tunja el 8 de octubre de 1941, que ha sido materia de este recurso de casación.

No hay lugar a condenación en costas.

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

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

Reivindicación. — Apreciación de los indicios o de la prueba indiciaria en casación

1.—Ha sostenido la Corte en varias sentencias que los Tribunales tienen libertad para apreciar el valor legal de la prueba indiciaria, apreciación que ella no puede variar sino en muy limitados casos, como cuando se oponga abiertamente a la lógica, o a la evidencia misma de los hechos, porque equivaldría a enfrentar un criterio personal a otro, y por ello ha considerado que no es posible edificar sobre la estimación probatoria de unos indicios, los cargos de error de hecho o de derecho contra determinado fallo.

2.—De acuerdo con el artículo 594 del Código Judicial, una prueba calificada de incompleta no establece por sí sola la verdad del hecho, pero dos o más constituyen plena prueba si cada una está debidamente establecida y si son diversas, precisas y en estrecha conexión con el hecho averiguado. La Ley de procedimiento civil no ha definido lo que debe entenderse por prueba plena o completa; pero sí dice que la calificada por la ley de incompleta no establece por sí sola la verdad del hecho.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Heliodoro Muñoz, diciéndose dueño de un terreno ubicado en el sitio de *Canceles*, en jurisdicción de Pereira y alinderado como se indica en la escritura número 397, del 14 de julio de 1922, otorgada en la Notaría de Santa Rosa de Cabal, presentó, el 15 de julio de 1937, ante el Juez Civil del Circuito de Pereira, demanda ordinaria contra Eleázar Orozco, en la cual pidió:

“a) Que por sentencia firme sea condenado Orozco a entregarme o restituirme el terreno que dejé alinderado.

b) Que queda obligado Orozco, además, a pagarme los frutos naturales y civiles del terreno, y no sólo los percibidos sino los que yo hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo esa propiedad en mi poder.

c) Que se obligue al demandado a pagarme costas.”

El actor fundó su demanda en que adquirió el terreno por medio de la citada escritura número 397; en que no lo ha enajenado por ninguno de los medios indicados en la ley, y en que el demandado, “sin justo título o sin título que pueda contrarrestar el mío”, lo posee y ocupa materialmente, “llamándose equivocadamente dueño de él y haciendo en el fundo sin derecho actos de dominio.”

Admitida la demanda y corrido el traslado legal, Orozco la contestó negando el derecho del demandante y oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas.

Al primero de los hechos fundamentales contestó:

“No es cierto. El señor Heliodoro Muñoz no ha adquirido el terreno a que alude la escritura que cita en ese punto. Lo que ocurrió fue que el señor Heliodoro Muñoz se presentó a la Notaría de Santa Rosa de Cabal con un tercero que dijo llamarse Manuel A. Muñoz y suplantando el nombre y la persona del verdadero dueño de la finca, la transfirió, dizque a título de venta, al demandante. Esa escritura fue, pues, fruto de un delito. En las pruebas se verá si esta mi afirmación es o no cierta.”

El demandado propuso las excepciones de inepta demanda, falsedad del título con que se pretende reivindicar, dolo, carencia de acción y la genérica, o sea todo hecho en virtud del cual la ley desconoce la existencia de la obligación o la declara extinguida si alguna vez existió.

Además, presentó demanda de reconvencción, en la cual pidió que se declarara:

“a) Que el señor Manuel A. Muñoz, mayor de edad y vecino de Pereira, no concurrió al otorgamiento de la escritura pública número 397, del 14 de julio de 1922, pasada en la Notaría de Santa Rosa de Cabal; que se suplantó la persona y se fingió la firma del verdadero Manuel A. Muñoz al pie de ese instrumento y que por lo mismo éste no transfirió el dominio del inmueble que allí se hizo constar en favor de Heliodoro Muñoz;

b) Que como consecuencia de la declaración anterior, es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de compraventa que se hizo constar en la escritura pública número 397, de 14 de julio de 1922, pasada en la Notaría del Circuito de Santa

Rosa de Cabal, nulidad que proviene de ser falso ese instrumento por suplantación de la persona del otorgante vendedor, y que por lo mismo debe cancelarse la inscripción del registro correspondiente en la respectiva oficina de esta ciudad;

c) Que Heliodoro Muñoz está en la obligación de pagar a mi mandante, dentro del término que la sentencia le señale, la cantidad de mil pesos (\$ 1.000.00) moneda corriente, o lo que se estime por peritos en el curso del juicio, por concepto de indemnización de los perjuicios que le ha causado, primero con el denunciado como de su propiedad, avalúo y secuestro del inmueble alinderado en el punto primero de los hechos expositivos de esta demanda, diligencias que se llevaron a cabo en el juicio ejecutivo que ante el Juzgado 2º de este Circuito instauró Eduardo Botero contra Heliodoro Muñoz, y segundo, de los que le cause en el juicio ordinario que ahora motiva esta contrademanda; y

d) Que debe pagar las costas.”

A esta demanda contestó Muñoz negando los hechos y oponiéndose a la acción intentada. Propuso, también, la excepción de prescripción.

Llegada la oportunidad legal, el Juez del conocimiento desató el pleito por sentencia del veintinueve de agosto de mil novecientos treinta y ocho, así:

“1º SE DECLARAN no probadas las excepciones propuestas por el apoderado de Eleázar Orozco en la demanda principal.

2º SE CONDENA a Eleázar Orozco a restituir a Heliodoro Muñoz, dentro de seis días, a contar de la ejecutoria de esta providencia, un lote de terreno ubicado en el paraje de *Canceles*, de esta jurisdicción, alinderado así: De un mojón de piedra que está en el borde del camino hasta un mojón que está enfrente de la casa de Ciriaco Jaramillo; de aquí, línea recta a la boca de la chamba; ésta abajo hasta su terminación; de aquí, línea recta, a un mojón lindero con Isauro Hernández; siguiendo de para abajo a un amagamiento; éste abajo a su desemboque en la quebrada *La Cristalina*; ésta arriba, lindando con terreno del mismo Gómez, hasta su nacimiento que está al frente del tejtar, y de aquí una recta a su primer lindero.

3º Igualmente se condena a Eleázar Orozco a pagarle al demandante los frutos naturales y civiles del mencionado inmueble, a partir de la contestación de la demanda, y no sólo los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.

4º No se hace la declaratoria solicitada sobre prescripción adquisitiva del dominio de la propiedad demandada.

5º NIEGANSE todas las declaraciones solicitadas por el apoderado de Eleázar Orozco en la demanda de reconvencción.

6º No se hace condenación en costas.”

Apelado este fallo por el demandado y agotada la tramitación de segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira lo confirmó el veinte de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, “con la aclaración de que, en la restitución de frutos a que es obligado el demandado, se abonarán los gastos ordinarios invertidos por él en producir aquéllos”, y sin condenar en costas. Salvó su voto el Magistrado doctor Mariano Jaramillo.

Tanto el Juez de la primera instancia, como el Tribunal, apoyaron sus decisiones en que no aparece plenamente demostrada la suplantación de la persona y firma de Manuel A. Muñoz en el otorgamiento de la escritura número 397, del 14 de julio de 1922, por lo cual no puede declararse nulo el contrato contenido en ella; en que de la confrontación de títulos aducidos por el demandante y el demandado prevalecen los de aquél, y en que no habiendo comprobado Orozco la posesión material suya y la de sus antecesores en el dominio del terreno sobre que versa el pleito, no es posible declarar en su favor la prescripción ordinaria alegada por él.

EL RECURSO

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el señor apoderado de Orozco, recurso que hoy se decide, por hallarse debidamente preparado.

Con apoyo en la primera de las causales que señala el artículo 520 del Código Judicial, el señor apoderado del recurrente formula cuatro cargos contra la sentencia acusada, a saber:

I. Error de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal, por apreciación indebida de una falsa prueba de dominio: la escritura número 397, del 14 de julio de 1922, otorgada en la Notaría de Santa Rosa de Cabal.

El Tribunal incurrió en tales errores por haber dado valor probatorio a esa escritura, “en que fue suplantada la persona de quien se dijo otorgante”, y por no haber tenido en cuenta, ni apreciado en su valor legal, las pruebas que el recurrente cita y analiza, con las cuales, en su concepto, está superabundantemente comprobada la falsedad de dicha escritura. Como consecuencia de esos errores, la sentencia viola los artículos 1502, 1510, 1524, 1526, 1759, 1949, 2673 y 2674 del Código Civil, y 234, 635 y 665 del Código Judicial.

II. Violación de los artículos 946, 950, 951, 961, 962, 965, 966, 981, 983, 2673 y 2674 del Código Civil y 343, 344, 877 y sus concordantes del Código Judicial.

Sostiene el recurrente que la acción intentada por Muñoz no es propiamente la de reivindicación sino la de entrega, a juzgar por la parte petitoria de la demanda, y que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho al interpretar ésta. Agrega que ha debido declarar probada la excepción de petición de modo indebido.

III. Violación de los artículos 719, 720, 730 y sus concordantes del Código Judicial, lo mismo que los preceptos sustantivos referentes a la acción de dominio, porque se falló el pleito en sentido favorable al demandante, sin que se hubiera identificado el predio objeto de la reivindicación, pues la inspección ocular que se practicó al efecto no se puso en conocimiento de las partes.

IV. Violación de los artículos 762, 764, 765, 768, 769, 778, 2512, 2513, 2527, 2528 y sus concordantes del Código Civil, por no haberse declarado en la sentencia la prescripción adquisitiva del dominio en favor del demandado, quien la alegó oportunamente y tiene derecho a la suma de posesiones de sus antecesores en la propiedad del terreno que se litiga.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

Se considera:

La Corte ha sostenido, en varias sentencias, que los Tribunales tienen libertad para apreciar el valor legal de la prueba indiciaria, apreciación que ella no puede variar sino en muy limitados casos, como cuando se oponga abiertamente a la lógica, o a la evidencia misma de los hechos, porque equivaldría a enfrentar un criterio personal a otro, y por ello ha considerado que no es posible edificar sobre la estimación probatoria de unos indicios, los cargos de error de hecho o de derecho contra determinado fallo.

En el presente caso la Sala, lejos de querer cambiar esa doctrina, la ratifica y confirma; pero sucede que la sentencia del Tribunal de Pereira se acusa no sólo por errónea estimación legal de algunos indicios, sino también por no haber apreciado otros, o mejor dicho, por no haberlos tenido en cuenta, y esto último hace que el primero de los cargos formulados por el recurrente sea procedente y permita a la Corte entrar a hacer el análisis de los distintos indicios que arroja el expediente para demostrar que la escritura número 397, atrás citada, no pueda tenerse como otorgada y firmada por el verdadero Manuel A. Muñoz, dueño entonces del predio sobre que versa el juicio.

El Tribunal únicamente tuvo en cuenta al respecto dos indicios: el que se desprende del auto de sobreseimiento temporal dictado en favor de Heliodoro y José Joaquín Muñoz, al cual no le asignó valor probatorio alguno, y el que sumi-

nistra el cotejo de las firmas de Manuel A. Muñoz, que calificó como prueba incompleta.

Sobre el particular dice la sentencia:

“Los peritos señores Luis Dávila y Jaime Llano Escobar llegaron a la conclusión de que la firma puesta en la escritura número 397 del año de 1922, en la cual se lee Manuel A. Muñoz, comparada con otras firmas en que Manuel A. Muñoz figura como otorgante, ‘no fueron hechas con la misma mano.’

Según norma del artículo 656 del Código Judicial, la prueba resultante del cotejo es incompleta; pero constituye un indicio más o menos grave o vehemente, según los fundamentos y valor del dictamen pericial, la reputación de la persona cuya firma o letra ha sido negada, la importancia de la obligación y otras circunstancias semejantes.

De acuerdo con el artículo 594 de la misma obra, una prueba calificada de incompleta no establece por sí sola la verdad del hecho, pero dos o más constituyen plena prueba si cada una está debidamente establecida y si son diversas, precisas y en estrecha conexión con el hecho averiguado. La Ley de procedimiento civil no ha definido lo que debe entenderse por prueba plena o completa; pero sí dice que la calificada por la ley de incompleta no establece por sí sola la verdad del hecho. Como en el presente caso no se presentaron por Eleázar Orozco distintas probanzas de las analizadas, o sean, el auto de sobreseimiento temporal pronunciado por el Juzgado primero Superior de Manizales y confirmado por el Tribunal y la diligencia de cotejo a que se ha hecho mención, no hay otras con qué coordinarlas para que preste en un conjunto de probaciones el valor indiciario que la ley atribuye a la de cotejo. Siendo eso así, no queda en el ánimo del fallador, para cuyo convencimiento se producen las pruebas, la convicción plena, completa y rotunda de que la firma puesta al pie de la escritura número 397 lo haya sido por distinta persona de la que corresponde y responde al nombre de Manuel Antonio Muñoz. Se repite, con la Corte, que la prueba resultante del cotejo es en todo caso un mero indicio, nunca un indicio necesario.”

Además de los dos indicios analizados por el Tribunal, de que se acaba de hablar, existen otros, debidamente demostrados en autos, que el fallador no tuvo en cuenta, o a los cuales no les dio su valor legal, omisiones éstas alegadas por el recurrente y en las cuales apoya los cargos de error de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal, cargos que la Corte encuentra fundados, porque esos indicios concurren a comprobar que Manuel A. Muñoz no compareció al otorgamiento y firma de la escritura 397.

Tales indicios son:

a) El señor Alejandro Arango I., Notario de Santa Rosa de Cabal ante quien se otorgó la escritura 397, declaró en la investigación sumaria, según copia auténtica que obra en este juicio, aducida como prueba oportunamente:

"En mi concepto el señor Muñoz (el verdadero Manuel A. Muñoz), a quien tengo presente, no fue el que otorgó la citada escritura, pues no recuerdo haberlo visto nunca en esta oficina. A mi parecer el individuo que otorgó tal escritura era más moreno y de fisonomía distinta." (Folio 5 vuelto. Cuaderno número 4).

b) El hecho de haber continuado Manuel A. Muñoz en posesión material, pacífica y tranquila de la finca vendida, hasta el veintiséis de febrero de mil novecientos veintiséis, en que la vendió realmente a Cristóbal López C. y Pedro Antonio Sánchez, por escritura número 219, otorgada ante el Notario Segundo de Pereira, en la cual consta que ese día hizo entrega material del predio a los indicados compradores; y

c) El hecho de que el sedicente comprador, Heliodoro Muñoz, hubiera dejado transcurrir quince años, lo suficiente para que prescribiera cualquiera acción penal contra él, para iniciar la acción reivindicatoria del terreno que según él adquirió por medio de la escritura número 397, sin preocuparse, durante ese largo período, por adquirir la posesión material de dicho terreno.

Conviene agregar, para mayor abundamiento, que el indicio que se desprende del cotejo de las firmas de Manuel A. Muñoz, calificado por el artículo 656 del Código Judicial como grave o vehemente, aparece en autos superabundantemente demostrado, pues no hubo al respecto un solo examen, sino varios, practicados por distintos peritos, todos los cuales estuvieron de acuerdo en sostener que la firma de la escritura 397 no fue puesta por Manuel A. Muñoz.

En efecto, sobre el particular existe lo siguiente:

I) Según se deduce del concepto emitido por el Fiscal en el sumario seguido para averiguar la responsabilidad penal de José Joaquín y Heliodoro Muñoz, reproducido en el auto de sobreseimiento que en copia auténtica obra en autos, fue negativa la prueba del cotejo de la firma de Manuel A. Muñoz.

II) En un juicio ejecutivo seguido en el Juzgado Civil del Circuito de Pereira por Eduardo Botero H. contra Heliodoro Muñoz, se embargó el predio de que se ha venido tratando, el cual se dejó depositado en poder de Eleázar Orozco, como actual poseedor, y después se desembargó, a petición suya. En ese juicio se verificó un cotejo de la firma de Manuel A. Muñoz con la

que figura al pie de la escritura 397, por los peritos doctor Jorge Mejía Palacio y Juan Bautista Osorio, según copia auténtica que aparece en autos. Dichos peritos dijeron:

"Las firmas autógrafas que se nos presentan para el cotejo, estampada la una en la escritura número 397, de 14 de julio de 1922, y las otras al pie del exhorto librado por el señor Juez 2º del Circuito de Pereira, ofrecen en nuestro concepto notables diferencias."

Los peritos explican en seguida ampliamente las diferencias que encuentran en las firmas y terminan su dictamen así:

"Por las anteriores consideraciones conceptuamos que la firma Manuel A. Muñoz, que aparece en la escritura número 397 referida, es de mano de un sujeto distinto al que estampó las firmas al pie del exhorto del señor Juez 2º del Circuito de Pereira y que dicen Manuel A. Muñoz V."

III) El 17 de marzo de 1939 se practicaron, decretados por el Tribunal en el término de prueba de este juicio, una inspección ocular y un nuevo cotejo de firmas, con los peritos señores Luis Dávila y Jaime Llano Escobar, quienes expusieron, según consta al folio 13 del Cuaderno número 4:

"Examinamos con cuidado la firma que aparece en la escritura número 397, de 14 de julio de 1922, como hecha por el otorgante Manuel A. Muñoz, y las que aparecen a folios 20 y 21 del expediente que se nos ha mostrado y que según certificación del Juzgado Civil del Circuito de Pereira fueron hechas por la persona conocida con el nombre de Manuel A. Muñoz. Del estudio y comparación de esas firmas deducimos que no fueron hechas por la misma mano. Existen diferencias caligráficas notorias entre la firma que aparece en la escritura número 397, de 14 de julio de 1922, y las que obran en el expediente."

En seguida los peritos detallan minuciosamente las diferencias que encuentran.

IV) A lo dicho por los peritos cabe agregar, la diferencia notable que a la simple vista puede observarse por el juzgador entre los caracteres caligráficos de la firma Manuel A. Muñoz, puesta al pie de la escritura 397, que aparece en la copia fotográfica visible al folio 16 del Cuaderno número 4, y las firmas auténticas de Manuel A. Muñoz V., visibles a los folios 20 y 21 vuelto del Cuaderno número 2.

Como atrás se dijo, la Sala encuentra fundado el primer cargo hecho por el recurrente a la sentencia que se revisa, porque la serie de indicios graves, diversos y concordantes que se acaban de enumerar y analizar, llevan a la con-

clusión evidente de que Manuel A. Muñoz no compareció a otorgar y firmar la escritura número 397, ni, por lo mismo, transfirió el dominio del predio de *Canceles* al demandante Heliodoro Muñoz. Habrá, pues, que infirmar la sentencia acusada, para dictar en su lugar la resolución que corresponda, sin que sea necesario estudiar los cargos restantes, por virtud de lo dispuesto en el artículo 538 del Código Judicial.

Las consideraciones que han quedado expresadas, unidas a otras que se exponen a continuación, sirven, a la vez, de fundamento a la sentencia de instancia.

En consecuencia, se absolverá a Eleázar Orozco de los cargos formulados contra él, y se acogerán favorablemente las peticiones pertinentes de su demanda de reconvencción.

No es el caso de condenar a Heliodoro Muñoz al pago de perjuicios a Orozco, porque no se comprobó que se le ocasionaran, pero sí habrá de condenársele en costas, por ser manifiesta su temeridad.

Heliodoro Muñoz propuso la excepción de prescripción, pero como no resulta comprobado que él haya poseído materialmente, en forma alguna ni en ninguna época, el terreno sobre que se litiga, la excepción no puede prosperar.

A virtud de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el veinte de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, revoca la de primera instancia, dictada por el Juez Civil del Circuito

de Pereira con fecha veintinueve de agosto de mil novecientos treinta y ocho, y en su lugar falla este pleito así:

PRIMERO: Deniéganse las peticiones hechas por Heliodoro Muñoz en la demanda que dio origen a este juicio, y, en consecuencia, se absuelve al demandado Eleázar Orozco de todos los cargos formulados contra él.

SEGUNDO: Declárase no probada la excepción de prescripción propuesta y alegada por el demandante Heliodoro Muñoz.

TERCERO: Declárase que es absolutamente nulo el contrato de compraventa que se hizo constar en la escritura pública número 397, del 14 de julio de 1922, pasada en la Notaría del Circuito de Santa Rosa de Cabal, nulidad proveniente de haberse suplantado la persona y falsificado la firma de Manuel A. Muñoz, que figura como otorgante vendedor. Por tanto, se ordena cancelar la inscripción del registro correspondiente a dicha escritura en la oficina respectiva, para lo cual se libraré el oficio del caso por el Juez *a-quo*, en la debida oportunidad.

CUARTO: Se absuelve a Heliodoro Muñoz de los demás cargos formulados contra él por Eleázar Orozco, en su demanda de reconvencción.

QUINTO: Se condena a Heliodoro Muñoz al pago de las costas de las instancias y del recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Hernán Salamanca.

Pensando menos en la justicia del caso particular —objeto exclusivo de las instancias—, que en la finalidad primordial del recurso de casación que es la uniformación doctrinaria de la jurisprudencia nacional, advierto respetuosamente que en mi concepto, dentro de la técnica del recurso, no es posible estructurar ningún error en la apreciación de la prueba indirecta en forma que autorice la casación del fallo y permita el análisis probatorio general del proceso. No basta que el sentenciador haya omitido la enunciación y estudio de hechos que en concepto de la Corte son fuente de inferencias

indiciarias para configurar un error de hecho, sino que es preciso que los indicios no apreciados sean de tal mérito y fuerza demostrativa que por sí solos establezcan la evidencia contraria a la adoptada por el sentenciador. Para que haya error de hecho evidente es indispensable que la cuestión de hecho no sea dudosa, y es obvio que en tratándose de prueba indiciaria siempre ha de serlo porque la calificación judicial de indicios, cuando no son necesarios, no es más que un cálculo de probabilidades.

En muy numerosas ocasiones ha dicho esta Sala que los Tribunales tienen amplia libertad

para apreciar el valor de la prueba indirecta en su especie indiciaria, y ha puesto de presente, con fundamento en la naturaleza jurídica del indicio, la especial dificultad que ofrece la demostración de errores de hecho o de derecho en su apreciación, conducentes a la violación de ley sustantiva, dentro del mecanismo técnico del recurso de casación.

“El error de hecho en la apreciación de las pruebas, que conduce a la violación de la ley sustantiva, y que autoriza a la Corte para casar, tiene que ser manifiesto, esto es, que aparezca tan de bulto y notorio, que sin mayor esfuerzo ni raciocinio se imponga a la mente.” (*Gaceta Judicial* XLIII, páginas 146 y 149. XLV, página 231. XLVI, página 414. . .).

“El error de hecho, en el sentido y condiciones necesarios para poder dar base a una casación, a condición, naturalmente, de producir infracción de precepto legal sustantivo, es un ‘error de entidad suficiente para producir en la inteligencia la convicción plena de que existe en la realidad, o sea un error consistente en la afirmación o negación inexacta de un hecho alegado.’” (*Gaceta Judicial* XLVI, página 424).

“Por regla general, dice el artículo 665 del Código Judicial, los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurren 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.”

(Casación, XLIII, números 1907 y 1908, octubre 30 de 1935, página 327).

“Tratándose de una cuestión dudosa, como siempre ha de serlo la estimación que se haga de la prueba indiciaria que no verse sobre indicios necesarios, es improcedente la alegación de error de hecho si no va contra la prueba misma de los hechos generadores de la inferencia indiciaria.”

(Casación, XLVII, número 1945, marzo 14 de 1939, página 699).

“Cuando se trata de avaluar y estimar la prueba indiciaria no se comete por el juzgador error de hecho sino en casos especiales en que su interpretación repugne a la evidencia clara y manifiesta que arrojen los autos. Se deduce reclamente esto de las normas que modelan la estimación de este medio probatorio, en especial del artículo 662 del Código Judicial. Queda así sometida a la conciencia del Juez la valoración de la prueba indiciaria, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de la sana crítica en materia de pruebas, y sin que deba ajustarse en su decisión a una rígida y estrecha tarifa de pruebas. En casación no es procedente la acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de los indicios sino en casos especiales en que su interpretación por el juzgador ha sido tan absurda que pugne con la manifiesta evidencia de los hechos, en otra forma demostrados en el proceso.”

(Casación, XLVIII, número 1950, octubre 26 de 1939, página 736).

Esta ha sido doctrina permanente de la Sala de Casación como puede verse en innumerables decisiones. En ella me fundo para dejar a salvo mi voto en la sentencia que precede.

Hernán Salamanca

Acción petitoria de pago de perjuicios.—Incongruencias

1.—No es posible estructurar una acción sobre indemnización de perjuicios contractuales sin demostrar plenamente que se ha celebrado el contrato y que uno de los contratantes ha dejado de cumplir las obligaciones que le corresponden y que deben servir de base a la indemnización demandada.

2.—Ha dicho la Corte, hasta el cansancio, que el cargo de incongruencia no puede existir en tratándose de fallos absolutorios en que se han analizado todas las cuestiones sobre que versa la litis.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaias Cepeda).

Se va a decidir hoy, por hallarse legalmente preparado, el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha veintiséis de julio de mil novecientos cuarenta y uno, por medio de la cual se confirmó, con costas a cargo de los actores, la que profirió el Juzgado 3º Civil de este Circuito, el veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta, que absolvió al señor Gabriel Pardo O. de los cargos que los señores Rafael A. Reyes y Magdalena García de Reyes le formularon, por medio de apoderado, en demanda ordinaria presentada el 26 de octubre de 1939.

Los demandantes y el demandado acordaron, en el mes de mayo de 1939, que éste compraría a aquéllos la hacienda denominada *Granada*, ubicada en jurisdicción de los Municipios de Zipaquirá y Nemocón, por la cantidad de \$ 54.000, y algunas sementeras, semovientes, enseres y herramientas destinados al cultivo y beneficio de la finca, por \$ 16.500. De ello se dejaron algunas constancias escritas, pero por razones que no aparecen suficientemente aclaradas en el proceso, el negocio no se verificó.

Fundado en esos antecedentes y en los hechos que relata en su demanda, el señor apoderado de los actores pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

“PRIMERA: Que se condene al señor Gabriel Pardo O. al pago de la suma de diez mil pesos (\$ 10.000) moneda legal colombiana, como per-

juicios sufridos por mis poderdantes y causados por Pardo O. con motivo de no haber comprado y pagado a mis representados la finca *Granada*, ubicada en jurisdicción de los Municipios de Zipaquirá, Cogua y Nemocón, y cuyos linderos se especifican en los hechos de esta demanda.

SEGUNDA: Que se condene al mismo Pardo O. a las costas del juicio, si hiciere oposición.

En subsidio, solicito de usted que se condene al mismo señor Gabriel Pardo O. al pago de los perjuicios que resulten probados en este juicio, o en principio, y por las mismas causas anotadas en la parte petitoria PRIMERA de esta demanda. Esa condena se hará extensiva a las costas, en su caso.”

Tanto el Juez de la primera instancia como el Tribunal opinaron que teniendo en cuenta los hechos fundamentales de la demanda, la indemnización que se solicita es de carácter contractual y no extracontractual, y consideraron que no aparece demostrado que entre los demandantes y el demandado se hubiera celebrado un contrato de bienes raíces, ni siquiera una promesa de contrato, a la luz de las disposiciones legales pertinentes, y que, en consecuencia, no hay fundamento jurídico alguno para condenar al demandado a indemnizar perjuicios.

EL RECURSO

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el señor apoderado de los demandantes, quien dice que acusa “la sentencia recurrida por violación directa de la ley sustantiva, por interpretación errónea de la prueba, por aplicación indebida y por no hallarse el fallo en consonancia con las pretensiones deducidas por los litigantes. Es decir, por las causales contenidas en los numerales 1 y 2 del artículo 520 del Código Judicial.”

El recurrente indica como violados por la sentencia los artículos 658, 754, 755, 1494 a 1502, 1601, 1602, 1608, 1609, 1610, 1760, 1849, 1857 y 1886 del Código Civil y 697, 721 y 723 del Código Judicial.

En lo tocante a interpretación errónea de pruebas, dice el recurrente:

“La sentencia recurrida ha negado todo valor probatorio y eficacia jurídica a las pruebas que oportunamente llevé al expediente y que se hicieron practicar con citación de la contraparte.

Para el Tribunal de nada valen las firmas estampadas por el señor Pardo O., ni lo que él confesó en las posiciones que por dos veces absolvió, ni la pericia que se llevó a cabo, ni las declaraciones de testigos. Nada de esto tuvo en cuenta, ni supo o quiso apreciar el Tribunal."

Luego se extiende en consideraciones para sostener que hubo entre los litigantes un "negocio cerrado", por concepto de ganados, enseres y herramientas por la cantidad de \$ 16.500, y "la venta pura y perfecta de la hacienda *Granada*, por valor de \$ 54.000".

Respecto de los perjuicios demandados, afirma el recurrente que aparecen demostrados por declaraciones de testigos "sobre las ventas que dejó de hacer doña Magdalena a otras personas que deseaban la finca, y por la pericia que se llevó a cabo, cotizando tales perjuicios en la suma de \$ 9.000".

Por último, la incongruencia entre lo resuelto en la sentencia y lo pedido en la demanda, la hace consistir el recurrente en que se absolvió al demandado no obstante estar debidamente probados, en su concepto, los hechos fundamentales de la acción incoada.

Alega que el Tribunal no tuvo en cuenta las pruebas aducidas, que no las valoró, que las pasó por alto, que hizo caso omiso de ellas y por eso absolvió al demandado.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

Se considera:

Como muy bien lo anota la sentencia acusada, no es posible sostener, jurídicamente, que entre los demandantes y el demandado se celebrara un contrato de compra-venta de bienes raíces, porque el inciso segundo del artículo 1857 del Código Civil, dice clara y terminantemente:

"La venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública".

En el caso de estudio no se otorgó la escritura pública necesaria para que se perfeccionara la venta de la hacienda conocida con el nombre de *Granada*, y de los semovientes, enseres y utensilios destinados al cultivo y beneficio de la finca, que también se reputan inmuebles conforme a lo dispuesto en los artículos 658 y 1886 del Código Civil. No llegó, por tanto, a celebrarse el contrato.

La parte demandante adujo, como pruebas de sus pretensiones, los siguientes elementos:

Una carta de fecha 15 de mayo de 1939, dirigida por Gabriel Pardo O. a Rafael A. Reyes, en que le ofrece comprar a *Granada* por \$ 54.000,

pagaderos como allí se indica; el duplicado de un papel escrito, firmado por Gabriel Pardo O. el 17 de mayo de 1939, en que se hace constar que Magdalena García de Reyes en su propio nombre y en nombre de su marido Rafael Antonio Reyes, quien la autorizó por carta, por una parte, y Gabriel Pardo O., por la otra, hacen constar que han cerrado el negocio de venta de "la hacienda *Granada*, ubicada en los Municipios de Zipaquirá y Nemocón, con todas sus anexidades y dependencias y con extensión de 805 fanegadas, según plano del ingeniero señor Joaquín Andrade F., por la cantidad de \$ 54.000", pagaderos en la forma allí expresada; otro papel firmado por Gabriel Pardo O. el 17 de mayo de 1939, en que se dice: "Negocio que hemos cerrado por los semovientes y enseres de la finca *Granada*", y se hace la lista correspondiente, por la cantidad de \$ 16.500; las posiciones absueltas por Gabriel Pardo O., en las cuales éste reconoce como suyas y auténticas las firmas puestas en los papeles mencionados, y dice que él tiene los originales de ellos, firmados por la señora Magdalena García de Reyes, pero afirma también que el negocio no se llevó a efecto, entre otras cosas que no menciona, porque la hacienda *Granada* no tenía las características ni la extensión convenida y que el plano del señor Andrade no era auténtico; y algunas declaraciones de testigos, que se refieren unas a que Pardo O. dijo que había comprado a *Granada*, y otras que la señora Magdalena García de Reyes dijo que la había vendido a Pardo O.

Ninguno de estos elementos probatorios, ni todos juntos, sirven para demostrar que se realizara el contrato de compra-venta de que se ha venido tratando, teniendo en cuenta lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 1857 del Código Civil, antes copiado.

Tampoco sirven los elementos probatorios de que se ha hablado para demostrar que entre los mencionados señores Pardo O. y Reyes se pactara una promesa de venta de la hacienda *Granada*, porque ellos no reúnen los requisitos que al efecto señala el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, es decir, no aparece claro que la intención de las partes fuera celebrar dicha promesa, ni se hizo constar por escrito, en papel competente y con las correspondientes estampillas, indispensables conforme a las disposiciones legales pertinentes sobre papel sellado y timbre nacional, ni se señaló un plazo o condición que fijara la época o fecha precisa en que había de realizarse el contrato, ni se determinó la finca y demás elementos que debían venderse, en la forma que exige el ordinal 4º del indicado artículo. De consiguiente, la supuesta promesa de contrato no produce obligación alguna, como lo enseña el mismo artículo.

Pero hay más: los actores solicitaron, como consta claramente de la parte petitoria de su demanda, que se condene a Pardo O. a pagarles los perjuicios sufridos "con motivo de no haber comprado y pagado" la finca *Granada*, lo que quiere decir que ellos aceptan también que no se realizó el contrato. (Obsérvese que nada se pide en relación con la compra o no compra de los semovientes, enseres, etc.)

Ahora bien: conforme al artículo 1546 del Código Civil, en los contratos bilaterales, cuando alguno de los contratantes deja de cumplir lo pactado, el otro puede pedir, a su arbitrio, la resolución o el cumplimiento del contrato, con la respectiva indemnización de perjuicios, pero no es posible estructurar una acción sobre indemnización de perjuicios contractuales, sin demostrar plenamente que se ha celebrado el contrato y que uno de los contratantes ha dejado de cumplir las obligaciones que le corresponden y que deben servir de base a la indemnización demandada.

De lo expuesto puede concluirse, lógicamente, que no son fundados los cargos formulados por el recurrente, de violación directa de ley sustantiva, por interpretación errónea de la prueba, ni por aplicación indebida.

En lo tocante al cargo de incongruencia entre lo pedido en la demanda y lo resuelto en la sentencia, fuera de que la Corte ha dicho, hasta el

cansancio, que tal cargo no puede existir en tratándose de fallos absolutorios en que se han analizado todas las cuestiones sobre que versa la litis, como ha sucedido en este juicio, en el presente caso ha quedado demostrado claramente, como antes se vio, que los demandantes no han comprobado, en forma alguna, que el señor Pardo O. esté obligado a indemnizarles perjuicios, pues no lograron acreditar la fuente contractual de donde pretenden hacerles provenir.

En consecuencia, no es posible infirmar la sentencia acusada y debe condenarse en costas a los recurrentes.

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

Las costas del recurso son de cargo de los recurrentes.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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





ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS

1.—No puede darse una interpretación irrestricta al artículo 2356 del Código Civil, en el sentido de que basta que se produzca un accidente, que se traduzca en daño, para que la víctima, alegando la existencia de éste y demostrando la relación de causalidad, eche la carga de la prueba al demandado. ¡No! La norma que acaba de citarse no tiene aplicación sino cuando a quien se designa como demandado estaba ejercitando una actividad peligrosa, por sí o por medio de una cosa que le pertenece.

2.—El inciso 4º del artículo 56 del Código Marítimo regla las relaciones entre el naviero o armador y la tripulación, pero no entre el naviero y terceras personas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

En las primeras horas del 25 de diciembre de 1937, como a las tres de la mañana, venía bajando el río Magdalena el bote denominado "La Niña" cargado de ladrillos, y no obstante que sus patrones avistaron las luces de un buque amarrado en el puerto de la Tropical Oil Company, buque denominado "Cascajales", el bote se estrelló contra uno de los planchones de dicho buque y se fue a pique.

Al verificarse el choque, los tripulantes de "La Niña" pidieron auxilio a los del "Cascajales" y éstos pudieron desembarcar salvos a aquéllos en los planchones del vapor.

Los empleados o tripulantes del "Cascajales" procedieron luego a efectuar las maniobras de salvamento del bote; pero, habiéndose roto la argolla que lo sostenía, se hundió por completo.

Estos son los hechos comprobados, los cuales interpreta así la parte demandante en este juicio: El bote "La Niña" se hundió por haber chocado contra uno de los planchones del vapor "Cascajales", debido a que tales planchones no tenían las luces reglamentarias y habiendo quedado atrapado debajo de los remolques del buque, se hundió por impericia del Jefe o Capitán del barco.

Sobre las bases anteriores la dueña del bote, que es la señora Mercedes Echeverría v. de

Recio, demandó a la sociedad denominada "Tropical Oil Company S. A." para que fuera condenada a pagarle las siguientes sumas: \$ 1.800 por concepto del valor del bote; \$ 650, valor del cargamento del bote y sus accesorios y \$ 80 mensuales por lucro cesante, desde la fecha del hundimiento del bote hasta el día en que se verifique el pago, más las costas del juicio.

La parte demandada aceptó el hecho del hundimiento de "La Niña" pero por impericia y descuido de sus tripulantes, y aseveró que el buque tenía las luces reglamentarias lo mismo que los planchones, y que éstos no ocupaban el cauce principal del río.

El Juez de primera instancia, 3º del Circuito de Barranquilla, en sentencia de 17 de septiembre de 1940, condenó a la sociedad demandada a pagar a la señora demandante la suma de \$ 1.148.50 diez días después de ejecutoriada la providencia.

Este fallo fue apelado por ambas partes y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en sentencia de 25 de noviembre de 1941 lo revocó, absolviendo por lo tanto a la parte demandada de todos los cargos de la demanda.

La parte actora interpuso recurso de casación, que procede a decidir hoy la Corte.

Sobre la base de que el vapor "Cascajales" y sus planchones estaban en el puerto que la Tropical tiene en Barranquilla y que se hallaban en estado de inactividad, atracado el vapor a los muelles, deduce el Tribunal que la prueba corre a cargo del demandante en su totalidad o sea que es éste quien debió suministrar la prueba de que los planchones no tenían las luces de aviso a que están obligados.

El Tribunal dice: "Situada la cuestión en este punto, se adelantan ideas que han de servir para encauzar la solución de este interesante problema. Las prestaciones demandadas llevan a concluir que se está en presencia de un caso de responsabilidad por culpa extracontractual o culpa aquiliana, cuando fuera de toda relación jurídica anterior, sin ningún vínculo preexistente, se viola un derecho ajeno amparado por la ley, en que el acreedor se determina solamente al consumarse el hecho ilícito que le causa perjuicio, y la responsabilidad se regla por las disposiciones del Título 34 del Libro 4º del Código

Civil, de las cuales el artículo 2341 reza: 'El que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro es obligado a indemnización.....' Acusada la compañía demandada de ser responsable del daño causado, por haberse estrellado el bote 'La Niña' contra uno de los botes que tenía a su lado el vapor 'Cascajales' de propiedad de aquella, encontrándose dicho barco en inactividad, atracado a los muelles, como se ha reconocido en la demanda, la carga de la prueba corre a cargo del demandante en su totalidad".

Para el Tribunal quien desarrollaba actividad por medio de sus patronos y tripulantes era el bote "La Niña", al paso que el vapor "Cascajales" con sus planchones estaba amarrado en su puerto propio que está constantemente iluminado. Dice el fallador: "Ello corrobora noticias del expediente, que el puerto de la Tropical está constantemente iluminado, y favorece en la presunción a favor de la compañía de que, por fuerza de disposiciones legales, tienen obligación de conservar los botes todas las noches luces de posición a babor y estribor, una verde y otra roja. Así lo dice también el certificado del Intendente Fluvial."

Más adelante se expresa así: "Al divisar éstos (los tripulantes) el vapor 'Cascajales', atracado y amarrado al muelle de su pertenencia, reconocido oficialmente para que los vapores y convoyes de la Tropical Oil Company rindan su viaje; es decir, para atracar allí como punto terminal de este puerto, al observar esto, como lo observaron, debieron tomar toda suerte de precauciones en orden a las maniobras para la acertada conducción del vehículo. No lo hicieron en tiempo por ignorancia, imprudencia, descuido o negligencia, y se estrellaron contra un bote del vapor 'Cascajales', como han podido estrellarse contra los grandes pilotes del Terminal Marítimo o cualquier otra embarcación o arrecife, y por lo tanto para el Tribunal sólo los conductores del bote perdido incurrieron en culpa".

Anota el Tribunal además que el patrono del bote perdido carecía de patente que lo acreditara como navegante hábil y competente.

Invocando la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, el demandante hace cuatro cargos a la sentencia, que pueden sintetizarse así: a) Violación del artículo 1757 del Código Civil por aplicación indebida y del artículo 2341 de la misma obra, por no haberlo aplicado. Hace consistir estas violaciones en que en su sentir era a la parte demandada, a la Tropical Oil Company, a quien correspondía la carga de la prueba, o en otros términos, hay una presunción de culpa en el artículo 2341 que pesa sobre la compañía demandada. Esta tenía que probar, según el recurrente, que no era responsable del hecho ilícito imputado, sin limitarse a negar el

hecho, sino apoyando esas negaciones en hechos positivos. Considerando las declaraciones que en su favor presentó la Tropical, el recurrente las analiza para sostener que el Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho al apreciarlas, con lo cual violó los artículos 698, por no haberlo aplicado al caso del pleito, 697 por aplicación indebida y 593 y 595, todos del Código Judicial, por interpretación errónea; b) en este cargo el recurrente acusa la sentencia por violación del artículo 697 del Código Judicial por no haberlo aplicado en relación con las declaraciones de dos testigos de la parte demandante, declaraciones hábiles que el Tribunal debió tener en cuenta; c) violación de los artículos 66 del Código Civil por interpretación errónea y 661 del Código Judicial por aplicación indebida. Funda esta acusación en la premisa que sentó el Tribunal, de que en el caso de autos la presunción de que si tenía las luces encendidas en los planchones favorecía a la parte demandada y en el asentimiento que prestó a este respecto al certificado del Intendente Fluvial; d) violación de los artículos 697 y 698 del Código Judicial, por cuanto el Tribunal afirmó que los testigos de la parte demandante fueron desmentidos por los de la parte demandada.

Alega además la causal segunda del artículo 520 por cuanto en su concepto la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes y funda este aserto en que el fallador de Barranquilla declara que el hundimiento del bote tuvo por causa el choque de éste contra uno de los planchones del "Cascajales" cuando según el recurrente la causa inmediata y definitiva del hundimiento fueron las maniobras de amarre y salvamento de dicho bote.

Pasa la Corte a considerar los cargos hechos en casación: El choque habido entre el bote "La Niña" y uno de los planchones del vapor "Cascajales", se verificó cuando el bote estaba en actividad y el vapor con sus planchones en actitud pasiva anclado o amarrado en el puerto. Lo anterior, que ni siquiera se discutió en el litigio y que además está plenamente acreditado en los autos, lleva a la conclusión de que era el bote el que ejercitaba, por medio de su piloto, actividad peligrosa y en ningún caso el vapor "Cascajales" y los planchones, por lo ya dicho. El patrono del bote "La Niña" tenía, no sólo la guarda sino la dirección de éste.

La presunción que establece el artículo 2356 del Código Civil, se refiere a los casos en que se ejercitan actividades peligrosas, no las estaba ejercitando, en el momento del choque, el vapor "Cascajales", luego esa presunción no milita contra él y entonces, que es el caso del pleito, la carga de la prueba corresponde al demandan-

te, quien debe demostrar que el accidente fue debido a una imprevisión, un error de conducta, una violación de los reglamentos o de la ley por parte del demandado. Así, si contra un automóvil, colocado en inactividad, en el sitio indicado por la respectiva autoridad, choca otro, no se puede deducir responsabilidad contra el dueño del automóvil que está inactivo, por lo mismo que no está ejecutando ninguna actividad peligrosa. El demandante en este ejemplo, que es quien ejercita la actividad peligrosa, debe demostrar que el choque se verificó por haber infringido el automóvil en quietud las disposiciones de tránsito, por un error de conducta, desconocimiento o violación de esas disposiciones del dueño o conductor del auto.

Y lo anterior es claro, porque sobre quien pesa la presunción, en el caso propuesto como ejemplo, es sobre quien ejercita la actividad peligrosa, sobre el dueño o conductor del automóvil en movimiento, pero no sobre el dueño o conductor del automóvil en quietud, que está en situación pasiva y debidamente colocado y frenado.

No puede por lo tanto darse una interpretación irrestricta al artículo 2356 del Código Civil, en el sentido de que basta que se produzca un accidente, que se traduzca en daño, para que la víctima, alegando la existencia de éste y demostrando la relación de causalidad, eche la carga de la prueba al demandado. No; la norma que acaba de citarse no tiene aplicación sino cuando a quien se designa como demandado estaba ejercitando una actividad peligrosa, por sí o por medio de una cosa que le pertenece.

Si como se ha dicho, era el bote "La Niña" el que ejercitaba la actividad y si el vapor "Cascajales" se hallaba anclado en el puerto, la carga de la prueba corresponde en este caso al demandante, quien debe demostrar que el accidente se produjo por error de conducta o la infracción de que se ha hecho mérito.

Resulta entonces que el primer cargo que se estudia no puede triunfar y que el Tribunal de Barranquilla procedió jurídicamente al sentar el principio de que era al demandante a quien correspondía la prueba y que la parte demandada estaba amparada por el hecho de estar cumpliendo los reglamentos que determinan el modo de atracar y anclar y permanecer en los puertos.

Bién es cierto que el Tribunal incurre en algunas confusiones, que en esta sentencia habrán de aclararse, pero ello no es óbice para aceptar la tesis fundamental de su fallo.

Al demandante le correspondía demostrar los hechos en que funda su acción, como son que

el vapor "Cascajales" y los planchones estaban sin las luces violando los reglamentos de navegación, o que no estaban colocados adecuadamente, en el sitio que les correspondía, sino interceptando el paso en el río por donde naturalmente navegan las embarcaciones.

El fallador de Barranquilla desestimó las pruebas que al respecto adujo la parte demandante; también hizo lo mismo respecto de las de la parte demandada, pero consideró que esto último no tenía importancia porque, desestimadas las pruebas del demandante, quedaba en pie la presunción a favor de esta parte, que resulta del mandato legal de que las embarcaciones y sus convoyes están obligados a tener durante toda la noche a babor y estribor luces de posición.

Está es la razón por la cual el recurrente ataca la sentencia por errores de hecho y de derecho en los cargos segundo, tercero y cuarto y última parte del primero, que por su conexión deben estudiarse conjuntamente.

El problema se plantea entonces así: ¿Demostró la parte demandante que los planchones no tenían las luces reglamentarias o que no estaban colocados en el sitio que les corresponde? En otras palabras: ¿Demostró el demandante que el demandado se hallaba en situación de culpa? La afirmativa llevaría a la condenación de la parte demandada; la negativa, a su absolución.

El recurrente estima que está demostrada la afirmativa y que al no aceptar ese extremo el Tribunal incurrió en los errores a que se refiere en sus cargos.

Pasan pues a examinarse esas pruebas:

En primer lugar se observa que los tripulantes de "La Niña" avistaron el buque de la Tropical amarrado en su puerto antes de que se verificara el choque. El hecho primero de la demanda dice así: "En las primeras horas del día 25 de diciembre de 1937, como a las 3 a. m. venía bajando el río Magdalena un buque de mi propiedad denominado 'La Niña', cargado de ladrillo, y sus patrones avistaron las luces de un buque amarrado en el puerto de la Tropical Oil Company, buque que tenía delante cinco planchones, colocados uno al lado de otro hacia el centro del río en su superficie, ocupando una distancia de 125 pies de frente." Conviene, pues, la parte actora en que el buque estaba iluminado, pero no así los planchones. Sin embargo, del hecho segundo de la demanda aparece que si los vieron los de la tripulación de "La Niña", pero a corta distancia y por eso no pudieron evitar el choque.

El vapor "Cascajales" estaba pues con luces y el puerto de la Tropical donde aquél estaba anclado, se hallaba iluminado con potentes re-

flectores; cosa que está plenamente demostrada en los autos.

La parte demandante adujo las declaraciones de Alberto Borja, patrón de "La Niña", y Julio Sandoval, tripulante de la misma, quienes declaran que la noche del siniestro los planchones no estaban iluminados.

La parte demandada, que no asumió un papel pasivo en el juicio, adujo las declaraciones de Florentino Valle, Fermín Chamorro, José María Royero y Héctor Camaño, quienes declaran lo contrario y hacen resaltar el hecho de que el puerto estaba iluminado con los potentes reflectores que tiene allí instalados la Tropical para facilitar las labores de bombeo que se estaban llevando a cabo esa noche.

El Tribunal desestimó, como ya se dijo, las declaraciones de los testigos de la parte demandante por cuanto halló algunas contradicciones e inexactitudes en sus testimonios, y entonces, tomando como base evidente que el puerto de la Tropical estaba iluminado, dedujo que la demostración a favor de la compañía respecto de que tenía las luces en los planchones la favorecía, y no había sido desvirtuada. También desestimó el fallador de Barranquilla las declaraciones porque las consideró parciales por ser los declarantes empleados o subalternos del dueño del bote "La Niña".

No estimó tampoco, como ya se dijo, las declaraciones de la parte demandada.

Aun cuando las declaraciones de algunos de los testigos de la parte demandante adolecen de algunas contradicciones, que no se rozan con el fondo del asunto que se discute, no pueden por ese solo motivo desestimarse y tampoco pueden rechazarse por ser los declarantes empleados del bote "La Niña", por cuanto en el proceso esas declaraciones no fueron tachadas.

Resulta, consideradas así las cosas, que los cargos hechos en casación por la no apreciación de esos testimonios son fundados, pero ello no quiere decir que el fallo recurrido deba casarse, tanto porque la base fundamental de la sentencia que se estudia la acepta la Corte, como por lo que se verá en seguida.

Las dos declaraciones de la parte demandante son válidas al respecto, pero ellas están infirmadas por las de la parte demandada que son en mayor número y más precisas. Están infirmadas también por el hecho palmario, acreditado en los autos, de que el puerto de la Tropical estaba iluminado esa noche con sus potentes reflectores, que como es obvio, tienen que dar una iluminación mayor que las de las solas luces colocadas en los planchones, ya que la proyección sobre las aguas del río de esos reflectores es mayor que la de las luces de los planchones

que por su naturaleza son de menor intensidad y abarcan un menor radio de proyección.

Si se dijera que no pueden tenerse en cuenta las declaraciones de la parte demandada por ser los declarantes empleados de la Tropical, y que esas declaraciones son por lo menos sospechosas, aunque no fueron tachadas, habría que decir lo mismo de las declaraciones aducidas por la parte demandante, y entonces se llegaría a la conclusión de que la parte actora a quien corresponde, en este caso, la carga de la prueba, no la adujo, lo cual, según lo que se expresó arriba, daría por resultado la absolución de la parte demandada.

Observa además la Corte lo siguiente: que de la misma demanda aparece que la tripulación de "La Niña" vio las luces del puerto antes de que se verificara el choque y que el patrono de ese bote carecía de patente, lo cual establece una presunción contra su habilidad, que no ha sido destruida.

Pero la demanda no se limita al extremo que se ha considerado únicamente, sino que en ella se afirma que el hundimiento del bote "La Niña" se debió a las maniobras que hizo la tripulación del vapor "Cascajales", para evitar el siniestro, amarrando el bote al planchón con un alambre fijado de una argolla que se reventó, hundiéndose por esa causa el bote.

Por esto se ve que la demandante sitúa la cuestión desde dos puntos de vista, a saber: el choque; y el hundimiento por las maniobras, como accidente independiente del choque.

Para que este segundo extremo hubiera podido prosperar, habría sido necesario que lo hubiera demostrado plenamente la parte demandante. Esta demostración no sólo falta en los autos, sino que aparece acreditado en ellos o se deduce de ellos que el choque fue la causa del hundimiento. Tan evidente es esto que, una vez verificado el choque, la tripulación de "La Niña" pidió auxilio al vapor "Cascajales" para que salvaran a los tripulantes del bote, como en efecto se hizo. El hecho tercero de la demanda en su parte final dice así: "Al chocarse el bote 'La Niña' con los planchones del buque 'Cascajales', los tripulantes de aquél pidieron auxilio a los empleados del buque mencionado y con la ayuda de ellos pudieron desembarcar a los planchones del vapor, quedando el bote 'La Niña' atrapado debajo de los remolques del buque."

Posteriormente al choque, o inmediatamente después de él, se amarró el bote al buque "Cascajales", indudablemente para sostenerlo, lo cual indica que el bote estaba perdido en virtud del choque. La tripulación del "Cascajales" empezó las obras de salvamento del bote, pero no fue afortunada por haberse reventado la argolla que sostenía el alambre que iba a su turno a sostener

el bote, el cual se acabó de hundir, según dicen los autos, al reventarse la argolla.

No se ve por qué la tripulación del buque "Cascajales" al hacer un esfuerzo para tratar de salvar el bote, asumiera el riesgo y fuera responsable por no haberlo salvado.

De manera que no se le puede imputar responsabilidad a la compañía demandada por ese hecho. Quizá si hubiera asumido una actitud pasiva se le hubiera podido tachar de negligente, dadas las prácticas y usos de la navegación.

De los autos se viene en conocimiento, en sentir de la Corte, que entre el choque y el hundimiento hay relación de causalidad y que éste no fue motivado por la acción de salvamento de la tripulación del "Cascajales".

Finalmente, no se demostró que el buque mencionado y sus planchones estuvieran situados fuera de su puerto interceptando el paso del río, luego por este aspecto no puede deducirse un error de conducta a la compañía demandada que se tradujera en causa eficiente del siniestro.

Observa la Corte, por vía de doctrina, que la cita y aplicación del inciso 4º del artículo 56 del Código Marítimo, al caso de este pleito, como lo hizo el Juez *a quo*, es del todo impertinente,

porque esa norma regula las relaciones entre el naviero o armador y la tripulación, pero no entre el naviero y terceras personas. De existir alguna relación emanada del artículo 56 sería entre la señora Echeverría v. de Recio y el conductor de "La Niña", pero no entre ésta y la compañía demandada, y que se derivara del inciso 4º del artículo 56 ya citado.

Como prosperó uno de los cargos de la demanda de casación, aunque sin operancia para casar el fallo, no es el caso de hacer condenación en costas.

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

Sin costas.

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

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

Acción para el pago de una suma de pesos. — Exhibición.

La acción exhibitoria no tiene lugar sino cuando una parte, o presunta parte, le pide a la otra que exhiba documentos, libros, muebles u otras cosas que pueden ser objeto de un debate judicial. Cuando la parte a quien se demanda la exhibición presenta el documento solicitado, no hay lugar ni al incidente ni al fallo, porque el fin está ya cumplido. Cuando una de las partes en un juicio, sea demandante o demandado, presenta un documento, por el mismo hecho lo exhibe, ante la contraparte y lo aduce al proceso, para que surta el valor probatorio del caso, pero es obvio y trivial que esa presentación no se puede hacer en esas condiciones por medio de la acción exhibitoria, la cual no cabe en ese caso.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Roberto Garzón de la Torre, en su propio nombre demandó a José María Córdoba para que fuera condenado a pagarle la suma de \$ 9.818, valor de varias cantidades y bultos de azúcar que le consignó en la Agencia Imperial de Bebidas Gaseosas, en diferentes épocas. Demandó asimismo la condenación por los intereses comerciales respectivos desde el día en que se hicieron exigibles hasta que se verifique el pago.

Como hechos fundamentales adujo éstos: El demandado Córdoba tiene establecida en esta ciudad una fábrica denominada La Imperial, de bebidas gaseosas; en dicha fábrica se compra constantemente azúcar destinada a la elaboración de tales bebidas; el demandante le vendió al demandado varias cantidades y bultos de azúcar; éste le expidió los recibos del caso, recibos que adjuntó al libelo, pero la suma que arrojan esos recibos no le ha sido pagada por el demandado.

Este contestó la demanda diciendo ser cierto que es dueño de la fábrica de bebidas mencionada y que le compró al demandante no sólo los bultos de azúcar a que se refieren los recibos sino muchos más y por una suma mayor, pero que el valor de todos los bultos que le compró

le fueron pagados religiosamente al actor al ser presentadas las respectivas cuentas de cobro. Por lo tanto, manifestó no deberle nada al demandante por razón de las compras de azúcar.

En primera instancia y por sentencia de 20 de septiembre de 1938, el Juez 2º del Circuito de Bogotá declaró que el expresado Córdoba es deudor de Garzón de la Torre, del precio o valor de la cantidad de azúcar que resulta de los treinta recibos presentados con la demanda, valor que se determinará de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 553 del Código Judicial.

Esta sentencia que la fundó el Juez en el hecho de no haber comprobado Córdoba el pago, pues éste no obstante que pidió pruebas, éstas no se produjeron, fue apelada por el demandado, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de 13 de diciembre de 1941, la revocó absolviendo al demandado de los cargos de la demanda por cuanto con las pruebas que éste adujo en la segunda instancia, encontró demostrada la excepción perentoria de pago.

Recurrió en casación el actor y hoy pasa a decidirse sobre la suerte de su recurso.

El fallador de Bogotá tuvo en cuenta los siguientes elementos probatorios, para declarar demostrada la excepción de pago: a) Los libros de contabilidad del demandado; el demandante confesó que no llevaba libros y está establecido en autos que se trata de un asunto de comercio y entre comerciantes. De esos libros aparecen las operaciones de compra y pago de los bultos de azúcar a que se refiere la demanda; b) La inspección ocular practicada en los Bancos de Bogotá y Colombia y de la que aparece que entre los años de 1934 y 35 Garzón cobró en los mencionados establecimientos los cheques girados por Córdoba a favor de la Agencia de La Manuelita; c) Las confesiones de Garzón en las posiciones, entre las cuales están éstas: que es cierto que en los años ya expresados, 1934 y 1935, cobró el actor en los Bancos mencionados los cheques girados a favor de la Agencia de La Manuelita, por José María Córdoba G., ya con este solo nombre o con las denominaciones La Imperial, Fábrica de Bebidas Gaseosas Córdoba y Compañía, y que esos giros se los hizo Córdoba por

el precio de suministros de azúcar despachados por Garzón a la fábrica de Córdoba y que esos cheques girados y pagados son los relacionados en la lista presentada con el memorándum de pruebas en la segunda instancia, referente a los años de 1934 y 1935 y finalmente que los negocios que José María Córdoba G. tuvo con el demandante, en los años de 1934 a 1935, consistieron solamente en los despachos de bultos de azúcar para el consumo de la Fábrica Imperial; c) Las declaraciones de los señores Delgado Barroneche, Jorge de Francisco y Gonzalo Córdoba, los dos primeros empleados de la Sociedad Seccional de Crédito Azucarero y el último Gerente de la misma, Sociedad que vendía los productos de La Manuelita, por estar ésta incorporada a aquélla, en el consorcio azucarero, quienes declaran que Garzón no estaba en capacidad de abrir créditos a ninguna persona y mucho menos por la suma de diez mil pesos. Agrega el testigo Delgado que en algunas ocasiones tuvo que hacerle cobros repetidos a Garzón para obtener pagos por sumas no mayores de trescientos pesos y tuvo que negarle despachos de azúcar por tener pendiente facturas por un montante más o menos equivalente a esa suma.

Analizadas, apreciadas y coordinadas todas esas pruebas entre sí, dijo el fallador: "De la exposición que antecede el Tribunal deduce que se halla establecida en los autos la excepción perentoria de pago."

Antes de proceder a señalar los cargos que hace el recurrente y a estudiarlos, la Corte cree oportuno hacer las siguientes observaciones, que plantean el debate, con toda exactitud, observaciones que están plenamente acreditadas en los autos.

Los recibos expedidos por Córdoba, por el concepto de suministro de sacos de azúcar y que el actor acompañó a la demanda encierran el lapso comprendido entre el 18 de septiembre de 1934 y el 13 de mayo de 1935. Esos recibos, con excepción de tres, están expedidos a favor de la Agencia de La Manuelita, pero si por una parte está demostrado que Garzón no representó nunca dicha Agencia, por la otra, las partes militantes en este juicio han convenido en que esos recibos realmente fueron expedidos para Garzón, quien hacía los suministros de azúcar. Se deduce que Garzón compraba el azúcar a La Manuelita y se lo vendía a Córdoba. Garzón demanda en nombre propio y el demandado nada objetó sobre el particular.

Los recibos llevan la firma de Córdoba y además un sello que dice: "La Imperial, Fábrica de Bebidas Gaseosas Córdoba & Co." El demandante ha entendido durante el pleito, y entendió durante los suministros de azúcar, que José Ma-

ria Córdoba G. y Córdoba & Co., son la misma persona, están identificados y que contrató con Córdoba, en el giro del negocio aludido. Por eso demanda a éste personalmente y el demandado también lo ha entendido así.

Lo anterior no sólo emana rectamente, de los recibos, y de la manera como se planteó el pleito y del asentimiento que las partes han dado a este extremo, sino de la siguiente declaración del mismo demandante Garzón, firmada de su puño y letra, contenida en su alegato de conclusión en la segunda instancia y que corre al folio 46 del cuaderno número 6. Dice así: "Para mayor claridad debo sentar ante vosotros, ciertas premisas o principios que se deducen en forma indiscutible e indiscutida, de todo el expediente en que vengo hablando como actor, así como de las probanzas allegadas a él; son ellas: Primero. Que el señor José María Córdoba tenía como profesión lícita la de comerciante, ocupado en la industria de la fabricación de bebidas gaseosas, haciendo uso en ellas de la marca comercial 'La Imperial' y que para tal fin, usaba la firma comercial 'Córdoba & Co.'; por consiguiente: Córdoba & Co. y José María Córdoba, en el hecho, comercialmente eran una misma persona."

El recurrente, alegando la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, hace tres cargos contra el fallo: a) Es el primero el de doble error de derecho, por haber el Tribunal apreciado o tenido en cuenta los libros de contabilidad del demandado Córdoba. Al respecto señala como violadas las siguientes disposiciones: por aplicación indebida, el artículo 39 del Código de Comercio en relación con el 31 de la misma obra; los artículos 1º de la Ley 65 de 1890, y 7º del Decreto legislativo número 2 de 1906, reformativo del artículo 31 citado; los artículos 40, 43, 44 y 48 del mismo Código, por no haberlos aplicado al caso del pleito, y los artículos 637, inciso 2º, y 601 del Código Judicial; b) Violación de los artículos 57 del Código de Comercio y 297, 306 y 705 del Código Judicial por cuanto en concepto del recurrente el Tribunal incurrió en error de derecho al dar valor probatorio a los libros de contabilidad del demandado Córdoba, toda vez que no fueron presentados mediante el procedimiento de la exhibición y de que a la diligencia de presentación concurren testigos y no peritos, y c) Violación de los artículos 1928 y 1757 del Código Civil y 247 del Código de Comercio por errónea apreciación de las pruebas emanadas de la inspección ocular en los Bancos de Bogotá y de Colombia y de las confesiones de Córdoba.

Finalmente, como cargo subsidiario, propone el mismo hecho como cargo primero, pero considerándolo como error de hecho.

La Corte entra a estudiar los cargos, ordenándolos lógicamente de acuerdo con el artículo 537 del Código Judicial, y por eso pasa a decidir la acusación contenida en el tercer cargo, porque a juicio de esta corporación, es el asunto fundamental.

Conviene las partes, y esta es la razón del litigio, que entre el demandante y el demandado hubo una serie de negocios comprendidos en el lapso de 18 de septiembre de 1934 a 13 de mayo de 1935, mediante los cuales el demandante le vendía periódicamente bultos de azúcar al demandado.

Este afirma que le pagó el precio de los bultos que del demandante recibió.

Para demostrar este extremo, que constituye su excepción perentoria de pago, presentó en primer término una lista o extracto de los cheques girados a Garzón, en el período de 1934 a 1935, por concepto de pago de los bultos de azúcar que le había comprado. Luego presentó sendos certificados de los Bancos de Colombia y Bogotá de esta ciudad, en los cuales aparece la relación de los cheques girados a la Agencia de La Manuelita y al demandante Garzón, no sólo en el lapso aludido, sino en uno mayor. Finalmente, pidió la práctica de una inspección ocular en los libros y archivos de los mencionados Bancos, la cual se llevó a cabo en los días 29 de noviembre de 1940, diligencia en el Banco de Bogotá, y 6 de diciembre de 1940, diligencia en el Banco de Colombia, y de ella aparece que los cheques a que se refieren los certificados de dichos Bancos y la relación que presentó el demandante, fueron pagados a Garzón, a su presentación, y que aun cuando estaban girados a favor de La Manuelita, Garzón percibía el valor de ellos, porque detrás de los cheques aparecía que los cobraba en nombre de dicha empresa.

Garzón confesó en posiciones, como ya se ha dicho, que los cheques cuya relación presentó Córdoba le fueron pagados por los Bancos contra los cuales giró, y que Córdoba giraba ya con este solo nombre o con las denominaciones de Imperial, Fábrica de Bebidas Gaseosas Córdoba & Co., y confesó que sólo tuvo con el demandante, en los años de 1934 a 35 negocios consistentes en despacho de bultos de azúcar para el consumo de la Fábrica Imperial.

En la inspección ocular mencionada no hubo el menor reclamo ni contra los asientos, ni respecto de los giros, ni de la exactitud de éstos, y lo que resultó de ella está corroborado con la misma confesión del demandante.

No encuentra la Sala ningún error de hecho en la apreciación de las dos pruebas de que se

acaba de hacer mérito, por cuanto si el acta de inspección ocular hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez (artículo 730 del Código Judicial) y si la confesión judicial tiene fuerza de plena prueba (artículo 606 *ibid*), se concluye que el Tribunal apreció y valoró debidamente esas pruebas.

Ahora, partiendo de la base exacta de que entre Córdoba y Garzón sólo existieron negocios de compraventa de azúcar de 1934 a 1935, y que los cheques girados y cobrados por Garzón durante ese lapso no pueden tener otra explicación, concluyó, teniendo en cuenta otros factores, de que luego se hablará, que la excepción de pago estaba demostrada.

Esta conclusión, que está basada sobre hechos plenamente acreditados en los autos, no puede ser violadora de los artículos 1928, 1757 y 247, los dos primeros del Código Civil y el último del de Comercio, porque si es cierto que la primera obligación del comprador es pagar el precio y que cuando ha recibido la cosa, salvo estipulación en contrario, se presume que debe el precio, esa presunción puede desvirtuarla el comprador, y en el caso de este pleito, quedó desvirtuada, extremo a que llegó el Tribunal y que la Sala comparte, valiendo la pena añadir que el fallador tuvo en cuenta otros factores, como se ha dicho, entre ellos éstos: a) El demandante, comerciante al por menor, que ni siquiera llevaba libros, no disponía sino de un modestísimo capital y así se le estimaba en la Sociedad Seccional de Crédito Azucarero, donde tenía un limitadísimo crédito, hasta de \$ 300, crédito que se le retiró por no haber cubierto unas facturas; b) La deducción del juzgador, presunción judicial, muy razonable, de que es muy difícil o por lo menos no tiene explicación en este proceso, que el demandante, dueño a lo sumo de un capital muy limitado, se esperara más de dos años para demandar a Córdoba, por una cantidad, por una suma de dinero muy crecida y muy por encima de las capacidades financieras y económicas del demandante.

Con sólo las pruebas mencionadas, la apreciación en derecho de ellas y las deducciones del Tribunal, habría sido suficiente, a juicio de la Corte, para declarar probada la excepción de pago, y por eso, en la simple hipótesis de que los demás cargos prosperaran, que no habrán de prosperar, según se verá, la sentencia se mantendría en firme.

El 16 de diciembre de 1940 se practicó la inspección ocular sobre los libros de contabilidad del demandado, y de esa diligencia aparecen dos hechos: 1º Se lee en ella: "..... Examinados los libros (todos los que lleva un comerciante al por mayor), aparecen llevados en forma legal, y se-

gún las constancias que llevan en su primera página fueron registrados en la Cámara de Comercio de Bogotá como pertenecientes a la fábrica de gaseosas La Imperial Córdoba & Co. . . . Todas las páginas de los libros aparecen rubricadas en la Cámara de Comercio y en la primera página se hallan adheridas y anuladas las estampillas de timbre nacional por valor de los impuestos correspondientes." b) Se tomó nota de todos los asientos hechos en los libros de contabilidad por el negocio de azúcar que existió entre Córdoba y Garzón y esos asientos coinciden exactamente con los giros hechos por Córdoba contra los Bancos de Bogotá y de Colombia; c) Se dejó constancia, sin objeción de la contraparte, sobre que si los libros de contabilidad aparecen registrados en nombre de la Fábrica de Gaseosas La Imperial, Córdoba & Co., contienen la contabilidad del señor José María Córdoba, pues la tal compañía no existió y éste era el único propietario de la fábrica, punto éste que aceptó desde el principio Garzón afirmando en su demanda que el dueño de la fábrica es o era el señor Córdoba.

Además en dicha diligencia, para corroborar tal aseveración, se pusieron de presente los asientos respectivos y se vio que no existen las cuentas que son de rigor en la apertura de los libros de una compañía y que las utilidades y pérdidas no aparecen distribuidas entre los socios sino atribuidas al capital aportado por el propietario señor Córdoba G. Al efecto se tomó copia de los asientos respectivos y se insertó en la diligencia.

De esto se viene en conocimiento de lo siguiente, respecto del primer cargo hecho en casación: que los libros de contabilidad del señor Córdoba están registrados de manera que no puede aceptarse el aserto en que se funda la primera parte del cargo que se estudia, consistente en que tales libros no están llevados con las formalidades legales. Es cierto que los libros están registrados en nombre de Córdoba & Co., pero también es cierto, y así lo aceptaron las partes, y así se planteó el debate y así lo reafirmó el demandante en su alegato de instancia, que Córdoba & Co. y José María Córdoba G. son una misma persona, luego basta esta sola consideración para declarar del todo infundado el cargo contenido en la segunda parte de la primera acusación a la sentencia por cuanto no es recibable en casación, el ataque sobre extremos en que las partes militantes hayan estado de acuerdo durante el proceso y que hayan sido la base de la demanda aceptada en su contestación. Pero no es sólo esto, sino que además de estar comprobado que en los libros figura la contabilidad del señor Córdoba, si es cierto que el Tribunal tuvo muy en cuenta lo que de ello

resultaba, no fundó su sentencia única y exclusivamente en lo que ellos dicen sino en todos los demás factores probatorios, que coordinó y adujo el demandado.

Se rechaza, pues, el cargo contenido en el primer capítulo.

En el segundo cargo acusa el recurrente la sentencia por error de derecho, el cual hace consistir en que los libros han debido presentarse mediante los trámites de la acción exhibitoria que reglamentan los artículos 297 a 306 del Código Judicial y en concordancia con el artículo 57 del Código de Comercio. Además, tacha la prueba por cuanto a ella no concurren peritos sino testigos.

La Corte observa: La acción exhibitoria no tiene lugar sino cuando una parte, o presunta parte, le pide a la otra que exhiba documentos, libros, muebles u otras cosas que pueden ser objeto de un debate judicial. Cuando la parte a quien se demanda la exhibición presenta el documento solicitado, no hay lugar ni al incidente ni al fallo, porque la finalidad está ya cumplida.

Cuando una de las partes en un juicio, sea demandante o demandado presenta un documento, por el mismo hecho lo exhibe, ante la contraparte y lo aduce al proceso, para que surta el valor probatorio del caso, pero es obvio y trivial que esa presentación, no se puede hacer en esas condiciones, por medio de la acción exhibitoria, la cual no cabe en ese caso.

El demandado pidió que se tuvieran en cuenta sus libros de comercio, así lo decretó el juzgador y los libros los presentó en el mismo Tribunal, citándose al artículo 58 del Código de Comercio, y en el Despacho del Magistrado se llevó a cabo la diligencia.

No aparecen por lo tanto violadas las normas de los artículos 297 a 306 del Código Judicial ni 57 del Código de Comercio.

La diligencia de inspección sobre los libros se llevó a cabo con testigos, lo cual no es óbice para restarle validez porque una diligencia de esa naturaleza puede hacerse según el caso, con peritos o testigos (artículo 727 del Código Judicial) y la finalidad de tal prueba no era sino la de constatar la existencia de unos asientos de contabilidad y no se trataba de un examen sobre la exactitud de los asientos, sobre si había interpolaciones o adiciones en los libros, sobre la eficacia comercial o legal de tales asientos, es decir, no se trataba de asuntos que hubieran requerido un dictamen pericial sobre esas cuestiones de verdadero fondo.

Al darle, pues, validez probatoria a esa inspección, el fallador no violó ninguna de las disposiciones a que se refiere el recurrente en el

cargo que se estudia, el cual por lo tanto no se acepta.

El cargo subsidiario quedó ya resuelto al estudiar la segunda parte del primer capítulo de la casación y es por lo tanto inoficioso volver sobre él.

No está por demás observar lo que sigue: El demandante afirmó que además de los negocios de azúcar que tuvo con el demandado, le prestó dinero en algunas ocasiones. Esta afirmación no sólo no está comprobada sino desvirtuada en los autos, y de los elementos probatorios que existen en éstos, se desprende claramente la imposibilidad económica en que estaba el demandante para hacer préstamos de dinero al demandado.

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

Las costas son a cargo del recurrente.

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

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

ACCION DE RESCISION POR LESION ENORME.

Los peritos, para mayor acierto en su juicio, pueden asesorarse de otras personas que los ilustren sobre la materia en que han de conceptuar.

El dictamen de los peritos, cuando él es explicado, uniforme y debidamente fundamentado, hace plena prueba, sin que se requiera para el valor de esa probanza la determinación de la cabida del fundo avaluado.

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

(Ponente: Magistrado doctor José Miguel Arango).

Por escritura número 168, otorgada en el Circuito de La Vega, el Banco Agrícola Hipotecario, con domicilio en Bogotá, vendió al señor Antonio Linares un lote de terreno llamado "San Felipe" del mismo Circuito, por la cantidad de \$ 2.300.45.

El señor Linares consideró que había sufrido lesión enorme y por ello demandó al Banco para que se hicieran estas declaraciones:

"1º Que el señor Antonio Linares sufrió lesión enorme, en su condición de comprador, y por concepto del contrato de compraventa contenido en la escritura número 168 de la Notaría de La Vega, de 23 de abril de 1937, en la cual aparece

el Banco Agrícola Hipotecario, domiciliado en Bogotá, verificando una operación de compraventa, por medio de apoderado;

"2º Que en virtud de la declaración anterior debe rescindirse, por lesión enorme sufrida por el comprador señor Antonio Linares el contrato de compraventa de que trata la escritura número 168 renombrada, y todos los contratos y obligaciones que como accesorios de aquél, se encuentran relacionados en la misma escritura;

"3º Que el Banco Agrícola Hipotecario, domiciliado en Bogotá, debe devolver, dentro del término que usted señale de acuerdo con la ley, el precio o parte del precio que el comprador hubiere abonado por concepto del contrato o contratos indicados en la escritura 168 indicada, junto con los intereses correspondientes a ese precio o parte de él, a partir de la fecha de la demanda, hasta cuando el pago se verifique."

Solicitóse también el pago de los valores de las mejoras puestas por Linares en la finca vendida y las costas del juicio.

El Juez de la primera instancia negó las declaraciones pedidas por Antonio Linares contra el Banco, sin condenar en costas.

El actor interpuso recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Bogotá y esta entidad, sin revocar expresamente la sentencia del Juez falló:

“PRIMERO. Declárase que el señor Antonio Linares sufrió lesión enorme en su condición de comprador y por concepto del contrato de compraventa contenido en la escritura número ciento sesenta y ocho (168) otorgada en la Notaría de La Vega el veintitrés (23) de abril de mil novecientos treinta y siete (1937), en la cual aparece el Banco Agrícola Hipotecario como vendedor.

“SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración, se decreta la rescisión, por lesión enorme sufrida por el comprador señor Antonio Linares, del contrato de compraventa de que trata la escritura número 168 prenombrada, y todos los contratos y obligaciones que, como accesorios a aquél, se encuentran relacionados en la misma escritura.

“TERCERO. El Banco Agrícola Hipotecario debe devolver, tres días después de ejecutoriado este fallo, el precio o parte del precio que el comprador Linares hubiere abonado por concepto del contrato o contratos indicados en la escritura número 168 citada, junto con los intereses legales a partir de la fecha de la demanda hasta cuando el pago se verifique. Queda a salvo el derecho del Banco demandado para hacer uso del derecho de restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio, aumentando en una décima parte, durante el mismo término señalado para la restitución del precio o parte del precio del demandante.

“CUARTO. En caso de que el Banco no haga uso del derecho a la restitución del exceso del precio en la forma y términos indicados en el numeral precedente, procédase a la cancelación del registro de la escritura de venta número 168 del 23 de abril de 1937, pasada ante el Notario de La Vega.

“QUINTO. El Banco Agrícola Hipotecario debe pagar al señor Antonio Linares la suma de setecientos setenta y siete pesos con ochenta y cinco centavos (\$ 777.85) por concepto de mejoras.

“SEXTO. Los frutos percibidos después del diez de abril de mil novecientos cuarenta (1940), son de propiedad del Banco y no solamente los percibidos, sino los que hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo el mismo Banco la cosa en su poder, desde la fecha indicada en adelante. Los frutos pendientes son de propiedad del Banco. Sobre estos frutos el Banco abonará a Linares los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos.

“SEPTIMO. Las costas del juicio en las dos instancias son de cargo del demandado.”

El Banco demandado interpuso el correspondiente recurso de casación que le fue concedido y que hoy se decide, previas estas consideraciones:

El Tribunal fundó su fallo de rescisión en el dictamen uniforme rendido por los peritos Guinar y Acosta, del cual aparece que el inmueble vendido por el Banco a Linares, el 23 de abril de 1937, valía la suma de \$ 929.81 ó sea menos de la mitad del precio fijado en la escritura número 168.

Ese dictamen se puso en conocimiento de las partes, y el Banco, dentro del término legal, pidió que los peritos lo ampliaran, pero no lo objetó ni por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción.

El apoderado del Banco, en casación, ataca el fallo por violación de los artículos 705, 715, 716 y 721 del Código Judicial y 1946 y 1947 del Código Civil.

Hace consistir esos quebrantamientos en que se consideró como plena prueba del precio del inmueble y de las mejoras plantadas en él por el comprador, el dictamen rendido por los señores Fernando Guinar y Eladio Acosta, no obstante que no fue producido en forma legal ni tiene debido fundamento, porque aparece claramente establecido por la manifestación de los mismos peritos, que la mensura del terreno la practicó el doctor Efraim Pinto, persona extraña a los autos, quien hizo esa medición por mandato de los peritos dichos, siendo de vital importancia la determinación de la cabida del terreno que fue una cuestión fundamental para el avalúo de la tierra.

Deduce de estas premisas el recurrente, que como los peritos no midieron personalmente el terreno ni determinaron su cabida se violó el artículo 705, puesto que éstos se atuvieron a la opinión de una persona no nombrada por las partes en el juicio; ni por los peritos principales, ni por el Juez, en subsidio, lo que acarrea violación del artículo 705, que ordena que a las partes corresponde el nombramiento de peritos y no a los peritos mismos designar a persona que los asesore en ese mismo carácter, y el 715 que ordena a los peritos desempeñar el cargo según su propio conocimiento y en el caso de autos lo hicieron no por sus propios conocimientos sino por el del ingeniero agrimensor doctor Efraim Pinto.

No se quebrantó el artículo 705 porque los señores peritos no nombraron al doctor Pinto como perito sino que le encomendaron, como agrimensor, la tarea de determinar la cabida del fundo, y los peritos, para mayor acertamiento en su juicio, pueden asesorarse de otras personas que los ilustren sobre la materia en que han de conceptuar. La determinación de la cabida del fundo no era un elemento indispensable para justipreciar su valor, porque sin especificar la cabida bien se puede dictaminar sobre el valor

de una tierra, tanto más cuanto en el caso de autos los peritos la recorrieron, examinaron personalmente y discriminaron la calidad de la tierra, ya la situada en la loma, ora la que queda sobre la carretera. Además los expertos presenciaron la medición de la tierra verificada por el doctor Pinto. El dictamen de los peritos sobre el valor de un inmueble rural, cuando él es explicado, uniforme y debidamente fundamentado, hace plena prueba, sin que se requiera para el valor de esa probanza la determinación de la cabida del fundo avaluado. Los peritos según su propio conocimiento fijaron el valor de la finca materia de la rescisión, y el trabajo del doctor Pinto apenas les sirvió de dato explicativo o coadyuvante para su exposición, pero no fundaron en él únicamente su dictamen pericial.

Los peritos procedieron a estudiar las cuestiones a ellos sometidas personalmente, valiéndose de los datos suministrados por el agrimensor Pinto, sin que ese dato fuera esencial y necesario para el justiprecio de la finca, de donde se concluye que este artículo 716 no fue violado por el sentenciador.

El Tribunal encontró el dictamen pericial uniforme, explicado y debidamente fundamentado y por ello le dio el valor de plena prueba.

No aparece que ese dictamen no fuera uniforme, que no esté explicado y debidamente funda-

mentado, comprobaciones éstas indispensables para poderle negar a una exposición pericial el valor de plena prueba.

Comprobado como está que el justo precio de la cosa a la fecha del contrato era inferior a la mitad del que el comprador pagó por ella, el sentenciador con toda verdad jurídica, aplicó correctamente los artículos 1946 y 1947 del Código Civil.

No siendo más los motivos de acusación y no prosperando los ya enunciados, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

1. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá de fecha veinte de mayo de mil novecientos cuarenta y dos.

2. Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

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

INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

La regla de hermenéutica contractual contenida en el inciso final del artículo 1622 del Código Civil, que aconseja sabiamente tener en cuenta la aplicación práctica que del contrato hayan hecho las partes o una de ellas con aprobación de la otra, en busca de la verdadera intención de los contratantes, que es la norma suprema del derecho contractual, lo mismo que las demás contenidas en el Título 13 del Libro 4º del Código Civil, es simplemente una regla de lógica jurídica, uno de los medios que la ley aconseja usar a los Jueces como criterio inquisitivo de la auténtica voluntad en la apreciación de los pactos. No confieren esas disposiciones legales ningún derecho preciso, en forma que su violación pudiera llegar a ser la base de un cargo en casación fundado en el primero de los motivos que señala el artículo 520 del Código Judicial, como en varias decisiones lo tiene repetido la Sala. La interpretación de un contrato es, por lo demás, una cuestión de hecho, una estimación circunstancial de factores diversos probatoriamente establecidos en el juicio, de tal modo que no es posible desestimar la hecha por el Tribunal sino a través de la alegación de un evidente error de hecho que ponga de manifiesto incuestionablemente una arbitraria interpretación judicial de la voluntad de los contratantes.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamañica).

Se ha originado este proceso en los siguientes hechos, completamente demostrados en autos:

La Compañía de Cementos Portland Diamante, sociedad anónima domiciliada en esta ciudad, por medio de su Junta Directiva y en sesión del día 23 de octubre de 1929, eligió al ingeniero doctor Ricardo Pérez para el cargo de gerente, "con una asignación mensual de \$ 600 mientras la fábrica no esté en producción y una vez estando en producción tendrá además una participación de diez centavos por tonelada de cemento que se venda. Es entendido que el doctor Pérez tendrá que dedicarle todo su tiempo a la

Compañía, dividiéndolo entre Bogotá y la Fábrica de Apulo." (Acta número 17. C3, folio 63).

Renunció el gerente Pérez, y por esta circunstancia, en sesión del 28 de agosto de 1930, la Junta Directiva, previa proposición aprobada en que se aceptó la renuncia y se dispuso proceder a elegir nuevo gerente, designó unánimemente para el cargo al señor Vicente Hurtado C. (Acta número 23. C.e, folio 64). Nada se dijo en el acta de nombramiento sobre remuneración del nuevo gerente.

Hurtado desempeñó la gerencia de la sociedad desde el 1º de septiembre de 1930 hasta el 15 de marzo de 1933, tiempo durante el cual recibió como remuneración mensual de sus servicios la suma de \$ 600.

La Fábrica de Apulo, de propiedad de la sociedad, comenzó a producir cemento el 1º de enero de 1931, y a partir de esta fecha hasta el día en que Vicente Hurtado C. dejó de ser gerente, se vendieron 44.057 y $\frac{3}{4}$ de tonelada.

Separado de la gerencia de la Compañía de Cemento Portland Diamante el señor Hurtado, consideró éste que no habiéndose estipulado expresamente su remuneración de gerente debía entenderse que regía la señalada para su antecesor y que, por tanto, tenía derecho no sólo a los \$ 600 que había devengado y recibido de la sociedad sino también a la participación adicional de diez centavos por tonelada de cemento vendida.

Rechazada por la sociedad esta pretensión de su ex-gerente, no planteada durante el tiempo de ejercicio de sus funciones, el señor Hurtado C., por medio de apoderado y en demanda ordinaria repartida al Juzgado 1º Civil de este Circuito, demandó a la sociedad anónima "Compañía de Cementos Portland Diamante", representada por su gerente para que en la sentencia definitiva se la condene a pagarle, dentro del término que se le señale, la cantidad que en este juicio o en otro distinto se fije como valor de la participación de diez centavos por tonelada de cemento vendido por la Compañía desde el mes de enero de 1931 al de marzo de 1933, con sus intereses legales desde cuando la participación se hizo exigible, más las costas judiciales.

Subsidiariamente se pide en la demanda que se condene a la sociedad a pagarle al actor el valor de los servicios que él le prestó como gerente, del 1º de septiembre de 1930 hasta el 15

de marzo de 1933, fijado pericialmente en éste o en otro juicio, con deducción de las sumas que por concepto de remuneración aparezcan recibidas, más los intereses legales desde cuando fueron exigibles sus honorarios hasta el día del pago, y las costas judiciales.

Admitida la demanda y surtido su traslado legal, la sociedad demandada no le dio contestación, pero dentro del término correspondiente formuló demanda de reconvencción contra Vicente Hurtado C. en la que pide que se le condene a pagarle a la Compañía, en la cuantía que se determine en este juicio o en otro separado, los perjuicios que ésta ha sufrido o pueda sufrir a causa del contrato que el señor Hurtado, como gerente de la Compañía, celebró con Bjarne Hofseth, sobre prestación de servicios, en el mes de junio de 1932.

Se opuso el actor principal a las pretensiones de la contrademanda, cuyos hechos fundamentales aceptó en parte, y tramitado legalmente el juicio doble fue sentenciado en primera instancia por el Juzgado del Circuito el 15 de octubre de 1938, absolviendo a la demandada y al contrademandado de todos los cargos formulados en los correspondientes libelos. Sin costas.

Sentencia acusada.

Recurrida en apelación esta sentencia por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, previa la tramitación correspondiente al grado, la confirmó en fallo definitivo del 27 de marzo de 1942.

Consideró el Tribunal, para motivar su decisión absolutoria y después de hacer un análisis pormenorizado de las pruebas aducidas al juicio en demostración del hecho de que durante todo el tiempo que el demandante desempeñó las funciones de gerente de la Compañía de Cementos aceptó sin reclamo ninguno el pago, muchas veces anticipado, de su sueldo mensual de \$ 600 como única remuneración, que no habiéndose estipulado expresamente con él estipendio distinto de éste, es legal, y jurídico concluir, de acuerdo con las reglas sobre interpretación contractual, que es éste un caso incuestionable de mandato remunerado en que la remuneración del mandatario se fijó tácitamente entre la Compañía y su gerente según se ve de la voluntad de ellos, declarada inequívocamente sobre este particular a todo lo largo de la aplicación práctica que hicieron de su contrato, distinto, por su propia naturaleza jurídica, del ajustado con el ingeniero Pérez, su antecesor en la gerencia de la sociedad.

Respecto del pedimento subsidiario, sobre pago de servicios de gerente, justipreciados pericialmente, lo desestimó el sentenciador por aparecer de autos que la remuneración del gerente tácita-

mente convenida con la Compañía ha sido totalmente pagada.

El recurso.

Contra esta sentencia de última instancia interpuso recurso de casación solamente el apoderado de la parte demandante, de tal modo que lo referente a la controversia planteada en la demanda de reconvencción está fuera de la jurisdicción de este recurso, que por estar legalmente preparado decide hoy la Corte.

Con apoyo en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial acusa el recurrente la sentencia del Tribunal de quebrantamiento de ley sustantiva "por aplicación indebida y por infracción directa" y señala como violados los artículos 1622 y 2184, ordinal 3º del Código Civil. Sostiene la demanda de casación que el Tribunal aplicó indebidamente la primera de las precisadas disposiciones al concluir, de acuerdo con la última regla de interpretación contractual contenida en el artículo 1622 citado y haciendo uso de argumentos que no convencen, que la Compañía y el gerente Hurtado entendieron inequívocamente que el sueldo o remuneración de éste fue únicamente de \$ 600 mensuales, pues el acuerdo de las partes, manifestado por la interpretación práctica del contrato, sólo se refiere a la remuneración fija, pero en manera alguna a la remuneración eventual por la participación en las ventas de cemento, respecto de la cual nunca hubo entre las partes interpretación práctica ninguna.

La acusación por quebranto directo del artículo 2184 del Código Civil en su ordinal 3º, la funda el recurrente diciendo que de acuerdo con las disposiciones que gobiernan el contrato de mandato "la remuneración será la que haya convenido con el mandante, a falta de ésta la que establezca la ley y a falta de ambas la que se acostumbre generalmente para pagar los servicios de que se trate. No hay constancia alguna de que entre la Compañía y el señor Hurtado se hubiese convenido cuál era su remuneración. A falta de esa convención debe reconocérsele por mandato de la ley, la remuneración usual. Y ¿cuál es la remuneración usual para este caso? Ya está determinada por la misma Compañía que había establecido el día 23 de octubre de 1929 que el señor gerente tendría una asignación mensual de \$ 600 mientras la fábrica no estuviese en producción y una vez que hubiese entrado en producción, tendría una participación de diez centavos por tonelada de cemento que se hubiere vendido."

Se consideran los cargos.

La regla de hermenéutica contractual contenida en el inciso final del artículo 1622 del Có-

digo Civil, que aconseja sabiamente tener en cuenta la aplicación práctica que del contrato hayan hecho las partes o una de ellas con aprobación de la otra, en busca de la verdadera intención de los contratantes, que es la norma suprema del derecho contractual, lo mismo que las demás contenidas en el Título 13, Libro 4º del Código Civil, es simplemente una regla de lógica jurídica, uno de los medios que la ley aconseja usar a los Jueces como criterio inquisitivo de la auténtica voluntad en la apreciación de los pactos. No confieren esas disposiciones legales ningún derecho preciso, en forma que su violación pudiera llegar a ser la base de cargo en casación con fundamento en el primero de los motivos que señala el artículo 520 del Código Judicial, como en varias decisiones lo tiene repetido esta Sala.

La interpretación de un contrato, es, por lo demás, una cuestión de hecho, una estimación circunstancial de factores diversos probatoriamente establecidos en el juicio, de tal modo que no es posible desestimar la heccha por el Tribunal sino a través de la alegación demostrada de un evidente error de hecho que ponga de manifiesto incuestionablemente una arbitraria interpretación judicial de la voluntad de los contratantes. Y tal no es el caso en estudio, porque a más de que el cargo no se ha hecho por errónea interpretación probatoria al respecto, los elementos de convicción demostrativos de los hechos que el Tribunal tuvo como aplicación práctica respecto de la remuneración del mandatario, aparecen, en concepto de la Corte, como realmente reveladores del acuerdo de voluntades en torno de la cuantía remunerativa que debía corresponder al gerente Hurtado por sus servicios de gestor de la Compañía anónima de Cementos Portland Diamante, punto sobre el cual no hubo estipulación expresa entre las partes a la celebración del contrato, como ambas lo aceptan y afirman sobre la base de un contrato de mandato remunerado.

Entendió el Tribunal que entre la Compañía y su gerente Hurtado se estipuló tácita pero claramente, desde el principio y hasta el final de sus gestiones, que la remuneración del mandato no era sino la cantidad mensual de \$ 600 que el gerente recibió durante más de tres años que estuvo al frente de los negocios sociales, sin que durante este lapso formulara observación ni reclamo alguno ante las directivas de la empresa en cuyas deliberaciones tomó parte, ni cuando al retirarse de la gerencia cobró un saldo pendiente de su última mesada de \$ 600. Esta conclusión de la sentencia, edificada sobre el criterio interpretativo de la aplicación práctica del contrato, resulta respaldada por los siguientes

hechos, plenamente probados en autos, que se transcriben de la sentencia acusada:

"a) Porque esa cantidad es la que figura en la declaración de impuesto sobre la renta y cuota militar que hizo la Compañía durante los años de 1930, 1931 y 1932 ante el Administrador de Hacienda Nacional de Cundinamarca, por medio de su gerente el señor Hurtado. (C. 4, fl. 18).

b) Porque la misma cantidad figura en análoga declaración personal hecha por el propio señor Hurtado durante los años mencionados. (C. 10, fl. 60).

c) Porque igual sueldo aparece pagado oportuna y a veces anticipadamente en los asientos de contabilidad de los libros de la Compañía, y obra en las partidas correspondientes de la liquidación de los balances mensuales y anuales de la misma, libros y balances llevados legalmente durante el lapso indicado y durante la gerencia del señor Hurtado, según lo constataron uniformemente el Juzgado del conocimiento y este Tribunal en sendas diligencias de inspección ocular practicadas oportunamente. (C. 3, fl. 60 y C. 10, 11 fl. 5 v., respectivamente).

d) Porque así lo acepta el mismo señor Hurtado: en efecto, el 29 de marzo de 1933 la sociedad demandada le envió una carta y un cheque por la cantidad de \$ 256.47, que sumada a la de \$ 43.33 que retuvo por cuenta del señor Hurtado para pagar la cuota militar de éste que aquélla creía equivocadamente no había pagado, totalizan \$ 300.00 correspondientes a la última quincena del sueldo del gerente Hurtado. Este señor, en carta del 1º de abril de 1933, judicialmente reconocida, devuelve el cheque y reclama el complemento de los \$ 300, que es el sueldo en quince días. La Compañía se apresuró a enviar al señor Hurtado lo que erróneamente había retenido y los dos cheques que en total suman la cantidad de trescientos pesos y que habían sido librados a cargo del Banco de Bogotá, fueron pagados por el Banco y cobrados por el señor Hurtado, todo lo cual nos está diciendo que su asignación no era otra que la de seiscientos pesos mensuales. (C. 4, fls. 1, 2, 3, 6 y 15)."

De acuerdo con los estatutos de la Compañía, que con la escritura de constitución fueron traídos al proceso y forman los folios 7 a 14 del cuaderno número 4, es atribución de la Asamblea General señalar el sueldo del gerente de la sociedad, cuyo nombramiento o designación corresponde a la Junta Directiva. No aparece en autos que la Asamblea General de Accionistas hubiera ejercitado su facultad de fijar la remuneración que debía corresponder de manera fija e impersonal a quien fuera elegido para gerenciar la Compañía. A este respecto, como ya se vio con las citas de las actas correspondientes,

sólo consta que al designar la Junta Directiva como gerente al señor ingeniero Ricardo Pérez en la sesión del 23 de octubre de 1929 se determinó en el acto del nombramiento que devengaría una asignación mensual de \$ 600 mientras estuviera la fábrica improductiva, y que cuando entrara en producción tendría además una participación de diez centavos por tonelada vendida, en el entendimiento de que el doctor Pérez quedaba obligado a dedicar la totalidad de su tiempo al servicio de la Compañía, dividiéndolo entre Bogotá y la Fábrica de Apulo. Cuando la Junta Directiva, luego de aceptar la renuncia al doctor Pérez, designó al demandante Hurtado para sucederle como gerente de la sociedad el 28 de agosto de 1930, nada se expresó en punto a remuneración por sus gestiones, la cual, como ya quedó dicho, fue fijada por acuerdo de las partes tácitamente manifestado durante todo el desarrollo y ejercicio del mandato. Lo antedicho revela la sinrazón de la tesis del actor al pretender que él sucedió al gerente Pérez dentro de las mismas condiciones remunerativas expresadas por la Junta en el acto de su designación, porque además de no poder entenderse, dentro del mecanismo estatutario de la Compañía, que la fijación de sueldo de gerente era el impersonal y permanente para el empleado que ejerciera esas funciones directivas, como si hubiera sido hecho por la Asamblea General, del texto en que fue consignado el nombramiento se ve claramente que la designación estuvo condicionada por circunstancias y consideraciones personales que no permiten darle la extensión que pretende el demandante, desvinculándola de las calidades especiales del primer gerente que lo habilitaban particularmente para el desempeño del cargo, como ser ingeniero y capaz, por tanto, de cumplir funciones de carácter técnico profesional, que indudablemente fueron tenidas en cuenta como lo revela la estipulación de dividir su tiempo entre la oficina directora de Bogotá y las fábricas de la Compañía, y que explica la remuneración adicional y eventual consistente en la participación sobre el producto vendido. La carencia de esta calidad personal técnica, de visible importancia provechosa para la Compañía, en el gerente Hurtado, que sucedió al ingeniero Pérez, explica y justifica la diferencia en la remuneración de sus servicios y gestiones. Esta apreciación que han hecho los Jueces de instancia y que aparece autorizada por la aceptación sin reparos que de ella hizo el gerente durante los tres años largos que gerenció la sociedad, recibiendo su mesada de \$ 600 sin re-

clamar nunca y nada respecto de participación en las ventas, encaja, perfectamente, por lo demás, dentro de la naturaleza jurídica de contrato *intuitu personae* que corresponde al mandato.

Por lo que hace al cargo de violación directa del artículo 2184, numeral 3º, del Código Civil, que consagra la obligación del mandante de pagarle al mandatario la remuneración estipulada o la usual, es visible su falta de fundamento porque en el proceso está plenamente demostrado el pago oportuno y completo que la Compañía hizo de la remuneración que tácitamente se estipuló con el ex-gerente demandante. A este respecto, aunque como en la acusación del otro texto legal tampoco se formula cargo por errónea apreciación de pruebas, basta hacer referencia a las siguientes probanzas:

En la aludida carta del actor, de fecha 29 de marzo de 1933, reconocida judicialmente, le dice a la Compañía: ".....Con la presente le devuelvo el citado cheque por considerar que está mal liquidado, entre otras razones por haber yo pagado en oportunidad mi cuota militar, en cuya declaración incluí mis honorarios como gerente de esa Compañía, en el tiempo que durante el presente año estuve al servicio de esa Compañía y por la suma que creí tener derecho....."

En el acta de la diligencia de inspección ocular practicada por el Juzgado del Circuito, visible al folio 62 del cuaderno número 3, se lee: "A solicitud del señor apoderado de la Compañía se revisaron los libros en donde constan los pagos de sueldo hechos al señor Vicente Hurtado C., y se encontró que dichos sueldos fueron cubiertos en su totalidad, oportuna y a veces anticipadamente, a razón de seiscientos pesos, durante el tiempo en que desempeñó la gerencia....."

Con apoyo en 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 27 de marzo de 1942, 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.

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

Acción de reconocimiento de una pretendida filiación natural después de fallecido el presunto padre.

Con la presente ha sostenido siete veces la Corte que con la vida del supuesto padre natural se extingue también la acción de la Ley 45 de 1936, sobre filiación natural. Más del doble de las sentencias uniformes que la ley exige para constituir doctrina probable ha proferido la Corte, como Tribunal de Casación, sobre la interpretación y alcance que debe darse a las disposiciones de los artículos 403 y 404 del Código Civil, en tratándose de la filiación natural, respecto de la cual, sin limitación alguna, amplió su aplicabilidad el artículo 7º de la Ley 45 de 1936. Sin desconocer que la ley no le atribuye fuerza obligatoria sino respecto de cada litigio a la interpretación judicial o por vía de doctrina, y si bien es verdad que la llamada doctrina probable por el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, carece de imperio general y vale apenas como un acierto jurídico que puede ser precario, ocurre también que como a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema corresponde la función esencial de uniformar la jurisprudencia nacional, anulando los fallos de los Tribunales que contradigan sus doctrinas, es preciso reconocer a las sentencias uniformes de la Corte sobre un mismo punto de Derecho, cuando se repiten por lo menos tres veces, un valor jurídico particular que sin merma de la libertad judicial para estatuir en sentido diferente, representan cuando menos maneras de interpretación que el legislador, bajo el nombre y con el alcance de doctrinas probables, recomienda aplicar para resolver casos completamente análogos con el fin de unificar y estabilizar interpretativamente el sentido de las leyes.

Casos como el de autos, en que se han presentado pruebas inequívocas de la filiación natural emanadas del presunto padre, muestran cómo se necesita una reforma sustancial de la ley en este asunto.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Ante el Juzgado del Circuito de Cáqueza, por medio de apoderado y en libelo fechado el 7 de

abril de 1938, María J. Cárdenas, como representante legal de sus menores hijos naturales Sara Leonor, Mario Enrique y Mercedes, demandó a Sara Moyano v. de Castaño e Inés Jiménez v. de Castaño, heredera y cónyuge superviviente de Camilo E. Castaño, respectivamente, para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare que los nombrados menores tienen la condición de hijos naturales de Camilo E. Castaño, fallecido en ese Municipio, y que, como consecuencia de esta declaración, se condene a las demandadas a restituir, dentro de la ejecutoria del fallo, los bienes dejados por el causante Castaño, en la cuantía que legalmente les corresponda, y que las demandadas usufructúan y administran como herederas y representantes de la sucesión ilíquida del mentado Castaño, junto con sus frutos naturales y civiles desde la toma de posesión hasta cuando verifiquen la entrega, con más las costas judiciales en caso de oposición.

Esta acción, encaminada a obtener una declaración judicial de filiación natural con los derechos consiguientes a la vocación herencial, se funda en las disposiciones de la Ley 45 de 1936, y se apoya en la posesión notoria del estado de hijo natural de los menores demandantes y en la existencia de escritos contentivos de una confesión inequívoca de paternidad por parte del difunto Camilo E. Castaño.

Trabado el litigio sobre la contradicción y oposición de las dos demandas, el Juzgado del Circuito sentenció el primer grado del juicio el ocho de agosto de 1940, haciendo las declaraciones impetradas al tenor de la demanda. Sin costas.

Recurrida en apelación esta sentencia por la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, luego de agotar los trámites correspondientes al segundo grado, la confirmó en todas sus partes en el fallo del 13 de marzo de 1942, con el voto disidente de un Magistrado y sin hacer especial condenación en costas.

Contra la sentencia definitiva de segunda instancia interpuso oportunamente la parte demandada el recurso de casación que hoy se procede a decidir por estar legalmente preparado.

Se apoya la acusación en la primera de las causales señaladas en el artículo 520 del Código

Judicial, esto es, por ser la sentencia violadora de la ley sustantiva, y se señalan como directamente quebrantadas por el Tribunal las disposiciones de los artículos 403 y 404 del Código Civil y el artículo 7º de la Ley 45 de 1936, por haber aceptado la procedencia de la acción conducente a obtener la declaración judicial de paternidad natural después de muerto el pretendido padre, contra sus herederos como representantes de su sucesión ilíquida.

Considera la Sala:

Este recurso de casación trae nuevamente a la consideración de la Corte el problema interpretativo y fundamental, en cuyo estudio y resolución no ha sido ni es unánime el parecer de la Sala de Casación Civil, de si la acción consagrada en la Ley 45 de 1936, para declarar judicialmente la paternidad natural, sólo puede establecerse durante la vida del pretendido padre por ser éste el único contradictor legítimo que para el efecto puede ser demandado, o si tal acción procede también, muerto el pretenoso padre, contra sus herederos como continuadores de su persona jurídica. De estas dos tesis en que se ha dividido la opinión de la Sala, amplía y reiteradamente expuestas y sustentadas en sentencias y salvamentos de voto que corren publicados en la *Gaceta Judicial*, ha prevalecido la primera, conforme a la cual con la vida del supuesto padre natural se extingue también la acción de la Ley 45 de 1936, sobre filiación natural.

Claras y uniformes razones se han expuesto para sustentar la fórmula de decisión mayoritaria usada para desatar los litigios en que se ha debatido la misma cuestión que ha motivado este recurso. Es esta la séptima sentencia de casación en que la Corte insiste en su doctrina sobre el referido punto de interpretación legal, con el disenso, hoy, de los Magistrados Hinestrosa y Salamanca. Vano replantear una vez más el problema y pormenorizar los argumentos de las tesis encontradas recargando este fallo con inútiles repeticiones, e innecesario también copiar la motivación adoptada en apoyo de la doctrina jurisprudencialmente consagrada por la casación civil, y que puede verse en los fallos de 26 de abril de 1940 (*Gaceta Judicial*, tomo XLIX, págs. 249 a 286, y tomo LI, páginas 43 a 80, de 30 de junio de 1941; tomo LI páginas 616 a 640), y en los de fechas 22 y 30 de septiembre de 1942 y 20 de febrero y 11 de marzo del año que corre, no publicados aún en la *Gaceta* de la Corte.

Dictadas las dos sentencias de instancia de este juicio en contradicción con la doctrina que la Corte ha adoptado como más acertada interpretación legal, y para cuya rectificación no halla ahora razón o argumento que la aconseje y

justifique, se impone su invalidación con fundamento en los motivos ya conocidos y con base en la violación de los artículos citados, para procurar la uniformación jurisprudencial que corresponde como objetivo principal a las decisiones de casación.

Más del doble de las sentencias uniformes que la ley exige para constituir doctrina probable ha proferido la Corte, como Tribunal de Casación, sobre la interpretación y alcance que debe darse a las disposiciones de los artículos 403 y 404 del Código Civil en tratándose de la filiación natural, respecto de la cual, sin limitación ninguna, amplió su aplicabilidad el artículo 7º de la Ley 45 de 1936. Sin desconocer que la ley no le atribuye fuerza obligatoria sino respecto de cada litigio a la interpretación judicial o por vía de doctrina, y si bien es verdad que la llamada doctrina probable por el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, carece de imperio general y vale apenas como un acierto jurídico que puede ser precario, ocurre también que como a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema corresponde la función esencial de uniformar la jurisprudencia nacional, anulando los fallos de los Tribunales que contradigan sus doctrinas, es preciso reconocer a las sentencias uniformes de la Corte sobre un mismo punto de Derecho, cuando se repiten por lo menos tres veces, un valor jurídico particular que sin merma de la libertad judicial para estatuir en sentido diferente, representan cuando menos maneras de interpretación que el legislador, bajo el nombre y con el alcance de doctrinas probables, recomienda aplicar para resolver casos completamente análogos con el fin de unificar y estabilizar interpretativamente el sentido de las leyes.

No obsta para esta finalidad jurisprudencial la circunstancia de no haber sido unánime la votación de la Sala en torno de la cuestión que de nuevo ha querido replantearse por el Tribunal de Bogotá, porque eso no afecta ninguno de los efectos que legalmente corresponden a las decisiones de la Corte como Tribunal de Casación. Este disentimiento en punto esencial de la Ley 45 de 1936 que legalmente no resta autoridad a la doctrina probable de la Corte, puede determinar en cambio el beneficio de poner de manifiesto la necesidad de que el legislador, para evitar toda incertidumbre en punto atacado y defendido con razones importantes, fije con autoridad el sentido y alcance de la reforma en materia de filiación natural con una fórmula precisa. 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 prepararan mostrando la necesidad de una regla nueva e inequi-

voca, y hasta sugiriendo su contenido. Para la Sala de Casación Civil puede ser este un nuevo aspecto en su función de uniformar la jurisprudencia.

A este respecto expone el Magistrado disidente los siguientes conceptos en su salvamento de voto:

“Lo único que se deduce de esta interminable controversia es la mala redacción de la ley. Si por un lado efectivamente es injusto privar de la acción de investigación de la paternidad, después de muerto el padre, a hijos naturales, que como sucede en el caso presente, pueden presentar pruebas inequívocas de su filiación, emanadas del presunto padre, por otra si prevaleciera la tesis de la Sala se haría imposible la liquidación de cualquier sucesión de cierta importancia ya que, con simples declaraciones de testigos, se autorizarían procesos escandalosos y en muchos casos fraudulentos. La única manera de remediar esta situación consiste en una reforma legislativa en el sentido de que la acción que se discute, después de muerto el padre, solamente pueda intentarse por el que pueda aducir para acreditar su filiación, por lo menos, un principio de prueba por escrito emanada del

supuesto padre, y esto dentro de un breve término.”

En mérito de las consideraciones que antecedan, 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 Bogotá el 13 de marzo de 1942, y revocando la dictada por el Juzgado del Circuito de Cáqueza el 8 de agosto de 1940, falla este pleito así: declárase probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada. En consecuencia, no hay lugar a ninguna de las declaraciones pedidas en la demanda, de cuyos cargos se absuelve a la parte demandada.

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.

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



Acción de validez de un legado. — Interpretación del artículo 1127 del Código Civil. — Enajenación de la cosa legada antes de la muerte del testador. — Revocación del legado.

1. El artículo 1127 del Código Civil consagra una norma general, de carácter directivo, tendiente a hacer prevalecer la voluntad del testador, con tal que no se oponga a los requisitos legales. Ante todo, debe salvarse esa voluntad, con la limitación expresada, y para esto es necesario muchas veces la interpretación de cláusulas ambiguas u oscuras, contenidas en el testamento, para darles eficacia legal. Pero, como es obvio, si esto acaece con las cláusulas que adolecen de ambigüedad u oscuridad, no puede acontecer cuando aquéllas son claras, precisas y nítidas; entonces lo único que al respecto puede resultar es su ineffectividad o invalidez cuando pugnan con disposiciones legales o con los principios generales de orden público y de buenas costumbres. La norma contenida en el artículo 1127, que hace al juzgador intérprete de la voluntad del testador, tiene por lo tanto ciertas e indispensables limitaciones.

2. En el caso del numeral 2º del artículo 1170 del Código Civil, y en un caso como aquel a que alude el pleito, es decir, que siendo dueño el testador de la cosa legada, la haya enajenado antes de su muerte, la no validez de ese legado no depende en sí de la cláusula testamentaria respectiva sino de la revocación tácita hecha por el testador. Un legado puede llegar a no ser efectivo o por revocación o por caducidad, y son esos los dos fenómenos que interfieren al respecto, independientes de la voluntad del legatario. Por revocación en los casos del artículo 1193 del Código Civil, y en otros más que pueden sintetizarse así: Cuando el legado consiste en la condonación de la deuda y el testador acepta el pago o la demanda luégo; cuando el testador enajena las cosas legadas, así las readquiera más tarde; cuando destruye la cosa legada o la altera sustancialmente, y algunos expositores agregan que cuando destruye el testador su testamento cerrado. La caducidad ocurre por la muerte del legatario antes que el testador o por la indignidad de aquél.

3. Los artículos 593 y 472 del Código Judicial, que son normas directivas para los funcionarios del orden judicial, por sí, aisladamente considerados, no pueden dar lugar a la casación de una sentencia sino que es preciso que el desconocimiento de esas normas haya conducido a la violación de otras, señalándolas, de carácter sustantivo. Así lo tiene resuelto la Corte en varias sentencias, una de las cuales se halla en la "Gaceta Judicial" número 1947, página 74, tomo XL. El artículo 472 es meramente exhortativo, y el 593 directivo, pero por sí mismos no dan base para una casación.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Santiago Montaña otorgó testamento cerrado en la ciudad de Cúcuta, el 16 de mayo de 1929, y en la cláusula 3ª de él hizo la siguiente asignación:

"Tercero. Conforme a lo expuesto en la anterior cláusula y en uso del derecho o facultad que me confiere la ley, lego mi fortuna de la manera siguiente: De los depósitos que tengo en el Banco Hipotecario de Bogotá, veinte mil pesos a los menores Santiago Hernández y Carmen Alicia Hernández (hijos de Carmen Hernández P.), de los cuales me hice cargo desde enero del corriente año y los tengo, en plantel Gremios Unidos al varón y en el Colegio de la Presentación a la hembra; y diez mil pesos a mi hija Blanca Montaña, en premio de su singular comportamiento para conmigo. El saldo de todos mis haberes será repartido en iguales porciones entre mis hijas Blanca; Adela, Ana Rita y Margarita, a condición de que de la venta que produzcan esos bienes, paguen, en primer término, cuarenta pesos mensuales a mi primo Pedro Garavito, mientras viva, en recompensa de su adhesión y servicios a mi persona, durante muchos años."

La cláusula anterior a la que se acaba de transcribir es una declaración respecto de su matri-

monio con la señora Maria Beloso C., del capital que aportó al matrimonio y del monto aproximado de sus bienes ("al rededor de ciento cincuenta mil pesos moneda legal, fuera de lo que me adeuda el Gobierno de Venezuela"), según expresión del mismo testador.

El testador Montaña falleció en la Parroquia de Altigracia, en la ciudad de Caracas, el 6 de marzo de 1934.

Previa apertura y registro, el testamento de Montaña fue protocolizado en la Notaría Primera del Circulo de Pamplona y luégo debidamente registrado.

Se abrió luégo el juicio de sucesión del prenombrado Montaña, ante el Juez Primero del Circuito de Pamplona; dentro del juicio se discutió la validez del legado de los veinte mil pesos hecho a Santiago y Carmen Alicia Hernández. El Juez del conocimiento estimó que era válido; esa resolución fue apelada por los herederos de Montaña, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona revocó la resolución del Juez y en su lugar declaró el legado sin valor ni efecto y agregó que no debía tenerse en cuenta en la liquidación y partición de los bienes dejados por el causante.

En tal virtud, el partidador hizo la liquidación y distribución de la herencia con prescindencia de dicho legado y con esto se terminó el juicio de sucesión de Montaña.

En virtud de los antecedentes y hechos que acaban de relacionarse Carmen Hernández P., madre natural de los menores Santiago y Carmen Alicia Hernández, por medio de su apoderado demandó a los herederos de Santiago Montaña para que previos los trámites de un juicio ordinario, se declarara:

1º Que es válido y pagadero el legado de veinte mil pesos hecho a favor de Santiago y Carmen Alicia Hernández, por Santiago Montaña, en su testamento otorgado en Cúcuta el 16 de marzo de 1929;

2º Que se declare nula la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona de fecha 2 de junio de 1936 en la que se declaró sin valor ni efecto el mencionado legado y en la que se dispuso que no debía tenerse éste en cuenta en la partición de los bienes, y

3º Que se declare nula y rescindida la partición de la herencia dejada por el expresado Montaña y se ordene rehacer la cuenta de su liquidación y distribución, adjudicando bienes de tal herencia en la nueva cuenta, en pago del referido legado a los nombrados legatarios.

El Juez Segundo del Circuito de Cúcuta puso fin a la primera instancia en sentencia de 26 de marzo de 1940 en la cual declaró probada la

excepción perentoria de cosa juzgada y se fundó para esto en la resolución del Tribunal de Pamplona, que decidió que no tenía eficacia o validez el legado.

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en sentencia de 15 de julio de 1941 revocó la sentencia apelada, por haber declarado probada la excepción de que se ha hecho mérito; pero no accedió a ninguna de las peticiones a que se contrae la demanda.

Interpuso recurso de casación el personero de los demandantes, recurso que concedido y tramitado debidamente, pasa a resolverse.

Sobre la base plenamente establecida en los autos de que a la muerte del testador Montaña no existía el depósito en el Banco Hipotecario de Bogotá, el fallador de Pamplona interpreta la cláusula tercera del testamento a la luz del artículo 1170 del Código Civil y concluye que, formando esa cláusula en lo relativo al legado un todo indivisible, estando individualizada la especie de donde se tomarían los veinte mil pesos por el artículo —los— y no existiendo, como se ha dicho, esa especie, el depósito o depósitos en el Banco mencionado, a la muerte del testador, carece de validez el legado.

Son de la sentencia recurrida los siguientes apartes:

"La situación jurídica en el caso de autos contemplada se reduce a determinar según el criterio que informa el artículo 1170 del Código Civil, si la frase usada por el testador en la cláusula que se comenta es divisible o indivisible para concluir si el legado tiene o nó efecto, dada la circunstancia de no haberse encontrado en el lugar señalado por el testador la cosa legada. Porque de nada vale aducir el principio directivo consagrado en el artículo 1127 del Código Civil, acerca de que la voluntad del testador claramente manifestada debe prevalecer sobre toda interpretación que pretende darse a la inteligencia y efecto de las disposiciones testamentarias, desde luego que el propósito del Código Civil en la disposición que se cita, se ha encargado de interpretar la presunta voluntad del testador. Que la voluntad del testador fue la de dejar dinero en efectivo, a los menores legatarios, no está demostrado ya que se ignora la forma en que estaba invertida la fortuna del testador al otorgar su testamento; y que el depósito de dólares no pudo ser hallado el día de su fallecimiento por regir entonces el Decreto-ley sobre el control de divisas extranjeras o cambios internacionales, tampoco está acreditado hasta el punto de desconocerse el motivo o razón para retirar el señor Montaña tales depósitos del Ban-

co Hipotecario de Bogotá... Es claro que cuando el testador dice, lego veinte mil pesos de los depósitos que tengo en el Banco Hipotecario de Bogotá, está expresando claramente que los veinte mil pesos pertenecen a unos depósitos determinados, definidos, individualizados, que se especifican indicando el lugar donde se encuentran, esto es, en el Banco Hipotecario de Bogotá. Siendo ello así, la cláusula es indivisible y por tanto inválido el legado por cuanto en el lugar señalado por el testador nada se encontró a su fallecimiento, al tenor del artículo 1170 del Código Civil."

El recurrente hace cuatro cargos a la sentencia, fundado en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial que se sintetizan así:

a) Violación del artículo 1127 del Código Civil por cuanto habiendo apreciado erróneamente algunas pruebas y dejado de apreciar otras, desconoció la voluntad del testador;

b) Violación de los artículos 593 y 472 del Código Judicial;

c) Violación, por aplicación indebida, del artículo 1170 del Código Civil, por error en la apreciación de las pruebas, y

d) Violación por no haberlos aplicado al caso del pleito de los artículos 1173 y 1169 de la misma obra, debido a que incidió en error en la apreciación de las pruebas.

Considerando que la sentencia recurrida forma un todo armónico, lo mismo que la demanda de casación, y teniendo en cuenta que todo el debate, en las instancias y en el recurso, se enfoca sobre estos dos extremos: 1º Si ha sido bien interpretada la cláusula tercera del testamento de Santiago Montaña, y 2º Si en virtud de esa interpretación ha sido legalmente aplicado, en lo pertinente, el artículo 1170 ya mencionado, la Corte estima que deben estudiarse en conjunto los cargos hechos en casación, examinando los dos extremos que acaban de apuntarse.

La Corte observa: El artículo 1127 del Código Civil consagra una norma general, de carácter directivo, tendiente a hacer prevalecer la voluntad del testador, con tal de que no se oponga a los requisitos legales. Ante todo debe salvarse esa voluntad, con la limitación expresada y para esto es necesario muchas veces la interpretación de cláusulas ambiguas u oscuras, contenidas en el testamento, para darles eficacia legal. Pero, como es obvio, si esto acaece con las cláusulas que adolecen de ambigüedad u oscuridad, no puede acontecer cuando aquéllas son claras, precisas y nítidas; entonces lo único que al respecto puede resultar es su ineffectividad o invalidez cuando pugnan con disposiciones legales o con los principios generales de orden

público y de buenas costumbres. La norma contenida en el artículo 1127, que hace al juzgador intérprete de la voluntad del testador, tiene por lo tanto ciertas e indispensables limitaciones. En sentencia de 8 de junio de 1923 (*Gaceta Judicial*, tomo XXX, página 55), dijo la Corte:

"Al Juez no le es permitido interpretar los términos de que el testador se ha servido para hacer conocer su última voluntad sino en el caso de que ellos tengan un sentido ambiguo o dudoso. La facultad de interpretar cesa cuando la voluntad del testador aparece clara y formalmente expresada."

Debe estudiarse e interpretarse la cláusula tercera del testamento teniendo en cuenta las demás disposiciones de la memoria testamentaria y légo, estudiarla a la luz del artículo 1170 del Código Civil.

La primera cláusula del testamento se refiere a la identidad y condiciones civiles del testador Santiago Montaña; en la segunda, se refiere éste a lo que aportó a su matrimonio y declara que continuó trabajando hasta reunir un capital que monta alrededor de \$ 150.000, fuera de lo que le adeuda el Gobierno de Venezuela; en la tercera, hace el legado cuya validez se discute y dispone que el saldo de sus haberes será repartido en iguales proporciones entre sus cuatro hijas, Adela, Ana Rita, Margarita y Blanca, a quien hace un legado, que en realidad es una mejora; en la cuarta dispone que se le abonen a la señora Virginia Fernández 2.000 bolívares; en la quinta, manifiesta que lo que se consiga de la cuantiosa suma, que según él le adeuda el Gobierno de Venezuela, se reparta entre sus cuatro hijas; en la sexta nombra albacea, y en la séptima, manifiesta que revoca cualquier otro testamento anterior.

Como se ve por la relación precedente, la cláusula tercera del testamento no tiene conexión con ninguna otra de la memoria testamentaria; de manera que sólo se puede considerar aislada de las demás, para el efecto de la interpretación, y tomarla en su sentido natural y obvio o sea que de los depósitos que el testador tiene en el Banco Hipotecario de Bogotá, lega \$ 20.000 a los menores Santiago y Carmen Alicia Hernández.

El testador, pues, señaló el cuerpo cierto, los depósitos del Banco Hipotecario de Bogotá, de donde debían tomarse los veinte mil pesos legados a los menores Hernández.

No es posible por lo tanto ninguna otra interpretación a la cláusula tercera en relación con el legado cuya validez se discute en este pleito.

Teniendo en cuenta esta interpretación y examinándola a la luz del artículo 1170 del Código Civil, se llega a la conclusión de que se está en el caso de la parte final de dicha norma, que es

explicativa del numeral 2º de tal artículo y que dice:

“Así, el legado de treinta hectolitros de trigo que se hallan en tal parte, vale, aunque no se encuentre allí trigo alguno; pero el legado de los treinta hectolitros de trigo que se hallarán en tal parte, no vale sino respecto del trigo que allí se encontrare y que no pase de treinta hectolitros.”

El testador empleó al hacer ese legado una cláusula indivisible y al referirse a *los depósitos* (subraya la Corte) empleó el artículo definido *los* que da a la frase, tal como está redactada, un carácter de iterativa.

Al empezar a formarse el romance castellano, prescindió de las declinaciones de los sustantivos y adjetivos latinos, y tomó los ablativos latinos de los sustantivos y los supinos de los adjetivos, por regla general, como la norma o patrón que juntándose con artículos, preposiciones y conjunciones, reemplazaron las declinaciones y casos del idioma latino. Al mismo tiempo prescindió de esas declinaciones para los géneros y los números, agregando una “s” a los ablativos en los casos plurales y cambiando la “o” por “a” para los femeninos, en tratándose de los géneros, así como el italiano en vez de la “a” tomó la “i”.

Surgieron entonces en el idioma castellano los vocablos “el”, “la”, “los”, “las”, que hacen el oficio, ya de pronombres declinables y cuyo empleo a los casos acusativo y dativo ha suscitado tantas controversias entre los gramáticos, ya de artículos definidos, cuya estructuración gramatical, desde el principio, no ha presentado dificultades, como lo observa don Rufino J. Cuervo, *Disquisiciones Filológicas*, tomo II, páginas 31 y siguientes.

Ese artículo juntado a un sustantivo, que es generalmente el antiguo ablativo latino, significa que el objeto es determinado, conocido de la persona que habla y por consiguiente refleja el objeto que tiene en la mente cuando emplea esa construcción.

Por eso don Andrés Bello dice así:

“Juntando el artículo definido a un sustantivo, damos a entender que el objeto es determinado, esto es, consabido de la persona a quien hablamos, la cual por consiguiente mira, por decirlo así, en su mente, al objeto que se le señala.”

El artículo es un demostrativo, y es también adjetivo con sus respectivas terminaciones y señala, como lo dice el autor citado, ideas determinadas, consabidas del agente o lector; ideas que se suponen y que se señalan en el entendimiento de la persona a quien dirigimos la palabra.

De acuerdo con el artículo 28 del Código Civil, teniendo en cuenta, no sólo la estructura gramatical de la norma citada, sino los claros ejemplos que ella contiene, y que ilustran el pensamiento del legislador, se concluye de acuerdo con el artículo 27 *ibidem*, que el sentido de la norma es claro, y que en casos como el de que se trata, es determinativo, explicativo o iterativo, del objeto preciso que se lega o de donde debe tomarse el legado.

Interpretada y entendida la cláusula tercera del testamento del causante Montaña, en la forma que queda expresada, debe examinarse a la luz del artículo 1170 ya citado.

Los comentaristas nacionales como don Fernando Vélez y los chilenos como Barros Errázuriz concluyen que en un caso como el que se ventila en los autos, nada se debe, por cuanto la disposición que posteriormente ha hecho el testador de la especie legada, equivale a una revocación del legado.

Sobre esta materia no existe ninguna discrepancia ni duda.

El comentarista Vélez se expresa así, al referirse al artículo 1170:

“Después de la regla que hemos indicado, resuelve el artículo los casos que pueden presentarse respecto del legado de cosa fungible cuando se determina señalando el lugar en que ha de encontrarse la cosa. Pueden ocurrir dos casos: 1º, el testador no determina la cantidad de la cosa; dice, por ejemplo, que lega a Pedro el maíz que tiene en tal troje. El legado comprenderá todo el maíz que haya en éste; si nada hay, el legado no vale; 2º, el testador además de señalar el lugar donde está la cosa, determina la cantidad de ésta. En el ejemplo citado manda que del maíz de la troje se le den veinte cargas a Pedro. Entonces: si hay más sólo se le entregan las veinte cargas; si hay menos, no tiene derecho sino a lo que haya; si nada hay, nada se debe. . . . Los ejemplos que trae el último inciso del artículo 1170, aclaran la regla. Nótese que en estos ejemplos vale el legado cuando la cantidad no está precedida de un artículo definido, y que no vale cuando ese artículo precede.” (Fernando Vélez, tomo 4º, página 310, números 427 y 428).

Comentando el artículo 1112 del Código chileno, que corresponde al 1170 del colombiano, dice el expositor chileno ya citado:

“Desde el momento en que las especies se individualizan, de manera que no puedan confundirse con otras, el legado deja de ser de género y pasa a serlo de especies o cuerpo cierto. Así, el legado de las treinta fanegas de trigo que se hallarán en tal parte, es un legado de especie

o cuerpo cierto, porque las fanegas de trigo legadas están individualizadas de modo que no pueden confundirse con otras; si perecen, se pierden para el legatario, y si el testador las vende, se entiende revocado el legado, lo que no ocurriría si el legado fuera de género. . . . Si se lega la cosa fungible señalando el lugar en que ha de encontrarse, se deberá la cantidad que aquí se encuentre al tiempo de la muerte del testador, dado caso que el testador no haya determinado la cantidad, o hasta la concurrencia de la cantidad determinada por el testador y no más. Si la cantidad existente fuere menor que la cantidad designada, sólo se deberá la cantidad existente; y si no existe allí cantidad alguna de dicha cosa fungible, nada se deberá. No importará que la cosa legada no se encuentre en el lugar señalado por el testador cuando el legado y el señalamiento del lugar no forman una cláusula indivisible." (Alfredo Barros Errázuriz, *Curso de Derecho Civil*, tercer año, segunda parte, página 213, número 129).

En el caso del numeral 2º del artículo 1170 y en un caso como el que se estudia en el presente pleito, es decir, que siendo dueño el testador de la cosa legada, la haya enajenado antes de su muerte, la no validez de ese legado no depende en sí de la cláusula testamentaria respectiva sino del fenómeno de la revocación tácita hecha por el testador.

Un legado puede llegar a no ser efectivo o por revocación o por caducidad, y son esos los dos fenómenos que interfieren al respecto, independientes de la voluntad del legatario. Por revocación en los casos del artículo 1193 del Código Civil, y en otros más que pueden sintetizarse así: Cuando el legado consiste en la condonación de una deuda y el testador acepta el pago, o la demanda luego; cuando el testador enajena las cosas legadas, así las readquiera más tarde; cuando el testador destruye la cosa legada o la altera sustancialmente, y algunos expositores agregan que cuando destruye el testador su testamento cerrado. La caducidad ocurre por la muerte del legatario antes que el testador o por la indignidad de aquél.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la interpretación de la cláusula testamentaria mencionada, el artículo 1170 del Código Civil, y el hecho comprobado en autos de que cuando Santiago Montaña falleció, no tenía ya ningún depósito en el Banco Hipotecario de Bogotá, y considerado en conjunto, por la razón que ya se apuntó arriba, todos los cargos de la demanda de casación, se concluye que éstos no pueden prosperar, por lo que sigue:

a) No encuentra la Corte error de hecho en la interpretación de la cláusula tercera del tes-

tamento de Santiago Montaña; no encuentra error en la aplicación al caso de autos del artículo 1170 del Código Civil. La interpretación que le dio a esa norma el fallador de Pamplona es la jurídica y es la que le dan todos los expositores colombianos y chilenos; de modo que la aplicación de esa norma, era la pertinente, al caso del pleito; no encuentra tampoco la Corte ningún error de hecho en la apreciación de las pruebas, por cuanto se estableció que Santiago Montaña tenía un depósito en el Banco Hipotecario de Bogotá, cuando hizo su testamento; se demostró que ese depósito no existía en el momento de su fallecimiento, y no existe en autos ninguna otra prueba que contradiga esos dos extremos fundamentales de la litis.

El testador Santiago Montaña después de otorgado su testamento, dispuso seguramente del depósito que tenía en el Banco Hipotecario de Bogotá y no interesa la forma de esa disposición y entonces se verificó el fenómeno de la revocación del legado y nada se debe sobre el particular, al tenor del artículo 1170 del Código Civil. Un acto de voluntad de Montaña, disponer de ese depósito hasta agotarlo, anuló su voluntad de legar a los menores Hernández parte de ese depósito.

El depósito verificado por Montaña en el Banco Hipotecario de Bogotá, quedó configurado en la forma establecida por la Ley 43 de 1923. Existen en la legislación colombiana tres clases de depósitos, el civil, el comercial o mercantil y el bancario, regido por la Ley que se acaba de citar.

Los depósitos bancarios constituyen un crédito personal a favor del depositante y en contra del banco y en ocasiones cuando no son a la orden sino a término con interés, un contrato de mutuo.

Predomina, pues, el concepto de crédito, y quien lega un depósito bancario o parte de él, lega un crédito, a su favor y en contra del banco depositario; de donde se concluye que si el testador cobra ese depósito, nada se deberá a su muerte y el legado no subsistirá (artículo 1185 del Código Civil).

De donde resulta que por este otro aspecto, el legado hecho por Montaña a los Hernández, no subsiste.

En síntesis, la norma directriz del artículo 1127 del Código Civil, garantía de la autonomía de la voluntad del testador, no pudo ser violada por la sentencia, dados los términos de la cláusula tercera del testamento de Montaña, referente al legado para los menores Hernández, y dados esos términos era de aplicación rigurosa el artículo 1170 del Código Civil, tal como lo hizo el Tribunal de Pamplona.

Finalmente, los artículos 593 y 472 del Código Judicial, que son normas directivas para los funcionarios del orden judicial, por sí, aisladamente considerados, no pueden dar lugar a la casación de una sentencia sino que es preciso que el desconocimiento de esas normas haya conducido a la violación de otras, señalándolas, de carácter sustantivo. Así lo tiene resuelto la Corte en varias sentencias, una de las cuales se halla en la *Gaceta Judicial* número 1947, pág. 74, tomo XL. El artículo 472 es meramente exhortivo y el 593 directivo, pero por sí mismos no dan base para una casación.

El estudio que se ha hecho de todos los cargos de la demanda, que, como se explicó ya, era lo pertinente examinarlos en su conjunto, da como

conclusión el que ninguna de las acusaciones hechas contra la sentencia pueda prosperar.

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

Las costas a cargo del recurrente.

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

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

Acción de nulidad de unos contratos por simulación. Apreciación de la prueba indiciaria.

Ha dicho la Corte, reiteradamente, que a ella, no le es dado variar la apreciación de la prueba indiciaria hecha por los Tribunales, sino en muy determinados casos en que la interpretación que éstos le dan sea manifiestamente contraria a la evidencia acreditada en el expediente.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Se pasa a decidir hoy, por hallarse debidamente preparado, el recurso de casación interpuesto por el señor apoderado de Alejandro Antonio, Jesús, Julia Rosa, María Estelvina y María Amelia Grisales Salazar, actores, contra la sentencia pronunciada el siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, que confirmó la dictada por el Juez Civil de ese Circuito, por medio de la cual se falló desfavorablemente a aquéllos la demanda ordinaria que en libelo fechado el 31 de marzo de 1938 habían presentado contra Luis María Grisales Gallego, Francisco Eladio y Alfonso María Grisales Salazar, Víctor Mazuera E., Rosalía Arango de Mazuera y Banco Alemán Antioqueño, Sucursal de Pereira.

Los hechos principales que sirven de fundamento a la acción pueden resumirse así:

Luis María Grisales contrajo matrimonio eclesiástico, en 1898, con Clotilde Salazar.

En ese matrimonio tuvieron y procrearon doce hijos, entre los cuales se cuentan los actuales demandantes y los demandados Francisco E. y Alfonso M. Grisales.

Durante el mismo matrimonio Grisales adquirió, a título oneroso, varios bienes que entraron a formar parte del haber de la sociedad conyugal.

Por escritura número 124, de 27 de febrero de 1931, otorgada en la Notaría Segunda de Pereira, Luis María Grisales vendió a Francisco y Alfonso Grisales varios bienes raíces ubicados en jurisdicción de Pereira, algunos semovientes y otros bienes muebles.

Por escritura número 988, del 25 de septiembre de 1933, otorgada en la Notaría Primera de

Pereira, Francisco y Alfonso Grisales celebraron un contrato de permuta con Víctor Mazuera, en virtud del cual aquéllos transfirieron a éste una de las casas que habían comprado por la escritura 124, y Mazuera les transfirió a los Grisales dos pequeñas fincas rurales. Posteriormente, la casa mencionada fue adjudicada a la señora Rosalía Arango de Mazuera en la liquidación y partición de los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal formada por ella y su marido Víctor Mazuera.

Por escritura número 416, del 12 de marzo de 1937, de la Notaría Segunda de Pereira, Francisco y Alfonso Grisales constituyeron hipoteca sobre la otra casa que habían comprado por la escritura 124, a favor del Banco Alemán Antioqueño, Sucursal de Pereira, para garantizarle un préstamo de \$ 8.000 que éste les hizo.

Por escritura número 425, del 13 de marzo de 1937, otorgada en la Notaría Segunda de Pereira, Francisco y Alfonso Grisales vendieron a Luis María Grisales varios bienes raíces ubicados en el Municipio de Pereira.

La señora Clotilde Salazar de Grisales murió el 6 de agosto de 1936.

Con base en tales hechos y en otros muchos que enumera el señor apoderado de los demandantes, solicitó, a nombre de la sociedad conyugal Grisales-Salazar y de la sucesión de Clotilde Salazar, en doce peticiones principales y en ocho subsidiarias, que se declaren absolutamente nulos, por simulación, los contratos de compraventa contenidos en las escrituras números 124 y 425 antes citadas; que se declare absolutamente nulo el contrato de permuta que consta en la escritura número 988, también citada, y la adjudicación hecha a la señora Rosalía Arango de Mazuera, por medio de la escritura número 711, del 31 de agosto de 1934, otorgada en la Notaría Segunda de Pereira; que se declare nula la hipoteca constituida a favor del Banco Alemán Antioqueño, Sucursal de Pereira, por la escritura número 416, igualmente citada; que se hagan las declaraciones y condenaciones consecuenciales pertinentes y que se condene en costas a los demandados. Que si no se decreta la nulidad del contrato contenido en la escritura 124, se declare rescindido por lesión enorme, y

que se hagan todas las demás declaraciones y condenaciones a que haya lugar.

Contestada la demanda y surtida la tramitación correspondiente a la primera instancia, se puso fin a ésta por sentencia fechada el trece de febrero de mil novecientos cuarenta, cuya parte resolutive dice:

“1º DECLARASE que la parte actora no probó los hechos aducidos para fundamentar la afirmación de que son simulados los contratos contenidos en las escrituras públicas números 124 y 425, otorgadas el 27 de febrero de 1931 y 13 de marzo de 1937 en las Notarías Primera y Segunda de Pereira, respectivamente.

“Como consecuencia, se NIEGAN todas las declaraciones que se suplicaron en demanda de treinta y uno de marzo de mil novecientos treinta y ocho, fundadas en la existencia de dicha simulación.

“2º De conformidad con la excepción de prescripción propuesta por los demandados, se DECLARA extinguida la acción rescisoria por causa de lesión enorme con relación al contrato contenido en la escritura número 124, otorgada en la Notaría Primera de Pereira el 27 de febrero de 1931, por razón de no haberse intentado dentro de los cuatro años siguientes a la fecha de dicho contrato.

“Como consecuencia de lo anterior, se NIEGAN las declaraciones que al respecto se suplicaron en la demanda antes mencionada.

“3º SE ABSUELVE a los demandados Luis María Grisales Gallego, Francisco Eladio y Alfonso María Grisales Salazar, Víctor Mazuera E., Rosalía Arango de Mazuera y Banco Alemán Antioqueño, Sucursal de Pereira, de los cargos que se les formularon en el libelo que dio origen al presente juicio.

“4º SE ORDENA cancelar la inscripción ordenada por auto de primero de abril de mil novecientos treinta y ocho, para lo cual se librará el correspondiente oficio una vez ejecutoriada esta providencia.

“5º Sin costas.”

De este fallo apeló la parte demandante, y surtido el negocio al Tribunal de Pereira, esta entidad lo confirmó, como antes se dijo.

Consideraron el Juez y el Tribunal, después de un detenido y minucioso estudio de las pruebas presentadas por los actores, que éstos no lograron probar los hechos fundamentales de su demanda, y por ello absolvieron a la parte demandada.

El recurso.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el señor apoderado de la parte demandante, quien, invocando la primera de las causales que señala el artículo 520 del Código Judicial, la acusa “por errores de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas decisivas del debate y por falta de estimación de otras muy importantes, que llevaron al sentenciador a violar disposiciones de orden sustantivo”.

El recurrente estima que la sentencia viola los artículos 1751, 1759, 1761, 1765, 1768, 1769, 1947, 1954, 2530 y 2541 del Código Civil, y 604, 606, 630, 632, 637, 665, 693, 698 y 721 del Código Judicial, y formula contra ella cuatro cargos, a saber:

1º Mala apreciación de la prueba testimonial del cuaderno número 2 del expediente, y falta de apreciación de parte esencial de esos testimonios, en lo cual hace consistir el recurrente los errores de hecho que dice aparecen evidentes en los autos y la violación de las disposiciones legales antes citadas.

El recurrente hace un análisis detenido y prolijo de dichos testimonios y una comparación de ellos con el resumen que hizo el Tribunal en la sentencia, y sostiene que el fallador dejó de apreciar parte de lo que expresaron los testigos y que, además, a algunos los hace decir lo que no dijeron.

Como síntesis de sus alegaciones acerca de este cargo, dice el recurrente:

“Esos declarantes citados, en número de diez y nueve, acreditan cómo figuró siempre Luis M. Grisales como dueño de esas fincas; cómo lo tuvo por tal el vecindario; cómo contrató mayordomos; cómo visitó esos inmuebles con frecuencia; cómo dio órdenes acerca de su buena marcha; cómo recibió frutos; cómo no conocieron a otro dueño que a él; y cómo no consideraron en ningún tiempo como dueños de esos predios a Francisco y Alfonso Grisales. Es decir, atestiguan dominio, propiedad, señorío pleno, actos de dueño.

“¿Y qué leyó el Tribunal en tan abundante y claro número de testimonios? Lo siguiente:

“Sólo un hecho, considerada la prueba en esta vez con excesiva liberalidad, podríamos decir que resulta establecido: la administración de Luis Grisales en los inmuebles vendidos a sus hijos Francisco y Alfonso.”

“Donde los testigos declaran sobre dominio, el sentenciador lee administración. No sólo, pues, los apreció incompletamente, como se acaba de

demostrar, sino que les hace decir menos de lo que en puridad de verdad declaran, y más aún, les hace atestiguar lo contrario de lo que afirman."

2º "El Tribunal incurre en errores de hecho y de derecho que aparecen de modo manifiesto en los autos, como consecuencia de haber dejado de apreciar varias de las pruebas del expediente, de haber estimado otras en forma incompleta y de no haber dado al conjunto de indicios que aparecen probados en el expediente su valor legal."

A continuación enumera el recurrente siete indicios que en su concepto resultan probados y demuestran plenamente la simulación alegada.

Tales indicios son:

El haber continuado Luis M. Grisales administrando las fincas vendidas; la circunstancia de ser de fama pública en el vecindario que Luis M. Grisales era el dueño de dichas fincas; la fama pública acerca de que la venta hecha a Francisco y Alfonso Grisales fue simulada; el mal estado económico de Luis M. Grisales, por la existencia de cuantiosas deudas a su cargo; el haber pagado Luis M. Grisales algunas de esas deudas no obstante la obligación que contrajeron los compradores de pagarlas; el bajo precio fijado a los bienes vendidos, y el haber vuelto en 1937 parte de esos bienes al patrimonio de Luis M. Grisales, con los mismos precios que les asignaron en 1931.

3º "El Tribunal sentenciador incurrió en error de hecho y de derecho al declarar improcedente la petición subsidiaria sobre rescisión por lesión, por considerar que ha prescrito esa acción."

Estima el recurrente que el Tribunal no tuvo en cuenta la prueba del nacimiento de una de las demandantes, María Amelia Grisales, quien nació en 1916 y sólo llegó a la mayor edad en 1937, de modo que a ella no le empezó a correr el término de la prescripción sino en este último año, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 1751, 2530 y 2541 del Código Civil.

4º "El Tribunal dejó de apreciar varias pruebas importantes relacionadas con la acción rescisoria, pues no estimó los pagos que Luis M. Grisales hizo a sus acreedores Banco Hipotecario de Colombia y Julio Lozano, cuyos créditos se habían comprometido a pagar los compradores."

Sostiene el recurrente que teniendo en cuenta esos pagos y el valor que los peritos fijaron a los bienes sobre que versa el pleito, el vendedor Grisales no alcanzó a recibir la mitad del justo precio, por lo cual debe prosperar la acción sobre lesión enorme.

Estudio de los cargos.

Se considera:

Fuera de las escrituras contentivas de los contratos tachados de simulación, puede decirse que las pruebas aducidas por los demandantes en el presente negocio consisten en declaraciones de testigos, en las cuales cree hallar el recurrente la comprobación plena de la simulación alegada, pues sostiene que de ellas se desprenden varios indicios graves, distintos y conexos entre sí, capaces de llevar al ánimo la convicción evidente de que los contratos aludidos no son reales sino ficticios.

El recurrente empieza su ataque por sostener que el Tribunal no apreció debidamente esas declaraciones, y asevera que no tuvo en cuenta algunos de los hechos afirmados por los testigos, a varios de los cuales les hace decir lo que no dijeron.

Aunque es posible que el resumen hecho por el Tribunal de algunas declaraciones adolezca de pequeños errores u omisiones, es incuestionable que la sentencia analizó prolijamente toda la prueba testimonial aducida por los demandantes, de modo que no puede asegurarse, con fundamento, que haya dejado de apreciar, o de tener en cuenta algunas de aquéllas. Lo que sucede es que el Tribunal no encontró demostrado con esas declaraciones sino un indicio, que no puede, por sí solo, servir para comprobar la simulación alegada. Tal indicio consiste en el hecho de que Luis M. Grisales tuvo a su cargo la vigilancia y administración de algunos de los bienes que fueron objeto del contrato de compraventa que él celebró con sus hijos. A este respecto dice la sentencia, después de estudiar individualmente los testimonios de veintiséis declarantes:

"El caso aquí, tomando ahora el dicho de los declarantes enunciados antes, no establece sino un hecho, cual es el de que Luis Grisales, después de transmitir sus bienes a Francisco y Alfonso del mismo apellido, se quedó con la vigilancia, cuidado y administración de las haciendas materia de aquella convención. Sólo un hecho, considerada la prueba en esta vez con excesiva liberalidad, podríamos decir que resulta establecido: la administración de Luis Grisales en los inmuebles vendidos a sus hijos Francisco y Alfonso."

La sentencia estudia también la prueba testimonial allegada por los demandados, que en parte contradice la de los actores, y concluye su examen así:

"Es, pues, de todo punto imposible —jurídicamente hablando— dar a la administración de Luis Grisales en las propiedades que éste vende a sus hijos Alfonso y Francisco el signo de connivencia producto de una negociación fic-

ticia, como tratan los demandantes de establecer la que Luis Grisales hizo vendiendo algunos bienes a sus hijos tantas veces nombrados. La honestidad de los contratantes de la escritura pública número 124, de la Notaría Segunda de este Circuito, del 27 de febrero de 1931, sus antecedentes de pulcritud entre vendedor y compradores, el crédito comercial de los últimos, su intervención directa en el usufructo de los inmuebles para recibir de los aparceros los beneficios, y, en fin, tantas circunstancias favorables a los compradores, no dejan orilla para considerar que los actos de vigilancia de Luis Grisales sean una consecuencia necesaria y lógica de la presunta convención ficticia que acusan los demandados."

En resumen, el Tribunal no halló demostrado, al través de la abundante prueba testimonial presentada por los actores, sino el hecho de la administración de Luis Grisales, sin que pueda aceptarse que incurriera en error de derecho al calificarla, ni en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, por no encontrar en ella comprobados los demás indicios citados atrás, que el recurrente estima que pueden considerarse acreditados, pero que, en realidad, se desprenden todos de la administración de las propiedades por el vendedor Luis Grisales.

De otra parte, resulta también probado en autos que Alfonso y Francisco Grisales intervinieron directamente en la administración de las mismas fincas, como dueños de ellas, y el hecho de haber permutado una de las propiedades compradas a Luis Grisales por dos predios que pertenecían al señor Víctor Mazuera E., y el de haber obtenido un préstamo de \$ 8,000 del Banco Alemán Antioqueño, que garantizaron con hipoteca de otra de las fincas compradas a Luis Grisales, finca que aún permanece en poder de los compradores, están indicando que éstos sí han tenido por real y efectivo el primer contrato con Luis Grisales.

Además, la Corte ha dicho, reiteradamente, que a ella no le es dado variar la apreciación de la prueba indiciaria hecha por los Tribunales, sino en muy determinados casos en que la interpretación que éstos le den sea manifiestamente contraria a la evidencia acreditada en el expediente.

Entre otras sentencias, en la de 26 de octubre de 1939, citada por el opositor, dijo:

"Cuando se trata de avaluar y estimar la prueba indiciaria, no se comete por el juzgador error de hecho sino en casos especiales en que su interpretación repugne a 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 del artículo

662 del Código Judicial, 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.

"Deja de esa manera el derecho positivo a la conciencia del Juez la valoración de la prueba indicial, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de la sana crítica, en materia de probanzas, y sin que deba ajustarse en su decisión a una rígida y estrecha tarifa de pruebas. Ya dijo la Corte en ocasión anterior 'que la apreciación de los indicios, de su mayor o menor gravedad y de sus relaciones entre sí, es una operación de la inteligencia y de la conciencia del Juez, que no está ni puede estar sujeta a reglas determinadas; y un error de apreciación no puede elevarse a la categoría de voluntaria y maliciosa violación de las leyes sobre pruebas!'

"Se deduce de lo expuesto que no es procedente el recurso de casación por error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba indiciaria, sino en casos especiales en que su interpretación por el juzgador ha sido tan absurda que pugne con la manifiesta evidencia de los hechos, en otra forma demostrados en el proceso."

No son, por consiguiente, fundados los dos primeros cargos que se han analizado, y, por lo mismo, no pueden prosperar.

En lo tocante a los otros dos cargos formulados contra la sentencia que se revisa, los que se refieren a la acción subsidiaria sobre lesión enorme, se tiene lo siguiente:

Alega el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho al declarar prescrita esta acción, porque no tuvo en cuenta que una de las demandantes, María Amelia Grisales, nació en 1916, y sólo llegó a la mayor edad en 1937, por lo cual no estaba prescrita la acción para ella, y que, por otra parte, el Tribunal dejó de apreciar las pruebas que demuestran que Luis Grisales pagó algunos de los créditos que han debido pagar los compradores Alfonso y Francisco Grisales, lo que quiere decir que aquél no alcanzó a recibir efectivamente, ni la mitad del valor dado por los peritos a los bienes sobre que se litiga.

Cuanto a lo primero, no está claro en qué año nació María Amelia, porque la respectiva partida de bautizo dice que el 2 de abril de 1916 fue bautizada una niña que nació el 27 de mayo, sin expresar de qué año, pero es claro que lógicamente debe concluirse que en el mes de mayo anterior al de abril en que se verificó el bautizo, o sea en mayo de 1915; pero aun aceptando,

en gracia de discusión, que la prescripción se hubiera suspendido respecto de María Amelia, podría decirse que no había prescrito la acción respecto de ella, pero sí respecto de los demás litigantes.

Ahora bien: en concepto de la Corte, no era el caso de declarar prescrita la acción sobre lesión enorme, porque lo que resulta clara y plenamente probado en autos es que dicha acción no tiene cabida en el presente juicio, por las razones que pasan a exponerse:

Según la escritura número 124, Luis Grisales vendió a Alfonso y Francisco Grisales varios bienes por el precio de \$ 12.000, y como esos bienes fueron estimados, pericialmente, en peritazgo que se halla en firme, en \$ 21.350, resulta evidente que los compradores pagaron por ellos más de la mitad del justo precio, y entonces no hubo lesión enorme, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1947 del Código Civil. Además, para mayor abundamiento, conviene observar que los compradores se hicieron cargo de pagar por el vendedor la cantidad de \$ 10.800, valor de varias deudas enumeradas en la escritura de contrato con sus correspondientes intereses, que no se sabe a cuánto ascendían, y que también se estipuló en tal escritura que "asimismo quedan obligados los dichos compradores a pagar al comercio las deudas que el vendedor tenga contraídas por efectos que hayan entrado a la mencionada tienda, para su venta en ella"; de modo que, en realidad, el precio señalado a los bienes vendidos fue bastante superior a \$ 12.000, es decir, que excedió visiblemente de la mitad del avalúo pericial de ellos, lo que demuestra más claramente aún, si es posible, que el contrato no quedó afectado de lesión enorme.

En lo relativo al argumento hecho por el recurrente de que como Luis Grisales pagó algunas de las deudas que los compradores se comprometieron a cancelar, aquél no recibió los \$ 12.000 estipulados como precio, sino menos, y que por ello debe prosperar la acción, observa la Corte que los pagos hechos por Luis Grisales en nada modifican el precio convenido, y que si él pagó con posterioridad al contrato, lo que no debía ya, es claro que tiene acción contra Alfonso y Francisco Grisales para repetir lo pagado, pero no puede sostenerse que debido a ello el precio de los bienes vendidos haya sido menor del estipulado.

Se deduce de lo dicho que los cargos formulados contra la sentencia no dan base para casarla, porque en el fondo se llegaría al mismo resultado. De consiguiente, se rechazan.

A virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Acciones de nulidad de un remate y de indemnización de perjuicios. Mutuo. — Abuso del derecho. — Lesiones patrimoniales.

1. Al decir el Código Civil en su artículo 1496 que el contrato unilateral impone obligaciones a una de las partes en favor de la otra, que "no contrae obligación alguna" no significa que no haya prestación a cargo de ésta, que ponga el fiel de la balanza en su sitio de equidad ante las contraprestaciones a que aquélla queda sujeta. Lo que sucede es que un mutuo que, por real, no se perfecciona sino al entregarse lo mutuo, viene a nacer como contrato por virtud de tal entrega, y como con ésta queda cumplido lo que es de cargo del mutuante, ya no hay obligaciones pendientes para él, y es en ese momento y por esa entrega cuando nacen las del mutuario, que así quedan de únicas pendientes. Este análisis, por decirlo así, mecánico, del modo de suceder las cosas, a la vez que explica por qué puede decir el Código que en el contrato unilateral una de las partes no contrae obligación alguna, señala también el alcance de este concepto, demostrando que no puede ser el de que una parte asuma obligación sin causa, y, también, sin causa, se enriqueciera la otra parte. Además, si el mutuante recibe en prenda algo, y si se le reputa en la obligación de conservarlo y se dice que cuando ello es un crédito tal obligación implica la de no dejarlo prescribir y aun la de hacerlo efectivo, tales afirmaciones no pueden formularse sino partiendo del supuesto de que él es acreedor, y salta a la vista que esta calidad no puede tenerla sino en virtud del mutuo, del que ella no puede apartarse. Y si a esto se agrega que la prenda es un accesorio del mutuo, bien se comprende cuán inaceptable es desvincular estos dos contratos en forma que, por ser unilateral cada uno de ellos, se prescindiera de sus relaciones recíprocas y consiguientemente se desconozca que en su conjunto se hallan en las circunstancias que para los bilaterales determina con transparente equidad el citado artículo 1609. Y, por lo mismo, lo procedente es indagar, ante todo, cómo se halla cada una de las partes respecto de las obligaciones de su cargo para saber si pueden acogerse los reclamos que tenga contra la otra por incumplimiento de las suyas.

2. Hay que distinguir entre ejercicio abusivo de un derecho efectivo y la arrogación de un derecho, puesto que, aunque en ambos casos en habiendo culpa hay la consiguiente obligación de indemnizar el perjuicio que se haya causado, esta igualdad de conclusión no autoriza a pasar por alto la diferencia de las fuentes. Estrictamente hablando, no es en abuso del derecho en lo que incurre quien, atribuyéndose uno de que carece, daña a un supuesto obligado o a quien, estándole obligado, no puede ser cumplido en la forma en que aquél lo hace. Ejemplo de esto, de no infrecuente ocurrencia, es la pretensión de dar cariz de delito al incumplimiento de una obligación civil con el fin de forzar el pago por el temor de los perjuicios de todo orden, cardinalmente morales, que apareja a una persona el aparecer como delincuente. Y ejemplo de lo primero, muy señalado por la feliz circunstancia de mediar disposición legal escrita, es la limitación que el artículo 283 del Código Judicial ha puesto a la potestad conferida al acreedor por el artículo 2488 del Civil. Como la expresión misma lo indica, el abuso del derecho comienza por afirmar desde luego un derecho que asiste a quien lo ejercita. El abuso consiste en que en este ejercicio se exceda o se desvíe de los fines que económica y socialmente corresponden, y así perjudique al perseguido, sin siquiera obtener las más de las veces provecho para sí.

3. No todas las lesiones patrimoniales las atiende la ley para prevenir las o remediarlas; por el contrario, defiriendo en lo general a la autonomía de la voluntad y respetándola como norma suprema, al punto de declarar ley para los contratantes el contrato legalmente celebrado, sólo por excepción acude, en la mira de impedir el enriquecimiento torticero, a restablecer el equilibrio que ciertas lesiones han alterado. Así el Código Civil, en su artículo 1601, autoriza la reducción de la cláusula penal cuando es excesiva en los términos allí mismo señalados; hace otro tanto en su artículo 2231 con los intereses en el mutuo, en forma excesiva a los de la anticresis, al tenor de su artículo 2466; en el 1405 hace rescindible la

partición a instancia del perjudicado en la cuantía fijada allí mismo, y en el artículo 1946 concede igual recurso contra la compraventa afectada de lesión enorme, la que determina el artículo 1947, aplicables ambos a la permuta al tenor del artículo 1958. Estos remedios versan sobre la lesión y se encaminan a corregirla, dejando en pie la estipulación penal o la de intereses, considerada en sí, y tratándose de compraventa o permuta, el hecho de hallarse la lesión y de hacerse las declaraciones consecuenciales no determina desde luego la invalidación del contrato, pues el artículo 1948 permite conservarlo en pie mediante la deducción o la restitución de la diferencia de precio en que la lesión ha consistido, con un descuento que naturalmente no cabe cuando de partición se trata; pero en ésta el artículo 1407 permite atajar la acción rescisoria ofreciendo y asegurando el suplemento en numerario. Las lesiones patrimoniales que no tienen su origen en una convención, han de tenerlo en una fuente corregida o castigada por la ley cuando a ellas se atiende civilmente. Una culpa, por sí sola, no basta a determinar indemnización, puesto que ésta mira al perjuicio en forma tal que en no habiéndolo, es decir, en faltando la causa, no puede producirse ese efecto. De tan clara reflexión lógica se deduce, como la Sala lo tiene ya dicho en numerosos fallos, que en una demanda de indemnización de perjuicios es preciso que el actor demuestre haberlos sufrido, como es preciso también atar con vínculo de causalidad el daño del actor y la culpa del reo.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El señor José G. Quintana M. recibió del National City Bank de Nueva York, Sucursal de Bogotá, en mutuo con interés, sumas de dinero que no pagó oportunamente, por lo cual el Banco, ejercitando sus acciones legales para el cobro, llevó a remate por medio de la Bolsa de Bogotá, S. A., los automóviles que su deudor le había dado en prenda, caución a que se añade la de varios créditos a favor de Quintana constantes en letras de cambio que entregó al Banco.

Acusando de nulidad el remate, Quintana pidió que así se declarara; y afirmando haber recibido perjuicios derivados de ahí, así como de la culpa grave, o, en su defecto, de la leve, o, en subsidio, del abuso del derecho, demandó su in-

demnización. Se dirigió contra ambas entidades, Banco y Bolsa. Además, exige del Banco indemnización de perjuicios por la negligencia con que dejó perjudicar las aludidas letras y consumarse la prescripción señalada en la Ley mercantil. Pidió también en su favor condenación en costas.

El asunto se repartió el 25 de noviembre de 1938 al Juzgado 6º Civil de este Circuito, en donde se surtió la primera instancia y se la decidió en fallo de 4 de julio de 1939 absolviendo de todo cargo a la Bolsa de Bogotá, condenando al Banco, como responsable por abuso del derecho con motivo del remate de los automóviles, a pagar a Quintana los perjuicios consiguientes, que se fijarian en la ejecución de la sentencia sobre las bases dadas en ella, y negando las demás peticiones de la demanda, salvo la de costas a cargo del Banco, en favor del demandante.

El Tribunal Superior de Bogotá, previa la tramitación legal de la segunda instancia, la decidió el 9 de junio de 1942 reformando el fallo apelado, así: mantuvo la condena en perjuicios por el abuso del derecho en el remate de los automóviles pronunciada por el Juez, y los fijó en la diferencia entre el producto del remate y el precio comercial que para la fecha de éste se señale pericialmente en la ejecución de la sentencia; condenó, además, al Banco a pagar a Quintana perjuicios por el no cobro de varios de los créditos aludidos dados en prenda, los más de ellos mediante el avalúo de lo que cuesten los juicios necesarios para que recuperen la eficacia jurídica que tenían los respectivos documentos al constituirse la prenda; y, en lo tocante a la Bolsa de Bogotá, no sólo la absolvió, sino que decretó costas a su favor y a cargo del demandante.

Este y el Banco recurrieron en casación. Concedido, admitido y tramitado el recurso de ambos, ahora se decide.

De los múltiples problemas planteados en el libelo de demanda, a todos los cuales dedicó muy detenida y laudable atención el Juzgado y con él el Tribunal, varios se hallan ya fuera del litigio al llegar el proceso a la Corte. Absuelta la Bolsa de Bogotá en ambas instancias y no formulándose por ello cargo alguno por los recurrentes, lo tocante a esa entidad quedó descartado. Del propio modo, negadas una a una las varias súplicas sobre nulidad del remate y no habiendo cargo por esto, esta nulidad y sus aludidas consecuencias quedan descartadas también.

Así, los problemas hoy pendientes se reducen a éstos: Quintana exige que la condena relativa a las letras sea por el valor del principal de todas y cada una con sus intereses respectivos, y el Banco aspira a una completa absolución, por lo

cual su reclamo va contra su condena, tanto en lo relativo a las letras pignoradas cuanto en lo tocante a los automóviles y a habersele culpado de abuso del derecho en su remate.

El Juzgado analizó uno a uno los créditos a que las letras se refieren. Esta tarea, concienzuda y detallada, resultó inoficiosa ante el concepto decisivo que su fallo formuló sobre la mora del Banco, concepto que se resume en la *exceptio non adimpleti contractus*, declarada probada por él en vista de que para la fecha del vencimiento de sus obligaciones con el Banco, Quintana no las cubrió, y de que, por lo mismo, aunque el Banco hubiera faltado a las suyas como acreedor prendario, no podía Quintana reputarlo en mora con él, a lo que concurre que para esa fecha estaban aún vivas y en pie las acciones que respecto de las letras se dan hoy por totalmente prescritas. En otras palabras: la adversa situación actual de las letras no se había producido aún al vencerse a Quintana su plazo, con el Banco, de suerte que, aun dando por sentado que a negligencia del Banco se deba el que aquella situación actual se produjera, el Banco no puede reputarse en mora.

El Tribunal se apartó de este concepto, en razón de que el artículo 1609 de nuestro Código Civil, que consagra esa excepción, se refiere a contratos bilaterales y no lo son ni el mutuo ni la prenda, entre los cuales no encontró la vinculación que da base a la opinión del Juez, quien reforzó sus razonamientos al respecto con la cita de la sentencia de la Corte de 18 de noviembre de 1938 (*Gaceta Judicial*, tomo XLVII, págs. 332 a 336).

Esa sentencia versa sobre problema muy análogo al que se está contemplando, pues el pleito versaba sobre los perjuicios causados al demandante como deudor por la negligencia de que culpaba a su acreedor en mantener vivo y hacer efectivo el crédito hipotecario que le había dado en prenda. Entonces la Corte decidió sobre la base de la reciprocidad de las obligaciones de los contratantes y de la conexión entre unas y otras, al punto de que su razonamiento se desarrolló dando incuestionablemente por sentada la aplicabilidad del citado artículo 1609, que fue el eje y razón de ser del fallo. En él la Corte se abstuvo de infirmar el absolutorio del Tribunal fundado cabalmente en no haber cumplido el mutuario sus obligaciones para con el mutuante.

Y no puede ser de otro modo, porque al decir el Código Civil en su artículo 1496 que el contrato unilateral impone obligaciones a una de las partes en favor de la otra que "no contrae obligación alguna", no significa que no haya prestación a cargo de ésta que ponga el fiel de

la balanza en su sitio de equidad ante las contra-prestaciones a que aquélla queda sujeta. Lo que sucede es que un mutuo que, por real, no se perfecciona sino al entregarse lo mutuado, viene a nacer como contrato por virtud de tal entrega, y como con ésta queda cumplido todo lo que es de cargo del mutuante, ya no hay obligaciones pendientes para él, y es en ese momento y por esa entrega cuando nacen las del mutuario, que así quedan de únicas pendientes. Este análisis, por decirlo así, mecánico, del modo de suceder las cosas, a la vez que explica por qué puede decir el Código que en el contrato unilateral una de las partes no contrae obligación alguna, señala también el alcance de este concepto, demostrando que no puede ser el de que una parte asuma obligación sin causa y, también sin causa, se enriqueciera la otra parte.

Además, si el mutuante recibe en prenda algo, y si se le reputa en la obligación de conservarlo y se dice que cuando ello es un crédito tal obligación implica la de no dejarlo prescribir y aun la de hacerlo efectivo, tal afirmaciones no pueden formularse sino partiendo del supuesto de que él es acreedor, y salta a la vista que esta calidad no puede tenerla sino en virtud del mutuo, del que ella no puede apartarse. Y si a esto se agrega que la prenda es un accesorio del mutuo, bien se comprende cuán inaceptable es desvincular estos dos contratos en forma que, por ser unilateral cada uno de ellos, se prescindiera de sus relaciones recíprocas y consiguientemente se desconozca que en su conjunto se hallan en las circunstancias que para los bilaterales determina con transparente equidad el citado artículo 1609. Y, por lo mismo, lo procedente es indagar ante todo cómo se halla cada una de las partes respecto de las obligaciones de su cargo para saber si pueden acogerse los reclamos que tenga contra la otra por incumplimiento de las suyas.

Estas consideraciones hacen ver por qué halla la Corte admisible la acusación del Banco contra la referida condena respecto de las letras pignoradas. Es verdad que en el grupo de disposiciones sustantivas que cita como violadas no figura con sus cifras ese artículo 1609; pero este reparo que le hace el opositor no es aceptable, tanto porque las restantes disposiciones, citadas con sus cifras, bastan a justificar el cargo, cuanto, ante todo, porque para entenderlo aducido, no sólo sobre ellas sino sobre ese preciso artículo 1609, basta leer las alegaciones pertinentes de su demanda de casación. Entre ellas figura, a mayor abundamiento, la transcripción de la referida sentencia de la Corte en párrafos que forzosamente llevan consigo como fundamento el precepto de esa precisa disposición sustantiva.

Al prosperar esta acusación del Banco y desaparecer consecuentemente aquella condena, no hay lugar siquiera al estudio del reclamo del demandante como recurrente, puesto que, si no hay condena, no procede, por inoficioso, indagar si, en su caso, ésta habría de ser como la plantea el Tribunal o como la exige el demandante. Una y otra son formas de fijar la indemnización; y si ésta no se decreta, no hay por qué ni para qué disertar sobre la manera en que, en su caso, hubiera de precisarse su cuantía.

Queda tan sólo por indagar lo tocante al remate, o, más concretamente, al abuso del derecho en relación con él.

Este fenómeno jurídico quedó expuesto cumplidamente en la sentencia del Juzgado, así como en la del Tribunal. Sobre él y las doctrinas correspondientes no hubo desacuerdo entre los juzgadores de instancia. El voto disidente en el Tribunal no se refiere a la tesis en sí, sino a su aplicabilidad al presente caso, la que ese voto niega por faltar alguno de los elementos de hecho indispensables para la configuración de aquel fenómeno.

En efecto: Juzgado y Tribunal, como sobra decirlo, estiman necesario para que se produzca que quien se queja del abuso se haya perjudicado por él. Aquí se ha entendido que si hay perjuicio, consistente en la diferencia entre el precio irrito que obtuvieron los automóviles en el remate y el verdadero precio de ellos ese día, superior al que entonces se consiguió; de ahí que esta diferencia sea el valor de la indemnización a que viene condenado el Banco.

Y el salvamento de voto observa que ese distinto y superior precio comercial no puede afirmarse porque no está acreditado, y, además, porque no puede suponerse, puesto que hubo licitación, sobre lo cual recuerda que en las ventas efectuadas en licitación pública no hay acción rescisoria por lesión enorme. El Magistrado conceptúa que debe presumirse precio comercial el señalado por la licitación y que para pensar de otro modo y decidir sobre distinta base en una sentencia, debía estar demostrado ese precio distinto, y la ausencia de esta demostración determina la falta de uno de los elementos necesarios a la configuración y producción del abuso del derecho.

El Banco al fundar su recurso en esta parte de su alegación acusa por error en la apreciación de las pruebas relativas al remate en sí mismo y a la situación del país en su época y porque de ese error se dedujo la violación de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil indebidamente aplicados, y acusa también de violación del artículo 2357 *ibidem* por haberse dejado de aplicar al desatender la compensación de culpas allí

establecida o autorizada, con olvido del incumplimiento de Quintana y de la situación a que por él se vio conducido el Banco hasta tener que rematar los automóviles como y cuando lo hizo. Acusa igualmente de quebranto del artículo 102 de la Ley 45 de 1923.

Este artículo 102 lo reputa violado por el desconocimiento de la potestad, que confiere al Banco; pero el Tribunal no la desconoció sino que partió de su existencia para, sobre esta base *sine qua non*, calificar de abusivo su ejercicio.

Como la Corte ha tenido ocasión de advertirlo ya varias veces, ocurre distinguir entre ejercicio abusivo de un derecho efectivo y la arrogación de un derecho, puesto que, aunque en ambos casos en habiendo culpa hay la consiguiente obligación de indemnizar el perjuicio que se haya causado, esta igualdad de conclusión no autoriza a pasar por alto la diferencia de las fuentes. Estrictamente hablando, no es en abuso del derecho en lo que incurre quien, atribuyéndose uno de que carece, daña a un supuesto obligado o a quien, estándole obligado, no puede ser compelido en la forma en que aquél lo hace. Ejemplo de esto, de no infrecuente ocurrencia, es la pretensión de dar cariz de delito al incumplimiento de una obligación civil con el fin de forzar el pago por el temor de los perjuicios de todo orden, cardinalmente morales, que aparece a una persona el aparecer como delincuente. Y ejemplo de lo primero, muy señalado por la feliz circunstancia de mediar disposición legal escrita, es la limitación que el artículo 283 del Código Judicial ha puesto a la potestad conferida al acreedor por el artículo 2488 del Civil.

Como la expresión misma lo indica, el abuso del derecho comienza por afirmar desde luego un derecho que asiste a quien lo ejercita. El abuso consiste en que en este ejercicio se exceda o se desvie de las finalidades que económica y socialmente corresponden y así perjudique al perseguido, sin siquiera obtener las más de las veces provecho para sí.

En el presente caso ambos fallos de instancia consideran que esto fue lo acontecido, y que el Banco al extremar su persecución dañó su propia causa haciendo que la enajenación de la prenda en el martillo de la Bolsa rindiere un producto mínimo. De ahí que el Juez condene a pagar la diferencia entre ese producto y el que se hubiera obtenido en remate judicial, y que el Tribunal lo haga a la diferencia entre ese precio del martillo y el que para su fecha era el efectivo o comercial de los automóviles pignoralos. Así, pues, dan por sentado que hubo un precio mayor o que precisamente lo habría habido en el remate judicial, según el Juez, o, según el Tribunal, en venta libre en el mercado, y sobre este pie concluyen que el deudor Quin-

tana, hoy demandante, fue perjudicado en la cuantía de tal diferencia por el excesivo celo o empeño persecuidor del Banco.

La sentencia del Tribunal, después de su aludida exposición doctrinaria y del relato de los antecedentes y circunstancias pertinentes, resume lo que al respecto es el concepto de la mayoría de la Sala de Decisión, en estos términos:

“El National tenía derecho a enviar la prenda al martillo y a fijar la base para dicho remate. Mas al señalarla en \$ 3.900.00, cuando cinco días antes había indicado \$ 8.000.00, abusó de esa prerrogativa, tanto más que el valor comercial de tales vehículos era muy superior a esa base, porque un buen padre de familia no hubiera procedido así. Esta negligencia e imprudencia revelan el abuso del acreedor prendario, quien obró sin motivo legítimo. El hecho de fijar como base del remate un precio irrito, es decir, muy inferior al comercial, implica un abuso de esa prerrogativa y compromete por consiguiente la responsabilidad del Banco, quien causó con ello un daño a su deudor Quintana, que está obligado a repararle.”

La Corte observa: No todas las lesiones patrimoniales las atiende la ley para prevenirlas o remediarlas; por el contrario, defiriendo en lo general a la autonomía de la voluntad y respetándola como norma suprema, al punto de declarar ley para los contratantes el contrato legalmente celebrado, sólo por excepción acude; en la mira de impedir el enriquecimiento torticero, a restablecer el equilibrio que ciertas lesiones han alterado. Así el Código Civil, en su artículo 1601, autoriza la reducción de la cláusula penal cuando es excesiva en los términos allí mismo señalados; hace otro tanto en su artículo 2231 con los intereses en el mutuo, en forma extensiva a los de la anticresis, al tenor de su artículo 2466; en el 1405 hace rescindible la partición a instancia del perjudicado en la cuantía fijada allí mismo, y en el artículo 1946 concede igual recurso contra la compraventa afectada de lesión enorme, la que determina el artículo 1947, aplicables ambos a la permuta al tenor del artículo 1958. De paso se advierte que estos remedios versan sobre la lesión y se encaminan a corregirla, dejando en pie la estipulación penal o la de intereses, considerada en sí, y que, tratándose de compraventa o permuta, el hecho de hallarse la lesión y de hacerse las declaraciones consecuenciales no determina desde luego la invalidación del contrato, pues el artículo 1948 permite conservarlo en pie mediante la deducción o la restitución de la diferencia de precio en que la lesión ha consistido, con un descuento que naturalmente no cabe cuando de partición se trata; pero en ésta el artículo 1407 permite atajar la

acción rescisoria ofreciendo y asegurando el suplemento en numerario.

Las lesiones patrimoniales que no tienen su origen en una convención, han de tenerlo en una fuente corregida o castigada por la ley cuando a ellas se atiende civilmente. En un caso como el presente en que aquélla es el abuso del derecho, preciso es indagar ante todo si realmente se ha incurrido en la culpa que este abuso significa.

De otro lado, una culpa por sí sola no basta a determinar indemnización, puesto que ésta mira al perjuicio en forma tal que en no habiéndolo, es decir, en faltando la causa, no puede producirse ese efecto. De tan clara reflexión lógica se deduce, como esta Sala lo tiene dicho ya en otros fallos, que en una demanda de indemnización de perjuicios es preciso que el actor demuestre haberlos sufrido, como es preciso también atar con vínculo de causalidad el daño del actor y la culpa del reo.

Estos tres elementos los encuentra el Tribunal tal como reza el párrafo transcrito de su fallo, según el cual la culpa del Banco está en haber señalado cierta base de precio para la licitación en forma de reducirla en el mero transcurso de cinco días a menos de la mitad, sin que se haya invocado ni demostrado el advenimiento de un suceso tal que justificara tan grave alteración; y en que el precio obtenido en el martillo fue inferior al de avalúos periciales anteriores que para el Tribunal acreditan, añadidos a datos sobre costo inicial de los automóviles, que el precio comercial de éstos era mayor que el obtenido en el martillo de la Bolsa, como tantas veces se ha dicho ya aquí.

Como ya también se dijo, el salvamento de voto del Magistrado sustanciador estriba principalmente en no estar comprobado en el proceso ese precio mayor y en estimar él que la afirmación de haber abuso causante de perjuicio no cabe hacerse si éste consiste en la mencionada diferencia de precios, no estando acreditado el aludido precio mayor.

Sin dejar de distinguir entre dos elementos diferentes como lo son la culpa y el daño, es de verse que el Tribunal ha hallado y definido la culpa en función del perjuicio y ha hecho consistir éste en tal diferencia de precios, la que efectivamente no está acreditada, con lo que falta a la condena pronunciada en el fallo recurrido el soporte que para éstos es indispensable según el artículo 593 del Código Judicial.

Al concepto de que hay tal diferencia llega el Tribunal mediante una resta en que el sustraendo es el precio obtenido en la licitación y el minuendo será el precio que pericialmente se señale a los automóviles como comercial para la misma fecha de aquélla, dentro de la actuación

establecida por el artículo 553 del Código Judicial. Salta a la vista que no puede ordenarse a los evaluadores que tal señalamiento lo hagan en cifra precisamente mayor que la del remate, única manera de que haya aquella diferencia. Esta reflexión tan simple concurre a patentizar la completa incertidumbre del valor del aludido minuendo y, por tanto, la de si en definitiva habrá o nó una diferencia de la precisa clase requerida para la decisión condenatoria dentro del concepto del Tribunal, esto es, por exceso.

El estudio nimia y detenidamente los varios elementos probatorios de donde, sin lugar a tacha de desacierto, dedujo la presunción en que se basa; pero una conjetura no es por sí sola base suficiente. Si, pues, no puede afirmarse con certidumbre en este proceso que los automóviles valian más de lo que produjeron en el martillo de la Bolsa, y si este concepto de mayor valor en su fecha es la clave de la condenación, dado el razonamiento por el cual el Tribunal se vio conducido a hacerla, es claro que no está producido judicialmente el caso de aplicación del artículo 2341 del Código Civil, lo que vale como decir que prospera el cargo que al respecto hace el Banco en su recurso.

Así las cosas, resulta inoficioso estudiar el cargo relativo a la no aplicación del artículo 2357 de esta obra. Con todo; no sobra indicar que lo que como culpas de Quintana descontables en compensación, según el Banco, señala éste ante esa disposición legal, no son tales culpas atribuibles a ese fin, así: ser ejecutado Quintana por otro acreedor suyo no es hecho de esa clase, y si el embargo de los automóviles en esa ejecución pudiera señalarse en tal sentido, mal puede serlo ante la circunstancia decisiva de que en manera alguna estorbó o impidió la acción del Banco, al punto de que no prosperó en este pleito la pretensión de Quintana de anular el remate por ese embargo de los automóviles en la aludida distinta ejecución; el traspaso de bienes hecho por Quintana a que el abogado del Banco atribuye dañada intención contra éste, fue anterior a las obligaciones por las cuales el Banco le recibió las referidas prendas y le hizo rematar los automóviles; y la mora de Quintana

en pagarle, que no es culpa extracontractual, está reglamentada por el artículo 1617 del Código Civil.

Resumiendo lo dicho hasta aquí, se tiene que, prosperando el recurso del Banco en lo relativo a las pretensiones de Quintana respecto de las letras y a lo decidido por el Tribunal sobre éstas, así como en lo relativo al abuso del derecho en cuanto al remate de los automóviles, ha de reemplazarse la condena por absolución.

En cuanto a las restantes súplicas de la demanda sobre el mismo remate y su nulidad y culpas del Banco con ocasión de él, que no han sido tema del recurso de casación por lo antedicho, y que deben serlo del fallo de instancia con que la Corte lo reemplace según el artículo 538 del Código Judicial, esta Sala acoge la decisión de Juzgado y Tribunal fundada en estudio detenido y juicioso de cada uno de aquellos pedimentos, decisión negativa en ambas instancias.

Pronunciando la Corte fallo de instancia por virtud de la invalidación del recurrido, decide como en instancia corresponde, sobre los diversos tópicos de sentencia de esta clase y, por ende, del de costas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el nueve de junio de mil novecientos cuarenta y dos y, reformando la del Juzgado 6º Civil de este Circuito de cuatro de julio de mil novecientos treinta y nueve, falla este pleito así: No hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas en el libelo inicial de cuyos cargos todos se absuelve a los demandados.

No hay condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

SALA DE CASACION PENAL

Qué son delitos de responsabilidad. — Incompetencia de la Corte Suprema de Justicia para juzgar a un Magistrado de Tribunal Superior por delitos comunes. — La Corte dicta auto de proceder contra el doctor Edilberto Arévalo Correal, Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, por intervención en política.

I.—El tenor literal de los artículos 148 y 160 de la Constitución Nacional, indica que el Juez o Magistrado no puede ser depuesto sino por sentencia judicial, es decir, previo un juicio que termine por fallo condenatorio; y que los Magistrados de los Tribunales de Justicia son juzgables por la Corte Suprema como juez de única instancia “por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o leyes, o por mal desempeño de sus funciones”. En los demás casos, cuando se trata de hechos que se denominan delitos comunes, no son juzgables por la Corte Suprema sino por los Jueces o Tribunales comunes, como el resto de los ciudadanos. Antiguamente —en particular bajo los regímenes monárquicos— las gentes de la nobleza comparecían ante tribunales diferentes de los que juzgaban al común del pueblo. La legislación colombiana sólo ha dejado subsistir como especial —no como privilegiada— la jurisdicción militar para delitos estrictamente militares; y dentro de la jurisdicción común ha asignado a los Jueces Superiores de Distrito Judicial el juzgamiento —sin jurado— de ciertos eclesiásticos.

La Constitución colombiana de 1858 (artículo 49) y la de 1863 (artículo 70), daban jurisdicción a la Corte Suprema para conocer de las causas por delitos comunes cometidos por el Presidente de la República o por los Secretarios (Ministros) de Estado; y tanto esas Constituciones como la de 1853 (artículo 42), establecían la jurisdicción de la Corte para juzgar a los Magistrados (o Ministros, como se decía entonces), de los

Tribunales de Justicia, pero sólo en “causas de responsabilidad”, o “por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones”. Estos antecedentes pueden ilustrar el sentido del artículo 148 de la Constitución actual.

El Código Judicial (Ley 105 de 1931) dispuso en el artículo 33, que la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema conociese “de las causas de responsabilidad por faltas o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, por... Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Y además de la jurisdicción que la Carta Fundamental confiere a la Corte Suprema para juzgar a los Magistrados de Tribunal en causas “de responsabilidad” o por delitos cometidos con motivo o pretexto de ejercer sus funciones, el nuevo Código Judicial dio jurisdicción a esta entidad para conocer “de las causas que se sigan por delitos comunes cometidos en cualquier época por individuos que al tiempo en que debiera decidirse del mérito del sumario” estuviesen desempeñando el cargo (entre otros) de Magistrados de Tribunal Superior. Como se ve, el Código Judicial tenía en cuenta para determinar la competencia legal de la Corte respecto de los Magistrados de Tribunales Superiores, la naturaleza del hecho imputado —delito o motivo de responsabilidad— y la calidad oficial del sindicado, puesto que aun por delitos comunes cometidos en cualquiera época podía juzgar la Corte a los Magistrados si al tiempo en que debe calificarse el mérito del sumario se hallaba el sindicado desempeñando la magistratura. No así en el Código de Procedi-

miento Penal, que entró en vigencia el 1º de julio de 1938. Este, lejos de ampliar la jurisdicción que como privativa le confiere a la Corte el artículo 148 de la Constitución, restringió los llamados fueros, no atribuyó a la Corte la facultad de juzgar por delitos comunes a los Magistrados de Tribunales, y le dejó el juzgamiento de ellos únicamente en cuanto a cargos o delitos de responsabilidad relacionados con sus funciones de Magistrados. El nuevo estatuto procedimental se atuvo, para fijar la competencia legal de la Corte, exclusivamente a la naturaleza del hecho juzgable. Y así, el delito cometido en ejercicio de la Magistratura o con abuso o pretexto de las funciones correspondientes, debe ser juzgado por la Corte, ya sea que se trate de un Magistrado en ejercicio o de quien haya dejado de serlo. En cambio, si se trata de un delito común, el juzgamiento del asunto no corresponde a la Corte sino a los Jueces ordinarios, aun cuando el sindicado haya ejecutado el hecho siendo Magistrado, y aun cuando conserve tal carácter al tiempo en que se le vaya a juzgar.

II.—En el año de 1930 estableció el legislador la prohibición a todos los empleados para formar parte de directorios políticos o “poner al servicio de la política las funciones que ejerzan”; la Ley 105 de 1931 repitió la prohibición para los empleados del Organismo Judicial y del Ministerio Público, pero la expresó en otra forma: “Tampoco pueden hacer parte de directorios políticos ni intervenir en debates públicos de este carácter”; y el Código Penal de 1936 declaró punible al “funcionario o empleado público que forme parte de directorios políticos o intervenga en debates de este carácter”. La expresión debate electoral, ha adquirido carta de naturaleza, y suele emplearse para indicar en general las actividades de los partidos o bandos, relativas a las elecciones, en especial, las ocasionadas por la pugna de aquéllos en el acto de las votaciones; de manera que el debate electoral es, por definición, un debate de carácter político. La intervención de los funcionarios públicos —y particularmente de los Jueces o Magistrados— en debates de carácter político es una de aquellas infracciones que se penan no por el daño efectivo causado sino teniendo en cuenta solamente el riesgo o daño de peligro, la intranquilidad pública, la desconfianza que siembra en el ánimo de los asociados la conducta del infractor aun sin que pueda imputársele el haber causado un daño concreto y efectivo (delito formal).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, treinta de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos:

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Vistos:

Con motivo de las elecciones para Diputados y Representantes que debían efectuarse el diez y seis de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, la Gobernación de Cundinamarca, temerosa de que en Usme pudiera ocurrir fraude electoral, envió a aquel Municipio un funcionario de su dependencia, el señor Antonio Tobar Díaz, en calidad de delegado de la Gobernación para vigilar los comicios. Este señor se trasladó a Usme el día quince, y allí permaneció, cumpliendo su cometido, hasta el día siguiente de las elecciones, y declara que el objeto de su ida fue evitar “un chocorazo” que se tenía preparado, según datos llegados a la Gobernación.

Este delegado rindió informe por escrito a la Secretaría de Gobierno sobre las elecciones de Usme.

Y como de la Policía Nacional había ido también a dicha población, con el objeto de mantener el orden, una escolta de cinco Agentes al mando del Cabo Jorge Otilio Camacho, éste dio por su parte un informe escrito, que aparece dirigido al Alcalde de la población, “sobre el fraude electoral”, según se dice al principio de ese documento.

“Los informes del delegado y del Cabo de la Policía Nacional, dice el señor Procurador, fueron conocidos del público más tarde, a fines de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, por haberse suscitado en el recinto de la Asamblea un debate sobre los incidentes ocurridos en las elecciones de marzo.”

En la sesión del treinta y uno de mayo se aprobó una moción, que dice:

“La Asamblea de Cundinamarca, oídos los graves cargos que se han hecho en el día de hoy en relación con el pasado debate electoral en el Municipio de Usme, *resuelve:*

“Nombrar por la Presidencia una comisión para que investigue los referidos cargos e informe a la Asamblea en la primera hora de la sesión del viernes próximo seis de junio.”

El día cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y uno, o sea dos días antes de aquel en que la Comisión de la Asamblea debía rendir su informe, entregó el doctor Laureano Gómez al Presidente de la Corte una comunicación cuyo objeto, según se expresa en ella, era el de hacer presente que la Corte se hallaba en mora ese día de conocer oficialmente el denuncia hecho por la Secretaría de Gobierno de Cundinamarca.

ca sobre "los delitos de falsificación electoral cometidos en los últimos comicios por un Magistrado del Tribunal Superior" del Distrito Judicial de Bogotá.

La referida comunicación, que el señor Presidente de la Corte envió a esta Sala, fue repartida al día siguiente y el Magistrado sustanciador de ella resolvió pasarla a un funcionario investigador de la Policía Nacional, ya que tratándose de "delitos de falsificación electoral", como decía la carta del doctor Gómez, el conocimiento del asunto no correspondía a la jurisdicción especial que tiene la Corte para conocer de las causas referentes a los Magistrados de Tribunal Superior, pues los delitos *contra el sufragio*, de que trata el Título X del Código Penal (Libro Segundo), son de los que suelen llamarse delitos comunes por oposición a los cargos de *responsabilidad*, denominados así en el artículo 148 de la Constitución y en el 42 del nuevo Código de Procedimiento.

No era fundado el cargo de demora hecho a la Corte, porque cuando el doctor Laureano Gómez le dirigió su comunicación al respecto apenas se estaba debatiendo en la Asamblea de Cundinamarca el punto de si los documentos entregados a ella por el Secretario de Gobierno debían o no remitirse a una entidad judicial o investigadora; el siete de junio dispuso la Corte que por la Policía se investigara el delito contra el sufragio, y sólo el diez de junio, es decir, tres días después, resolvió la Asamblea de Cundinamarca enviar al Procurador General de la Nación los documentos referentes al asunto.

La Asamblea de Cundinamarca se hallaba en situación parecida a la de un particular que aun creyendo posible la comisión de un hecho delictuoso no se atreve a dar cuenta a las autoridades investigadoras sin cerciorarse antes de la verdad de los hechos o datos que permitan presentar la correspondiente denuncia con algún fundamento a fin de que ella no pueda calificarse de temeraria.

Y mientras la Asamblea se hallaba en esa actitud de averiguación no era lo indicado por parte de la Corte apresurarse a asumir las funciones de investigador, por varias razones:

1ª Porque de ordinario en esos debates candentes de las corporaciones públicas intervencen como principal el factor político, que no es el más seguro punto de partida para la justicia:

2ª Porque dada la autonomía de los Organos del Poder Público no es normal que uno de ellos sustraiga de la acción del otro la materia de un debate;

3ª Porque si es verdad que en los debates de la Asamblea de Cundinamarca y en la comunicación del doctor Laureano Gómez a la Corte se aludió a que un Magistrado del Tribunal Su-

perior de Bogotá había intervenido en manobras electorales que se consideraban atentatorias contra la pureza del sufragio, la sola calidad de Magistrado de la persona inculpada no era suficiente para darle jurisdicción a la Corte por lo que adelante se explicará.

Como ya se dijo, el doctor Laureano Gómez, en comunicación al Presidente de la Corte, habló de "falsificación electoral" cometida por el Magistrado doctor Arévalo, y esta Sala no avocó entonces el conocimiento del asunto, en atención a que el delito contra el sufragio es un delito común, que no tiene relación necesaria con las funciones de Magistrado de Tribunal Superior que el doctor Arévalo desempeña; es susceptible de ser cometido por los particulares y si un Magistrado lo comete no será, por lo general, como Magistrado sino como particular.

Seis días después de la queja formulada por el doctor Gómez, la Asamblea aprobó una moción, que dice:

"La Asamblea de Cundinamarca, después de atender la lectura de los informes de minoría y de mayoría en relación con los cargos formulados en esta corporación contra el Magistrado doctor Edilberto Arévalo Correal, y luego de oír el desarrollo del debate sobre este caso, declara:

"Primero. Que no existe base probatoria de ninguna naturaleza que justifique, por parte de la Asamblea una denuncia criminal contra el Magistrado del Tribunal Superior de Cundinamarca doctor Edilberto Arévalo Correal, en relación con el desarrollo de las elecciones que tuvieron lugar en la población de Usme el día 16 de marzo de 1941.

"Segundo. Que las diligencias presentadas a la Asamblea pasen al Procurador General de la Nación para que dicho funcionario decida si es o no el caso de remitirlas a la autoridad judicial competente."

La Asamblea Departamental asumió una actitud semejante a la de un Juez investigador; y posiblemente con la idea de ejercitar función fiscalizadora parecida a la que tiene la Cámara de Representantes, formó un legajo de diligencias en el cual figuran no solamente los dos informes del Cabo de la Policía y del delegado de la Gobernación, sino también las informaciones rendidas sin juramento por uno de los Agentes de la Policía Nacional, Luis Mendieta (cuaderno I, folio 22), el Guardia de Cundinamarca Laurentino Galindo (folio 30 *ibidem*), el Alcalde de Usme Elías Rocha (folio 31) y el delegado de la Gobernación, Antonio Tobar Díaz (folio 40).

Claro está que estas exposiciones hechas sin juramento ni los otros requisitos de forma y de fondo que la ley ordena; algunas sin la firma siquiera del exponente y recibidas por uno o

varios de los señores Diputados, que no poseen la investidura de Jueces ni de investigadores, apenas tenían el valor de meros datos extrajudicial y no podían ser apreciados por la justicia ordinaria como pruebas legales.

Por otra parte, la moción de la Asamblea que ordenó pasar aquellos documentos al Procurador General de la Nación es, en cierto modo, contradictoria, pues afirma "que no existe base probatoria de ninguna naturaleza que justifique por parte de la Asamblea una denuncia criminal contra el Magistrado del Tribunal Superior de Cundinamarca doctor Edilberto Arévalo Correal"; pero dispone, al propio tiempo, "que las diligencias presentadas a la Asamblea pasen al Procurador General de la Nación para que dicho funcionario decida si es o nó el caso de remitirlas a la autoridad judicial competente".

El legajo de documentos procedentes de la Asamblea de Cundinamarca fue remitido por el señor Procurador General de la Nación a la Corte con el objeto de que ella proveyese "lo que en su ilustrado juicio sea de rigor conforme a la ley", dice el señor Procurador, sobre "la intervención del señor Magistrado doctor Edilberto Arévalo Correal en un debate de carácter político".

Puesto que el cargo contra el doctor Edilberto Arévalo Correal, en la forma en que lo enunciaba el señor Procurador, si podía constituir uno de aquellos denominados "de responsabilidad", que son de privativa competencia de la Corte tratándose de un Magistrado de Tribunal Superior, esta Sala acogió la iniciativa de la Procuraduría y asumió entonces la instrucción del sumario.

El Magistrado sustanciador del negocio ordenó la práctica de las diligencias informativas, recibió personalmente las declaraciones de los principales testigos, practicó careos entre éstos, indagatorio al Magistrado Arévalo y efectuó careos entre éste y algunos de los declarantes, diligencias estas últimas a las cuales también estuvieron presentes los otros dos Magistrados que entonces integraban la Sala.

Se trajeron a los autos el original de los registros electorales sentados en Usme el diez y seis de marzo de mil novecientos cuarenta y uno y copia expedida por la Oficina de Identificación Electoral del Ministerio de Gobierno de todo el censo electoral permanente de Usme (un mil trescientos cuarenta y cuatro nombres —1.344—), con indicación, al frente de cada nombre, del número correspondiente al registro electoral y del número de la cédula de ciudadanía.

Además, por medio de Juez comisionado, que fue el 4º del Circuito Penal de Bogotá, se recibió declaración a la mayor parte de las perso-

nas que actuaron como Jurados de Votación en las elecciones del diez y seis de marzo en Usme, así como también a las personas cuyo voto podía sospecharse que había sido suplantado. En suma: la Corte llevó a cabo las pesquisas necesarias a fin de averiguar el posible fraude electoral y la conducta del Magistrado Arévalo en las elecciones de Usme.

Agotada en lo posible la investigación se cumplió el requisito legal de declararla cerrada y pasó el expediente a la Procuraduría de la Nación. El señor Procurador Delegado en lo Penal no quiso emitir concepto de fondo sin que la Sala se pronunciara previamente acerca de su competencia legal para conocer y decidir del asunto.

La Sala dijo entonces: "...como uno de los cargos contra el Magistrado Arévalo que se han investigado en estas diligencias es el de intervención en debate de carácter político, las razones dadas por el señor Procurador General en junio de mil novecientos cuarenta y uno hacen ver que por tratarse de un cargo de responsabilidad, esa sola circunstancia da competencia legal a la Corte para calificar el mérito del sumario, al menos en cuanto a ese cargo."

Hecha por la Corte esta declaración acerca de su propia competencia legal para conocer del asunto, materia que en seguida se explica detenidamente, la Procuraduría emitió concepto de fondo que concluye así:

"Como resumen de lo dicho conceptúa la Procuraduría que hay mérito suficiente para llamar a juicio al doctor Edilberto Arévalo Correal por alguno de los delitos de que trata el Capítulo VI, Título III, Libro II, del Código Penal, denominado 'De los abusos de autoridad y otras infracciones', y que debe sobreseerse temporalmente en su favor por los demás cargos."

Toca, pues, ahora a la Corte calificar el mérito jurídico de estas diligencias, y a ello procede mediante las consideraciones que a continuación se expondrán.

La competencia legal de la Corte para conocer del presente negocio.

Dice el artículo 148 de la Constitución:

"Son atribuciones de la Corte Suprema:

".....
 "4º Conocer de las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o leyes, o por mal desempeño de sus funciones, se promuevan contra los Agentes Diplomáticos y Consulares de la República, los Gobernadores, los Magistrados de los Tribunales de Justicia, los Comandantes o Generales en Jefe de las fuerzas nacionales, y los Jefes superiores de las oficinas principales de Hacienda de la Nación...."

Y el artículo 160 de la misma Constitución:

“Los Magistrados y los Jueces no podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus destinos sino en los casos y con las formalidades que determinen las leyes, ni depuestos sino a virtud de sentencia judicial.”

El tenor literal de estas disposiciones indica que el Juez o Magistrado no puede ser depuesto sino por sentencia judicial, es decir, previo un juicio que termine por fallo condenatorio; y que los Magistrados de los Tribunales de Justicia son juzgables por la Corte Suprema como juez de única instancia “por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o leyes”, o “por mal desempeño de sus funciones”. En los demás casos, es decir, cuando se trate de aquellos hechos que suelen denominarse delitos comunes no son juzgables por la Corte Suprema sino por los Jueces o Tribunales comunes como el resto de los ciudadanos.

Los términos de la Constitución no dejan duda de que los Magistrados de Tribunal son juzgables ante la Corte Suprema sólo por los *delitos de responsabilidad*, es decir, por los hechos punibles que cometan como Magistrados, en ejercicio de sus funciones de tales o con pretexto de ejercerlas.

En el lenguaje común, y aun en el legislativo y forense ha solido llamarse *fueros* a lo que en realidad no es otra cosa que jurisdicciones especiales.

Antiguamente —y en particular bajo los regímenes monárquicos— las gentes de la nobleza comparecían ante tribunales diferentes de los que juzgaban al común del pueblo.

Algunos países, entre ellos el nuestro, sólo han dejado subsistir como especial —no como privilegiada—, la jurisdicción militar para delitos estrictamente militares; y dentro de la jurisdicción común ha asignado a los Jueces Superiores de Distrito Judicial el juzgamiento —sin jurado— de ciertos eclesiásticos.

La Constitución colombiana de 1858 (artículo 49) y la de 1863 (artículo 70), daban jurisdicción a la Corte Suprema para conocer de las causas por delitos comunes cometidos por el Presidente de la República o por los Secretarios (Ministros) de Estado; y tanto esas Constituciones como la de 1853 (artículo 42) establecían la jurisdicción de la Corte para juzgar a los Magistrados (o Ministros como se decía entonces) de los Tribunales de Justicia, pero sólo en “causas de responsabilidad” o “por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones”. Estos antecedentes pueden ilustrar el sentido del artículo 148 de la Constitución actual, lo mismo que otra consideración histórica, a saber;

Cuando regía en Colombia el sistema federal los funcionarios de cada una de las secciones llamadas “Estados Soberanos” eran juzgables por los Tribunales de Justicia del respectivo Estado Soberano; los funcionarios nacionales, no seccionales —ni dependientes de las autoridades locales— debían ser juzgados por la Corte Suprema Federal. Y al extinguirse los Estados Soberanos y reconstituirse la Nación en forma de República unitaria dejaron de actuar las legislaturas y jurisdicciones seccionales y en adelante rigió solamente la legislación nacional (llamada antes federal). Pero al adoptar la legislación “federal” quedaron sin reformar muchas disposiciones que se habían expedido con referencia a ciertos funcionarios de “la Unión”, en virtud de las cuales continuaron éstos sometidos a la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia como juez de única instancia; así sucedió, por ejemplo, con los Administradores de Aduana, los de Hacienda Nacional, el Auditor General de Guerra, y otros funcionarios cuya categoría oficial no exigía de suyo que a diferencia de los demás funcionarios públicos tuvieran lo que se ha considerado como prerrogativa de ser juzgados por la Corte Suprema.

Discutible es y muy discutible que esta jurisdicción especial pueda tenerse en realidad como prerrogativa:

a) Porque dentro de una forma republicana de Estado no se justificaría esa especie de castas privilegiadas; y

b) Porque no es prerrogativa ni privilegio el ser juzgable en única instancia por un Tribunal de derecho —así se lo suponga el más sabio y sereno— cuando el común de los ciudadanos comparece ante los Jueces de primera instancia cuyo juicio (a veces con la intervención del Jurado) es revisable en apelación o consulta por un Tribunal Superior y aun puede llegar en ciertos casos a la Corte Suprema como Tribunal de Casación.

No hay, pues, propiamente *fueros*, ni la jurisdicción especial para juzgar sobre ciertos asuntos puede considerarse como privilegio o favor para los funcionarios sometidos a ella.

El antiguo Código Judicial, cuyo Libro I, o sea el que trata de la organización judicial, fue tomado de la Ley 147 de 1888, dispuso lo siguiente:

“Artículo 40. La Corte Suprema conoce privativamente y en una sola instancia los asuntos siguientes: . . . 4º De las causas de responsabilidad por faltas o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas por los empleados siguientes: . . . los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito . . .”

Como se ve, el juicio de responsabilidad debía ser originado por faltas o delitos cometidos por aquellos funcionarios "en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas"; no aludía la disposición legal a cualquier hecho sino solamente a los que implicaran ilícito ejercicio de las funciones o extralimitación de éstas.

El nuevo Código Judicial, expedido en 1931, Ley 105, dispuso en su artículo 33 que la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema conociese "de las causas de responsabilidad por faltas o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, por... los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial..."

En este punto se ciñeron tanto el Código Judicial de 1892 como el de 1931 a lo dispuesto por la Constitución, que atribuyó a la Corte Suprema el juzgamiento de los Magistrados de Tribunales Superiores por delitos de responsabilidad o cometidos en ejercicio de sus funciones.

Pero esos mismos Códigos, además de la jurisdicción que la Carta Fundamental confería como privativa de la Corte Suprema para juzgar a los Magistrados en causas "de responsabilidad" o por delitos cometidos con motivo o pretexto de sus funciones de Magistrados dieron jurisdicción a la Corte para conocer "de las causas que se sigan por delitos comunes cometidos en cualquier época por individuos que al tiempo en que debiera decidirse del mérito del sumario estuviesen desempeñando el cargo (entre otros) de Magistrados de Tribunal Superior.

Algunos han pensado que las disposiciones del numeral 5º, artículo 40, Código Judicial de 1892 y del numeral 6º, artículo 32, Código Judicial de 1931, eran inconstitucionales, puesto que el artículo 148 de la Carta no habló de delitos comunes sino únicamente de causas de responsabilidad. En contra de esa opinión cabe considerar que el hecho de que la Constitución confiera a la Corte competencia privativa para conocer en causas de responsabilidad contra Magistrados de Tribunales Superiores no impide que la ley de procedimiento venga luego a extender la jurisdicción de la Corte para juzgar a esos mismos Magistrados en lo relativo a otra clase de cargos; quiere decir que lo establecido por la Constitución es un mínimo de jurisdicción de la Corte —exclusiva de ella— sin perjuicio de que el legislador pueda ampliarla para otros casos o asuntos.

Sea de ello lo que fuere parece que el antiguo Código si quiso sacar de la jurisdicción ordinaria al Magistrado que estuviese ejerciendo el cargo al tiempo de decidir sobre el mérito del sumario seguido contra él, y esto aun tratándose de inculpación por delito común.

Como se ve, el antiguo Código Judicial y el de 1931 tenían en cuenta para determinar la competencia legal de la Corte respecto de los Magistrados de Tribunales Superiores, ya la naturaleza del hecho imputado —delito o motivo de responsabilidad—, ya la calidad oficial del sindicado puesto que aun por delitos comunes cometidos en cualquiera época podía juzgar la Corte a los Magistrados si al tiempo en que debía calificarse el mérito del sumario se hallaba el sindicado desempeñando la Magistratura. Tales disposiciones se dictaron con el criterio de que uno solo de aquellos requisitos, naturaleza del hecho o calidad oficial del sindicado, era suficiente para determinar la competencia legal de la Corte sin que fuese necesaria la coexistencia de los dos.

No así en el Código de Procedimiento Penal que entró en vigencia el 19 de julio de 1938. Este, lejos de ampliar la jurisdicción que como privativa le confiere a la Corte el artículo 148 de la Constitución, restringió los llamados *fueros*, no atribuyó a la Corte la facultad de juzgar por delitos comunes a los Magistrados de Tribunales y le dejó el juzgamiento de ellos únicamente en cuanto a cargos o delitos ("motivos" dice la edición oficial de la Constitución) de responsabilidad relacionados con sus funciones de Magistrados.

El nuevo estatuto procedimental se atuvo, pues, para fijar la competencia legal de la Corte, exclusivamente a la naturaleza del hecho juzgable. Y así, el delito cometido en ejercicio de la Magistratura o con abuso o pretexto de las funciones correspondientes, debe ser juzgado por la Corte, ya sea que se trate de un Magistrado en ejercicio o de quien haya dejado de serlo.

En cambio, si se trata de un delito común, el juzgamiento del asunto no corresponde a la Corte sino a los Jueces ordinarios aun cuando el sindicado haya ejecutado el hecho siendo Magistrado y aun cuando conserve tal carácter al tiempo en que se le vaya a juzgar.

En rigor podría decirse que la Corte no juzga a los Magistrados de Tribunal Superior en virtud de ese carácter oficial sino en razón de los hechos punibles que supongan la calidad de Magistrado.

Por eso, en el caso de que se trata, como al Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá doctor Arévalo, se le formularon los cargos concretos de falsedad y delitos contra el sufragio, se pensó al principio que no competía a la Corte conocer, pues los delitos así denominados no son exclusivos de los Magistrados o funcionarios públicos y para cometerlos no se requiere tal calidad. Al contrario, es de suponer que si un Magistrado los ejecuta eso sucede a pesar de tan elevada categoría.

Mas, cuando el Procurador General de la Nación planteó ante la Corte el caso del Magistrado Arévalo como intervención en debate de carácter político, el punto relativo a la jurisdicción varió de aspecto, pues tal hecho sólo es ilícito tratándose de funcionarios públicos porque la prohibición de intervenir en debate de carácter político se refiere únicamente a ellos, no al común de los ciudadanos. Y el quebranto de esta prohibición por parte de un funcionario público implica violación de un deber especial que la ley impone al funcionario y sólo en atención a la calidad de tal.

Dice el Código de Procedimiento Penal:

“Los delitos conexos se investigarán y fallarán en un mismo proceso” (artículo 54).

“Cuando en un mismo proceso deban investigarse y fallarse varios delitos sometidos a diversas competencias, conocerá de la causa el Juez o Tribunal que tenga jurisdicción para fallar el delito más grave” (artículo 50).

Estas disposiciones contemplan sólo el caso de delitos comunes que sean conexos entre sí.

Ahora: cuando se sindicó a un funcionario público de delito común y al propio tiempo se le imputa un cargo de *responsabilidad*, si por razón de este último debe juzgar del asunto una autoridad que tenga competencia especial y privativa para ello (Tribunal Superior, Corte Suprema, Senado), la regla legal de que “conocerá de la causa el Juez o Tribunal que tenga jurisdicción para fallar el delito más grave” está subordinada a las disposiciones constitucionales que, es obvio, deben aplicarse preferentemente.

Por ejemplo: si el Presidente de la República, un Ministro del Despacho, el Procurador General o un Magistrado de la Corte es acusado por la Cámara de Representantes ante el Senado por motivo o cargo de responsabilidad pero al propio tiempo debe juzgarse por un delito común ejecutado en concurso real con el de responsabilidad, no podría un Juez inferior arrebatar al Senado el conocimiento en lo tocante al cargo de responsabilidad so pretexto de que el delito común tiene pena más severa y es, por tanto, más grave.

La jurisdicción del Juez para conocer del delito común es dada por la ley, pero la jurisdicción del Senado se la da la Constitución misma (artículo 89) y ésta no puede entenderse abolida o modificada por el Código de Procedimiento.

Ahora: como tampoco sería lo normal que el Senado, competente para juzgar a aquellos altos dignatarios del Estado, pero sólo por motivos de responsabilidad hubiese de conocer de delitos comunes, para el juzgamiento de éstos subsistirá la competencia del Juez ordinario o co-

mún y respecto del cargo de *responsabilidad* decidirá el Senado.

Parece que en algún sector del público se ha creído por otra parte que cuando un Magistrado de Tribunal Judicial comete falta que le apareje indignidad puede la Corte proceder contra él por vía correccional, destituyéndolo o al menos suspendiéndolo del ejercicio de sus funciones de Magistrado.

Ese procedimiento drástico suele emplearse en otras ramas del servicio público; pero respecto de Jueces y Magistrados lo veda el artículo 160 de la Constitución, el cual dice:

“Los Magistrados y los Jueces no podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus destinos sino en los casos y con las formalidades que determinen las leyes, ni depuestos sino a virtud de sentencia judicial.”

Y puesto que la sentencia judicial implica el trámite legal de un proceso, es decir, “la plenitud de las formas propias” del respectivo juicio como el Código de Procedimiento las establece, la destitución o la suspensión del Magistrado o Juez acusado no podrían llevarse a cabo como medida simplemente disciplinaria.

El artículo 158 de la Constitución dispone que “la responsabilidad de los Jueces inferiores se hará efectiva ante el respectivo superior”; y el artículo 148 dice que “son atribuciones de la Corte Suprema... 5º Conocer de las causas que por motivos de responsabilidad, por infracciones de la Constitución o de las leyes, o por mal desempeño de sus funciones, se promuevan... contra los Magistrados de los Tribunales de Justicia.”

De modo que la competencia de la Corte para juzgar a los Magistrados de Tribunal emana de estos dos terminantes preceptos de la Constitución, que en manera alguna podrían sufrir mengua por lo que en otro sentido establezcan las leyes de procedimiento.

Las disposiciones penales y procedimentales sobre accesión o absorción del delito menos grave por el más grave no tienen cabida, en los juicios sometidos a jurisdicción especial, sino dentro del género delitos comunes; pero cuando se trata de un delito común y de un cargo de responsabilidad en concurso real de delitos, cada una de las respectivas jurisdicciones —la común y la especial— tienen su órbita de acción. Tratándose de hechos separables, ni la Corte juzga a un Magistrado por delito común ni el Juez ordinario o común puede juzgarlo por el cargo de responsabilidad.

Cuando el concurso de infracciones no es *real* sino meramente *ideal* o *formal*, entonces la jurisdicción especial o superior (en este caso de la Corte) es competente para proceder por todos los cargos; pero si en virtud de uno u otro mo-

tivo no hubiere fundamento legal para proceder por el cargo de responsabilidad, entonces al pronunciarse la jurisdicción especial (en este caso la Corte) en tal sentido, no entraría a calificar el delito común para decir si existe o nó y si está o nó probado, sino que debería enviar el proceso a la justicia ordinaria, porque desechada la conexitud entre el cargo de responsabilidad y el delito común corresponde exclusivamente a los Jueces ordinarios o comunes juzgar acerca de este último.

Delito del funcionario público que interviene en la política.

El Código de 1890 no tenía disposición que diera el carácter de delito a la ingerencia de los funcionarios públicos en la política.

La Ley 60 de 1930, "sobre elecciones", dispuso en su artículo 8º lo siguiente:

"Ninguno de los funcionarios del Poder Judicial, de lo Contencioso Administrativo y del Ministerio Público, ni ningún empleado administrativo nacional, departamental o municipal podrá formar parte de directorios o comités políticos, ni poner al servicio de la política las funciones que ejerza.

"La violación de lo dispuesto en este artículo constituye causal de mala conducta."

El Código de Organización Judicial y Procedimiento Civil que se expidió en 1931 (Ley 105), dice, en su artículo 18:

"Los empleados del orden judicial y los del Ministerio Público no pueden ser mandatarios de profesión en negocios de ninguna especie, ni abogar en asuntos judiciales o administrativos, ni ejercer el cargo de albaceas o ejecutores testamentarios, aunque estén en uso de licencia. Tampoco pueden hacer parte de directorios políticos ni intervenir en debates públicos de este carácter."

Ni la Ley 60 de 1930 ni la 105 de 1931 asignan de modo expreso determinada pena a los funcionarios infractores de la prohibición para intervenir en la política; pero en el Código Penal de 1890, vigente cuando se expidieron aquellas Leyes, había una norma de carácter general, el artículo 528, que disponía lo siguiente:

"Los funcionarios o empleados públicos que faltaren al cumplimiento de alguno o algunos de sus deberes o que sean morosos o negligentes en su desempeño, si la falta no tiene señalada pena especial, pagarán una multa de ocho a cien pesos. Si hay pena especial, se aplicará ésta.

"Si la falta o negligencia fuere de muy poca trascendencia y gravedad, o de ella no resultare perjuicio a la Nación o a un tercero, la pena será una multa de cuatro a veinte pesos."

Y por último, el nuevo Código Penal dice en su artículo 180:

"En la misma sanción establecida en el primer inciso del artículo anterior incurrirá el funcionario o empleado público que forme parte de directorios políticos o intervenga en debates de este carácter."

Y la sanción establecida en el primer inciso del artículo 179 es la de arresto de un mes a dos años e interdicción para el ejercicio de funciones públicas hasta por el mismo término.

Como se ve, en el año de mil novecientos treinta (1930) estableció el legislador la prohibición a todos los empleados para formar parte de directorios políticos o "poner al servicio de la política las funciones que ejerzan"; la Ley 105 de 1931 (Código Judicial) repitió la prohibición para los empleados del orden judicial y del Ministerio Público, pero la expresó en otra forma: "Tampoco pueden hacer parte de directorios políticos ni intervenir en debates públicos de este carácter"; y el Código Penal de 1936 declaró punible al "funcionario o empleado público que forme parte de directorios políticos o intervenga en debates de este carácter".

Conviene hacer este recuento de las disposiciones legales sobre prohibición a los empleados públicos para intervenir en la política, porque así se comprende mejor el alcance del artículo 180 del Código Penal.

Dos acepciones trae de la palabra *debate* el Diccionario de la Lengua Española: "Controversia sobre una cosa entre dos o más personas" y también, "contienda, lucha, combate". Por consiguiente, la expresión "debate de carácter político", empleada por el Código Penal puede significar la controversia sobre política, el combate, la contienda o la lucha política, y aun suele hablarse de política militante.

Ahora: como el régimen electivo es base del sistema democrático que, desde luego, es un sistema político, la controversia y la lucha o contienda motivadas por la organización de los comicios, constituye un verdadero *debate político*.

En el lenguaje ordinario es de uso corriente la expresión *debate electoral* para significar, ora en conjunto, ora por separado, las diferentes etapas de la lucha comicial en que los partidos o los bandos políticos se disputan el predominio de las comoraciones públicas o la designación del Jefe del Estado.

Esta expresión, *debate electoral*, ha adquirido carta de naturaleza y suele emplearse para indicar en general las actividades de los partidos o bandos, relativas a las elecciones, en especial, las ocasionadas por la pugna de aquéllos en el acto de las votaciones; de manera que el *debate electoral* es, por definición, un debate de carácter político.

Tomando aun de manera completamente literal el artículo 180 del Código, resulta que los

funcionarios públicos que intervengan en el proceso electoral quedan comprendidos, sin lugar a duda, en aquella disposición de la ley.

Dijo la Corte en auto de siete de octubre de mil novecientos cuarenta:

“De suerte que en el campo de la responsabilidad jurídica, que es de lo que aquí se trata, formarían un todo indivisible las actividades políticas de un ciudadano en diferentes lugares de un Departamento, con ocasión del proceso electoral para constituir la Asamblea.” (Sumario contra el doctor Carlos César Cerón, Juez Civil del Circuito de Ipiales, por intervención en la política).

Y en auto de treinta de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, se expresó así:

“Es la calidad de empleado público la que origina la incompatibilidad, sin que ésta desaparezca por el hecho de que la actuación electoral del funcionario tenga lugar en territorio distinto al de su jurisdicción.” (Sumario contra el doctor Guillermo Martínez, Juez del Circuito Penal de Bogotá).

El espíritu que ha inspirado las disposiciones legales expedidas en 1930 para acá sobre este particular ha sido el de reprimir de manera general la ingerencia de los funcionarios públicos en la política militante y sustraerlos —especialmente a Jueces y Fiscales— de toda actuación política. La Ley de 1930 consideró ésta como caso de “mala conducta” y el Código de 1936 no se limitó a emplear esa expresión más o menos ambigua, sino que incluyó francamente el hecho entre las infracciones punibles como delictuosas; y sólo para denominar de algún modo esta clase de actividades se valió de la frase “intervenir en debates de carácter político”.

Ahora: si la participación de los funcionarios públicos en la política; si el “intervenir en debates de carácter político” en general es considerado como punible, ¿cómo podría dejar de serlo el hecho de intervenir no ya en meras controversias verbales o escritas sino en las elecciones mismas, que dentro de los procedimientos democráticos son la meta final de las actividades políticas?

Y puesto que constituye intervención en debate de carácter político el desarrollar actividades de esta índole “con ocasión del proceso electoral” sería inaceptable no reputar como intervención en debate de carácter político la que se efectúa en los propios comicios donde tiene su culminación el “proceso electoral”.

Claro está que siendo el ejercicio del sufragio una función constitucional (artículo 177 de la Carta), ni el más extremado rigorismo alcanzaría a señalar como punible participación en debate de carácter político el mero hecho de que

un ciudadano, así sea funcionario público y tenga la investidura de Juez, consigne su voto el día de elecciones, pues un derecho reconocido por la Constitución mal podría considerarse al propio tiempo como hecho delictuoso.

Pero las actividades encaminadas a la participación efectiva o visible en la lucha política, principalmente las actividades electorales concretas y prácticas, excluido el simple ejercicio de sufragio, si pertenecen a la categoría de los hechos que el artículo 180 del Código Penal ha contemplado como intervención en debates de carácter político, actividades ilícitas cuando son funcionarios o empleados públicos quienes las ejercen.

Si se autorizara a los empleados públicos, particularmente a los que tienen mando o jurisdicción o disponen de empleos que ofrecer para lanzarse a la lucha de los comicios y desplegar actividades o maniobras electorales, la libertad de los sufragantes y la verdad electoral podrían verse constante y seriamente comprometidas.

Pero aun admitiendo que puedan hacerse reparos a la prohibición en cuanto comprende indistintamente a todos los empleados públicos, es inobjetable en lo relativo a quienes desempeñan funciones judiciales o del Ministerio Público.

La intervención de los funcionarios públicos —y particularmente de los Jueces o Magistrados— en debates de carácter político es una de aquellas infracciones que se penan no por el daño efectivo causado sino teniendo en cuenta solamente el riesgo o daño de peligro, la intranquilidad pública, la desconfianza que siembra en el ánimo de los asociados la conducta del infractor aun sin que pueda imputársele el haber causado un daño concreto y efectivo.

Además, el legislador colombiano ha considerado que en un país de vehementes pasiones políticas, como el nuestro, si se dejara en plena libertad a los Jueces para lanzarse a la ardiente lucha de los partidos y de los bandos políticos, no sólo sufriría mengua aquella tranquila confianza a que tienen derecho todos los ciudadanos en la recta administración de justicia, sino que aun la misma serenidad e imparcialidad de los Jueces, objetivamente considerada, se pondría en gravísimo peligro.

No es verosímil que los ciudadanos de un partido y aun de un bando político abriguen la seguridad de que para juzgarlos será completamente sereno e imparcial un Juez que, perteneciendo al bando o al partido opuesto exhiba públicamente su exaltación política, o sea incapaz de refrenar la vehemencia de sus sentimientos y anhelos políticos o terciar en la lucha como cualquier combatiente dejando de lado los miramientos debidos a su calidad de juzgador y el deber especial que tiene no sólo de ser impar-

cial en la administración de justicia sino también de parecerlo, de conducirse en forma que los ciudadanos puedan confiar sin zozobras en la serenidad del Juez.

Hechos que ejecutó el Magistrado doctor Edilberto Arévalo Correal en las elecciones del 16 de marzo de 1941 en la población de Usme.

El debate de la Asamblea de Cundinamarca sobre el posible fraude electoral de Usme y acerca de la actuación del Magistrado doctor Arévalo Correal el 16 de marzo de 1941, fue originado por los informes escritos del delegado Antonio Tobar Díaz a la Gobernación y del Cabo de la Policía Jorge Otilio Camacho a la Alcaldía de Usme. Prescindiendo, por ahora, del valor que a tales documentos pueda atribuirse como prueba judicial, es lo cierto que tanto Camacho como Tobar fueron interrogados por la Corte en calidad de simples testigos.

Durante la investigación y al declarar bajo juramento manifestaron uno y otro testigo que algunas de las cosas relatadas en sus informes les constan personalmente, pero que otras las supieron por referencia. Tal sucede, por ejemplo, con la falsificación del registro electoral en la mesa de votación número 19 a la hora del almuerzo y la colocación fraudulenta allí de veintitrés votos achacada al doctor Edilberto Arévalo Correal. El Cabo Camacho dice en declaración jurada que habló en su informe sobre estos hechos no por haberlos presenciado sino porque el Agente Luis Mendieta se los refirió. Con esta salvedad resulta que Camacho y Tobar son testigos de vista respecto de otros sucesos; y también son testigos presenciales de la actuación del doctor Arévalo Correal en las elecciones de Usme los Agentes que formaban la escolta de Policía Nacional, Hermógenes Morales Soto, Luis Mendieta, Pedro P. Castillo, Gabriel Alvarado y Pablo E. Chacón; y los Guardias de Cundinamarca Laurentino Galindo y Efraím Fierro, quienes estaban como pareja "de puesto" en Usme desde dos meses antes de las elecciones.

El doctor Edilberto Arévalo Correal vive en Bogotá, donde desempeña el cargo de Magistrado del Tribunal Superior y estaba en ejercicio del mismo el diez y seis de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, día de las elecciones para Diputados y Representantes. La prueba de esa calidad oficial obra a folios 74, 281 v. y 303; su cédula de ciudadanía lleva el número 1002782, fue expedida en Bogotá y en el registro electoral permanente de esta ciudad aparece inscrito el nombre del doctor Arévalo bajo el número 18784. En algún tiempo estuvo el nombre del doctor Edilberto Arévalo Correal en el registro electoral permanente de Usme, pero esa inscripción se anuló, como aparece a folio 34 del cua-

derno 3º (censo electoral de Usme certificado por la Oficina Nacional de Identificación Electoral).

Le correspondía, pues, y él mismo lo reconoce en su indagatoria, sufragar en Bogotá en aquellas elecciones: No obstante, resolvió pasar ese día en el vecino Municipio de Usme, donde tiene familia y posee bienes.

Dice en su indagatoria el propio doctor Edilberto Arévalo Correal que el diez y seis de marzo de mil novecientos cuarenta y uno salió temprano de la capital, en automóvil de su propiedad conducido por él mismo; que con ello se proponía pasar el día en el campo, pues dada la división de los partidos "y el ningún entusiasmo que sentía por las listas" en las elecciones de ese día no le interesaba ni siquiera votar; que a la salida de la ciudad, en el sitio denominado *Tres Esquinas*, encontró al señor Julio César Turbay, quien dizque estaba allí aguardando un bus para trasladarse a Usme, y que el doctor Arévalo lo invitó a subir al automóvil y llegó con él a esa población. El señor Turbay figuraba como candidato en una de las listas para Diputados por las cuales se iba a sufragar. Llegaron allí a eso de las ocho de la mañana.

Sobre la manera como principió el Magistrado Arévalo Correal su día de elecciones hace el señor Procurador Delegado en lo Penal los acertados comentarios que a continuación se transcriben:

"Es muy posible que el doctor Arévalo hubiera tenido necesidad de abandonar la capital de la República y de encaminarse a Usme el 16 de marzo, día de elecciones, según él tenía conocimiento. El viaje, pues, por sí solo no tiene nada de extraño ni puede ser materia de censura, pero la desgraciada coincidencia, de que hablan él y el señor Turbay, de haber encontrado el primero al segundo en el sitio de *Tres Esquinas*, esto es, en el camino que conduce de la capital a Usme, hacia las siete y media de la mañana, implicaba para el Magistrado un motivo obligante de mayor cautela y apartamiento del debate electoral, por la circunstancia de que el señor Turbay figuraba en la lista de candidatos que iban a ser elegidos ese día y es lógico que la llegada del doctor Arévalo a una población en que cuenta con prestigio y ascenso en el ánimo de sus moradores, en compañía de un candidato a la Diputación, cuyas ocupaciones principales son de orden político (indagatoria del señor Turbay), podría dar la impresión a los electores de que el doctor Arévalo iba a asesorar al candidato en sus actividades políticas.

"Resulta confirmada esta observación con la lectura del informe del señor delegado de la Gobernación, que intentó desde el sábado quince de marzo, día de su llegada a Usme, una re-

unión de los dirigentes políticos de ese Municipio, entre los cuales no tuvo en cuenta ese día al doctor Arévalo. Pero al día siguiente, domingo, insistió en su propósito y entre la lista de los que quiso reunir se encuentra el nombre del doctor Arévalo, lo que significa que la presencia de éste y la forma en que fue recibido, hicieron pensar al delegado que el doctor Arévalo Correal era uno de los representantes de una de las corrientes políticas del lugar.

"El Alcalde, señor Rocha, incurrió en una creencia similar porque invitó ese día al doctor Arévalo a una reunión a la Alcaldía con el objeto de que transcurriera la elección en calma, no se fuera a presentar nada desagradable, cumpliendo con órdenes de la Secretaría de Gobierno' (declaración juramentada de Rocha)."

Parece obvio que si al prenombrado doctor Arévalo lo hubiese llevado el sincero deseo de procurarse un día de campo por apatía respecto del debate electoral y algo más, para abstenerse aun de votar, habría pasado de largo hacia sus fincas.

En su indagatoria pretende el señor Magistrado Edilberto Arévalo sugerir la idea de que él permaneció en su casa o campo durante las votaciones, y que solamente salió al poblado por saludar a sus familiares y "con el fin de dar órdenes necesarias y conducentes al desarrollo de las labores de su campo". Quiere dar a entender con esto que él no estuvo presente ni desarrolló actividades en las elecciones. Pero son varios los testigos que deponen en el sentido contrario.

Hermógenes Morales Soto declara que "de vez en cuando veía al doctor Edilberto Arévalo Correal que daba unas vueltas por ahí, se acercaba a la mesa de votación y hablaba con los que iban a votar" (folios 113, cuaderno 1 A).

Algo más presenció Laurentino Galindo, pues dice:

"Yo vi varias veces al doctor Arévalo buscando los nombres en las listas de sufragantes a la entrada de cada Jurado, pero en cuanto a repartir boletas, a mí no me consta" (folios 132); y más adelante agrega: "se paseaba por ahí y preguntaba en las mesas de votación por el número de votantes" (folio 145).

Más explícito es Gabriel Alvarado, cuando expresa lo siguiente: "Vi al doctor Arévalo intervinando en asunto político en compañía de varios señores, me parece que el Presidente del Directorio Liberal y alguno de los miembros del mismo, estaban movilizandogente" (folios 470). Esta última frase es muy expresiva para significar las actividades de un dirigente político en día de elecciones.

Y que no podía pasar inadvertida para el Magistrado Arévalo la actitud del pueblo que lo

consideraba en aquellos momentos como a uno de sus jefes políticos se ve por un detalle a que alude el declarante Pablo E. Chacón, así: "El doctor Edilberto Arévalo Correal andaba ese día con otro señor alto a quien no conozco, recorriendo las mesas de votación, y las gentes les echaban vivas" (folios 472).

Aún más: el Magistrado Arévalo no se limitó a estar visitando las mesas de votación para averiguar por la marcha de ésta sino que trató de influir sobre los guardianes del orden.

En efecto, Pedro P. Castillo a quien le correspondió prestar servicio como Agente de Policía en la mesa de votación número 4, refiere lo que a continuación se verá: "Principió la votación en completo orden a las ocho de la mañana y siendo como las nueve o diez me encontraba yo cerca a la mesa donde estaba la urna y en ese momento llegó el doctor Edilberto Arévalo Correal y me dijo que yo qué estaba haciendo allí al pie de la mesa. Yo le contesté que estaba allí haciendo guardar el orden según la consigna que había recibido de mi superior el Cabo Jorge Otilio Camacho. Entonces él (se refiere al doctor Arévalo) me dijo que yo me hiciera en la puerta de entrada de la mesa de votación y yo le contesté que estaba cumpliendo con las órdenes que había recibido y que a él no le obedecía porque no era mi superior y además yo no sabía quién era él. Yo le dije al doctor Arévalo que hiciera el favor de retirarse de allí e inmediatamente cumplió la orden que le di y se retiró" (folio 125).

No era, pues, el Magistrado Arévalo aquel espectador discreto que va de mesa en mesa pero que apenas se propone satisfacer su curiosidad sobre el progreso de las votaciones, sino el político en actividad que se atreve a insinuársele a la Policía como quien tiene derecho a que se le considere uno de los dirigentes del debate electoral. Es verdad que el Policía, lejos de obedecer las órdenes del doctor Arévalo intimó a éste la de retirarse: el Magistrado "cumplió la orden que le di y se retiró", dice el Agente. A esta clase de trueque en las posiciones oficiales expone una conducta como la del doctor Edilberto Arévalo Correal, Magistrado a quien un simple Agente de Policía consideró que debía someterlo a que le guardara el acatamiento del caso.

El delegado de la Gobernación, señor Antonio Tobar Díaz afirmó lo siguiente en el informe que rindió por escrito a la Secretaría de Gobierno:

"Varias veces llamé la atención a los doctores Arévalo y Turbay sobre la pureza del sufragio, y ellos veladamente me hacían la propuesta de que entrara en componendas, a lo que les contesté enérgicamente que el Gobierno quería la pureza del sufragio, y que yo, como su repre-

sentante, no ahorraría medio para que así fuera: que de lo contrario faltaría a mi deber y a la confianza que en mí habían tenido al enviarme a esa población; cada momento me invitaban a tomar trago y siempre les manifesté que me gustaba mucho pero que hasta el 17, de las seis y media de la mañana en adelante, podría aceptarles (sic) alguna invitación."

Al interrogar la Corte, como testigo juramentado, a dicho señor Tobar sobre la razón por la cual escribió en su informe el pasaje que se acaba de transcribir, contestó:

"Ese pasaje a que se refiere la pregunta también ha debido quedar consignado en mi informe antes del capítulo de *observaciones*, y aclaro que las propuestas que digo veladas en mi informe las consigné en él porque los mencionados doctores deberían saber que el trago en día de elecciones era prohibido por la ley y era por tanto como decirme refírese de su puesto y abandone eso. Esas invitaciones a tomar trago las consideraba yo como propuestas veladas" (folio 82).

Dice más adelante:

"...las repetidas invitaciones que me hacían dichos señores (se refiere al doctor Edilberto Arévalo Correal y al señor Julio César Turbay) a tomar trago, las cuales yo interpreté y sigo interpretando como una maniobra tendiente a que yo abandonara las mesas de votación y la vigilancia de ellas."

Y en seguida comenta:

"Como lo he dicho también, al venirse del pueblo el doctor Arévalo Correal y el señor Turbay me dijeron: 'Le felicitamos por el gran bien que le ha hecho hoy al pueblo con su brillante actuación', circunstancia que confirmó lo dicho en el pasaje del informe a que se refiere la pregunta que estoy contestando" (folio 83).

El testigo le da, pues, un sentido irónico a la felicitación que decían hacerle los señores Arévalo y Turbay por no haberse prestado a lo que aquél interpretara como maniobra tendiente a que dejara de cumplir con su deber de vigilancia.

Al Cabo Camacho le fue hecha la propuesta no ya veladamente sino de modo explícito.

Después de narrar el episodio ocurrido a la hora del almuerzo en la mesa de votación número 19, cuando el doctor Edilberto Arévalo estuvo ocupando puesto allí como si fuese miembro del Jurado, dice el Cabo Jorge Otilio Camacho lo siguiente qué, según cálculos, debió de ocurrir a eso de las dos de la tarde o pasada esa hora:

"Después, a otro rato me llamó personalmente el doctor Arévalo para proponerme que le hi-

ciera cuarto para poner unos votos más porque los Agentes estaban controlando. Yo le contesté que no podía porque estaba cumpliendo con mi deber" (folio 136, cuaderno 1 A).

Tratándose de un Juez y con mayor razón de un Magistrado resulta indecoroso que con olvido de su noble y obligante investidura, descienda a hacerle a un empleado administrativo de inferior categoría, y hasta a un simple Agente de Policía, propuestas encaminadas a que deje de cumplir con su deber. Y si la propuesta tiene por objeto que permita la consumación de un fraude cualquiera, v. g., contra la pureza del sufragio, no sólo es una indignidad, sino que pasa los límites de lo ilícito.

Tales propuestas, aun suponiéndolas no serias por completo, implican una falta de decoro de parte del alto Magistrado que las hizo, no excusable aunque sí explicable por la fuerza perturbadora que tiene la pasión política. Estos incidentes que la Corte se ha visto en la penosa necesidad de citar justifican plenamente la disposición que prohíbe a los funcionarios públicos intervenir en debates de carácter político.

Durante el curso de las votaciones el Magistrado doctor Arévalo, olvidándose de la apatía política que según él lo llevó el diez y seis de marzo a tener un día de campo, se lanzó de lleno a una activa labor eleccionaria. Dice el testigo Antonio Tobar Díaz, que el doctor Edilberto Arévalo Correal, en compañía del señor Julio César Turbay, "en todo momento inspeccionaba también las mesas, yendo constantemente de una a otra"; y que "los mencionados doctores iban siempre juntos". Este declarante explica que él, así como el Alcalde y el Secretario de éste, recorrían periódicamente las mesas con el fin de observar cómo iba la votación y que por esto vio las actividades del doctor Edilberto Arévalo Correal. Y en otro pasaje de su declaración dice el mismo testigo Tobar que el señor Turbay y el doctor Edilberto Arévalo "se movían de una parte a otra constantemente, atisbando ya las listas, ya las mesas de votación, hablaban con los electores, se fijaban en las listas y les daban papeletas a dichos electores".

Jorge Otilio Camacho atestigua bajo juramento y por haberlo visto y oído personalmente: "Durante las horas de la elección los doctores Edilberto Arévalo Correal y Julio César Turbay visitaban seguido las mesas de votación y llevaban personas a que votaran" (folio 135). "El doctor Edilberto Arévalo Correal repartió boletas de votación entre los sufragantes espontáneamente, pues presencié que a la entrada de los Jurados de Votación les decía 'tome' y les entregaba boletas para que sufragaran" (folio 142).

Se ve por la descripción de lo ocurrido en diferentes momentos, hecha por distintos testi-

gos, que el doctor Edilberto Arévalo Correal, quien no podía sufragar en Usme, como ya se dijo, sino en Bogotá, si en un principio pensó, como él dice, alejarse de esta ciudad y pasar el día en el campo, una vez en Usme resolvió permanecer en el teatro mismo de las votaciones de allí, y se movió de manera tan notoria y visible en el ajeteo electoral que siete testigos se dieron cuenta de ello y declaran dando detalles diferentes: cada uno sobre lo que presenció. Estos testimonios y en este particular están exentos de sospecha.

El señor Magistrado Arévalo sugirió desde su indagatoria la idea de que los testimonios contra él son inválidos porque los altos funcionarios del Gobierno Departamental tenían urdida una trama para perjudicarlo. Atribuye el doctor Arévalo esta animadversión del Gobernador y su Secretario a cierta denuncia que el Tribunal Superior de que forma parte hubo de presentar ante la Corte y en contra del Gobernador Pradilla, por haber hecho unos nombramientos de Notarios interinos en forma que el Tribunal consideró arbitraria.

El Secretario de Gobierno doctor Guillermo Arciniegas, en careo con el doctor Edilberto Arévalo Correal, diligencia practicada en la Corte, le hizo ver al doctor Arévalo su falta de razón en este particular y cuán engañado estaba al mirarlo como enemigo (folios 331 y siguientes). Por cierto que en esa diligencia de careo dijo el Secretario de Gobierno doctor Arciniegas: "Aprovecho esta oportunidad para repetir lo que dije en mi declaración escrita y es lo siguiente: que no he sido ni directamente ni por intermedio de tercera persona quien haya querido hacer ningún daño al doctor Arévalo, ni he sido ni soy su denunciante."

Pero aun aceptando que el Gobernador y su Secretario tuviesen ojeriza al doctor Arévalo, por parte alguna aparece que ellos hayan hecho declarar a sus subalternos en determinado sentido en este proceso.

Algo más: con ese argumento o pretexto de la animadversión del Gobernador podría el doctor Edilberto Arévalo Correal haber tachado las declaraciones del delegado Tobar y de los dos Guardias departamentales y haber comprobado que tales sujetos declaraban en cierto sentido instruidos por la Gobernación para ello o en virtud de sugerencias de sus superiores.

Pero los Agentes de la Policía Nacional y su comandante el Cabo Camacho no dependen de la Gobernación ni tenían por qué participar de los planes aviesos que se suponen tramados en la Gobernación para perder al doctor Arévalo.

Además: entre las declaraciones de cargo las que menos inculpan al doctor Arévalo tanto en lo relativo a la intervención de aquel Magistrado

en el debate político electoral como en la imputación más grave del fraude al sufragio, son cabalmente las de Efraim Fierro y Laurentino Galindo, Guardias de Cundinamarca, que pudieran ser los únicos posiblemente inspirados por los miembros del Gobierno Departamental.

En la anterior legislación la prueba testimonial no podía considerarse suficiente sino cuando hubiera dos declaraciones contestes o acordadas sobre el hecho atestiguado. El Código de Procedimiento que ahora rige lejos de limitar en esa forma el valor de la prueba testimonial, dispone lo siguiente: "Toda persona sana de mente es hábil para rendir testimonio. Pero al Juez le corresponde apreciar razonadamente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio..." (artículo 224).

Prescindiendo de la declaración del Agente Luis Mendieta, por razones que adelante se dirán, y teniendo en cuenta solamente las demás, es necesario reconocer la imparcialidad y falta de prevención con que los testigos de este sumario rindieron sus declaraciones. De acuerdo con las reglas sobre la crítica del testimonio, no sería dable rechazar ese acervo probatorio. Ni por asomo se ve un acuerdo previo entre los testigos para deponer en determinado sentido, y no hay ningún elemento para presumir que tengan interés en faltar a la verdad o ánimo de perjudicar al doctor Arévalo.

Si las declaraciones describieran de modo idéntico los hechos y sus detalles, como suele acontecer algunas veces cuando el dicho de un testigo parece como copiado de otro, podría pensarse que la prueba es sospechosa; pero en el presente caso cada testigo se limita a hablar sobre el incidente que le tocó ver y nada más; y así, cada una de estas declaraciones es suficiente para estimar probado por ella el hecho o incidente a que la misma se refiere. Lo que ocurre es que las diferentes declaraciones sobre distintos hechos resultan complementadas entre sí, sin que los testigos se propongan esa finalidad y el conjunto de ellas permite efectuar una visión completa en lo posible sobre la conducta del Magistrado Arévalo en los comicios de Usme que, lejos de ser apartada de éstos, fue de activa participación en ese debate político-electoral.

Además del ir y venir por las mesas de votación; de la intervención con los sufragantes para animar la votación; del suministro de datos y papeletas; de las insinuaciones hechas a los Agentes de la autoridad para pedirles tolerancia o abandono de sus deberes; además, en fin, de una ostensible actuación en el debate comicial, hay dos episodios que están plenamente comprobados, los cuales vinieron a hacer culminante la

participación activa y entusiasta del Magistrado Arévalo Correal en las elecciones.

Ambos hechos ocurrieron en el Jurado o mesa número 1º, entre doce y una de la tarde el primero y al tiempo de cerrarse las votaciones el segundo, como a continuación se verá.

A) A la hora en que los Jurados de la mesa número 1º se retiraron a almorzar el doctor Edilberto Arévalo Correal llegó a dicha mesa y tomó asiento "ocupando el puesto de Presidente del Jurado", al decir del testigo Luis Mendieta (folio 120); dos de los miembros de dicho Jurado, los señores Filemón Vanegas y Waldo González dicen que ellos permanecieron allí con el doctor Edilberto Arévalo Correal durante la estadía de éste en aquella mesa de votación. Sobre la razón por la cual se encontraba el doctor Edilberto Arévalo Correal en aquel sitio no hay uniformidad en las declaraciones de estos dos testigos, como lo anota el señor Procurador. Pero es lo cierto que el doctor Arévalo no sólo estuvo allí sentado, como si fuese uno de los miembros del Jurado, sino que hasta llegó a escribir en la lista o registro de los sufragantes, con los correspondientes números de orden, de cédula y de registro electoral permanente, los nombres de varios de los que allí votaron.

El Cabo Camacho dijo en su informe, y luego al declarar, que los nombres escritos por el doctor Arévalo habían sido veintitrés (23), hecho que no le consta a Camacho por propia y directa percepción sino por habérselo oído decir al Agente Luis Mendieta (folio 135).

El testigo Mendieta dice que él vio al doctor Arévalo escribiendo los nombres en el registro de votantes, que empezó a escribir del número 64 en adelante, pero que no puede precisar cuántos renglones escribiría, pues este dato lo apuntó en libreta que se le perdió.

Y el doctor Edilberto Arévalo Correal en su indagatoria rendida ante la Corte, reconoció como escritos por él seis nombres en aquel registro de votantes, con sus números de registro electoral, de cédula de ciudadanía y de orden del registro.

No se confirmó, pues, el dato de que los nombres escritos por el doctor Arévalo Correal en el registro de sufragantes hubiese sido veintitrés; pero que si estuvo escribiendo nombres en aquel registro es un hecho indudable.

B) A las cuatro de la tarde, hora de cerrar la votación, aparece de nuevo en escena el Magistrado Arévalo Correal en la mesa número 1º. Como al verificar el número de los sufragios que se acababan de extraer de la urna correspondiente a aquella resultara que hacían falta cuatro papeletas, el doctor Edilberto Arévalo Correal pretendió que se completara el número con

otras tantas que él mismo puso encima de la mesa.

Existen sobre el particular las exposiciones terminantes de dos testigos presenciales: el Cabo Jorge Otilio Camacho, quien dice lo siguiente:

"A las cuatro de la tarde, que se rompieron los sellos para efectuarse el escrutinio en la primera mesa de votación, el cual yo presenciaba, y cuando se contaron las papeletas, hicieron falta cuatro de ellas, el doctor Arévalo sacó las papeletas del bolsillo y las puso sobre la mesa para completar el número de electores que habían votado; dicho doctor, al llamársele la atención por la Policía de que no podía hacer eso, contestó: 'que el Jurado era autónomo y que por lo tanto la Policía no tenía por qué intervenir en eso; que por encima de nosotros lo hacía y que si queríamos lo acusáramos, pero que las elecciones no se podían perder'" (folio 136).

Y Laurentino Galindo, el cual declara:

"A las cuatro de la tarde del 16 de marzo último dieron el redoble para cerrar la votación y encontrándome de servicio en la primera mesa, se reunieron todos los miembros del Jurado para abrir la urna, lo cual efectuaron, y como todos los miembros del Jurado metieron la mano para sacar las papeletas al botar los sobres al suelo hicieron falta cuatro boletas después de que fueron contadas que tenía cada uno de los miembros del Jurado. Estando en esas, entró el doctor Edilberto Arévalo y preguntó qué pasa, qué buscan, y le contestaron los miembros del Jurado que cuatro boletas hacían falta, a lo cual él las sacó del bolsillo y colocándolas sobre la mesa: 'No busquen más que lo caído caído; aquí están las cuatro boletas para que las repongan', a lo que contestó el Cabo Jorge Otilio Camacho, de la Cuarta División... Le dijo: 'Doctor, ¿cómo se le va a ocurrir que vaya usted a mandar echar boletas de las que tiene en el bolsillo?', a lo que contestó el doctor Arévalo que el Jurado era autónomo; que la Policía no tenía por qué intervenir en esos casos; que por encima de todo tenía que echarlas porque no se podían perder las elecciones. Entretanto, los miembros del Jurado buscaban entre los sobres que estaban en el suelo las papeletas que hacían falta, las que fueron encontradas y éstas fueron las que se colocaron en la urna, para completarlas de acuerdo con el número del registro" (folio 129).

Total: durante la jornada eleccionaria del diez y seis de marzo de mil novecientos cuarenta y uno en Usme el doctor Edilberto Arévalo Correal, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá estuvo ejerciendo actividades como militante en aquel debate político, desde el acto de presentarse en aquella población (donde se le mira como persona importante y se

sabe su carácter oficial), acompañando visiblemente a uno de los candidatos por quien se iba a sufragar aquel día, hasta intervenir, en el momento del escrutinio con animada actitud para lograr el cómputo de cuatro votos que hacían falta y que él pretendió que fueran reemplazados o suplidos por otros tantos que suministró o quiso suministrar.

Y en el transcurso del día electoral anduvo también con el candidato señor Turbay cooperando en la búsqueda de nombres en las listas de sufragantes, indicando a éstos los números que les correspondían en los registros, suministrándoles boletas, inspeccionando las mesas y averiguando por el número de votos, en suma, animando el debate electoral con múltiples actos que son los acostumbrados en los comicios por los capitanes políticos, y hasta efectuando algunos que éstos no siempre se atreven a ejecutar, como el intento de distraer la vigilancia de las autoridades encargadas de hacer guardar el orden e impedir fraudes.

A esto se agrega aquella actuación más notoria cuando a la hora del almuerzo integró prácticamente uno de los Jurados de Votación y aun se encargó de escribir nombres, etc., en el registro de sufragantes.

Si el Magistrado Arévalo hubiere ejecutado uno solo de los actos que llevó a cabo en las elecciones de Usme podría esforzarse en demostrar que tal acto no alcanza a constituir participación en debate político electoral. Pero sería inaceptable que la concurrencia de actos múltiples y que abarcan toda la jornada comicial del diez y seis de marzo de mil novecientos cuarenta y uno resultara apenas como casual reunión de hechos, acaecidos también algunos de ellos casualmente según la explicación que el doctor Arévalo ha pretendido dar.

Varios fallos judiciales, algunos emanados de esta misma Sala, han reconocido que participar en una convención política o pronunciar un discurso político en los días que preceden al debate electoral son hechos constitutivos de intervención en debate de carácter político. Ahora, puesto que los escritos, gestiones o discursos preelectorales apenas tienen como finalidad ejercer influencia en los sufragantes para obtener determinado resultado en la votación, sería grave inconsecuencia pensar que no ha intervenido en el debate político electoral el que en vez de emplear ese medio indirecto prefiere participar directamente, con la ejecución de hechos materiales y visibles no en los meros preparativos del debate electoral sino en las votaciones mismas. Estar en vigilante actividad durante el curso de éstas; mantenerse en contacto con los funcionarios

electorales o de policía y con los electores; suministrar a éstos los datos y papeletas para sufragar; introducirse al recinto del Jurado no para ejercer el derecho de sufragio sino para arrogarse funciones correspondientes a los miembros de aquél, sin tenerlas legalmente y escribiendo en el registro de votantes nombres, números, etc.; alegar con vehemencia, a la hora del escrutinio, en la mesa de votación, sobre el resultado de ésta; animar con su presencia y actitudes el debate electoral, agitar todo el día en la jornada comicial "porque las elecciones no se podían perder", ¿será todo ello menos que haber dicho un discurso político ocho días antes o que haber concurrido a una convención de partido con un mes de anterioridad a las elecciones? ¿Podrá aceptarse como razonable que en estos casos el obrar activa y ostensiblemente sea menos que el simple hablar?

La intervención del Magistrado doctor Arévalo en el debate electoral del diez y seis de marzo de mil novecientos cuarenta y uno —debate político si los hay— resulta, pues, probada por varias declaraciones de testigos presenciales y por prueba real consistente en los rastros que el mismo procesado dejó al escribir de su puño y letra unos cuantos nombres y números en el registro de votantes, y aun en cierto modo con la prueba de confesión, pues si el procesado se empeña en desvirtuar ciertos hechos de los que le imputan los testigos, no ha podido negar otros.

Hay, pues, prueba superabundante para llamarlo a juicio por ilícita intervención en la política.

Delitos contra el sufragio.

El Código Penal que hace poco dejó de regir no contemplaba los delitos contra el sufragio; de ellos trataban las leyes sobre elecciones. En el nuevo Código si está incluida la delincuencia electoral en el Título X del Libro Segundo, que consta de un solo Capítulo.

Se prevé allí como delitos:

a) La coacción física o moral o el engaño para impedir a un elector que sufrague o para obligarlo a votar por "determinado candidato, partido o corriente política"; y el soborno ejercido con las mismas finalidades;

b) El votar sin derecho, suplantar a un elector o sufragar más de una vez en una elección;

c) Falsificar o alterar un registro electoral, hacerlo desaparecer o destruirlo;

d) Alterar o modificar "por cualquier medio el resultado de una votación";

e) Hacer desaparecer o retener indebidamente una cédula de ciudadanía ajena, o tener más de una cédula.

El fraude electoral achacado por el declarante Luis Mendieta al doctor Edilberto Arévalo Correal es de los enunciados en los puntos b) y c), haber votado sin tener derecho a ello (puesto que el doctor Arévalo está inscrito en Bogotá y no en Usme), consignando, además, varios votos con la correspondiente suplantación de electores (artículo 288 del Código Penal); y falsificación o alteración de un registro electoral (artículo 289 *ibidem*).

En la prensa periódica y en los debates de la Asamblea de Cundinamarca se hicieron al doctor Edilberto Arévalo Correal los cargos de falsificación y de fraude electorales como ocurridos principalmente en dos momentos de las elecciones de Usme:

a) Alteración del registro electoral consistente en haber escrito nombres de supuestos votantes en el registro número 1, durante la hora del almuerzo en que se retiraron de allí los miembros del Jurado, maniobra mediante la cual el doctor Arévalo hizo introducir o depositó él mismo en las urnas las papeletas correspondientes a esos supuestos sufragantes; y

b) Haber pretendido al tiempo del escrutinio y en vista de que aparecían cuatro votos menos de los que figuraban como depositados en la urna, que se computaran otros cuatro que él presentaba para completar el número o sea para reemplazar las papeletas desaparecidas.

1º—Falsedad en la lista de sufragantes de la mesa número 1, y votos apócrifos colocados allí mediante esa falsedad.

Tanto el informe del delegado de la Gobernación como el que rindió el Cabo Camacho, comandante de la escolta de Policía, narran el episodio relativo a este cargo.

A tales informes se les atribuyó, en el debate político precursor de esta investigación, fuerza de plena prueba por ser documentos oficiales.

Cuando sólo se trata de exigir responsabilidad política a un Gobierno o a sus agentes, es explicable que las informaciones emanadas de ellos mismos se consideren como base suficiente. Aún más: el propio texto del documento puede constituir la materia de la responsabilidad política.

Pero si se va a hacer efectiva una responsabilidad penal, aquella información o documento tiene valor de prueba únicamente respecto del hecho de haberlo expedido el informante y respecto de hechos o circunstancias que deban constar en documentos emanados de funcionarios en quienes la ley deposita la fe pública y eso dentro de los límites que señala el artículo 2576 del Código Civil.

La existencia u ocurrencia de hechos no oficiales ni jurídicos se establece o demuestra por los medios de prueba comunes de manera que el parte o informe de un funcionario público debe ser sometido —en lo judicial— al análisis y a la crítica a que está sujeta cualquiera otra prueba.

Por eso al valorar judicialmente dichos informes se impone hacer una distinción: su valor formal de documentos auténticos puede ser reconocido sin que esto implique necesariamente que cuanto en ellos se narra deba estimarse como expresión fiel y total de la verdad. Por otra parte, puede haber en las exposiciones, memorias, mensajes o informes que emitan los funcionarios públicos, opiniones más o menos acertadas o erróneas; en esa parte no debe atribuirseles más fuerza o mérito que el correspondiente a dichas apreciaciones o conceptos.

Ahora: la narración de hechos estampada en un documento oficial puede ser verdadera o no y para saberlo es preciso buscar las fuentes de las cuales tomó conocimiento de los hechos el funcionario que los relata.

No es lícito a la Corte apreciar las pruebas con el criterio que suele emplearse en las corporaciones de indole política o en la prensa periódica. El juicio en tales campos exige demasiada rapidez, pues su valor y efecto son del momento. Pero el Juez, que debe apreciar jurídicamente los hechos y la conducta de los hombres, tiene que hacerlo de acuerdo con los principios y reglas del Derecho Probatorio, y no puede atenerse a un conocimiento improvisado ni dejarse llevar por sentimientos de parcialidad que en la lucha periodística y política son bien explicables.

En el caso que ahora estudia la Corte ocurre que los informes del delegado Tobar y del Cabo Camacho relatan unos sucesos de los cuales tuvieron conocimiento personal y directo y otros que saben apenas por referencias. Tanto en esos informes como en las declaraciones que han rendido bajo juramento ante la justicia advierten que ellos no vieron el hecho de haber escrito el doctor Edilberto Arévalo Correal nombres en el registro electoral, ni el de haber puesto él mismo unos votos en la urna o haber hecho que otra persona los pusiera; el señor Tobar tan sólo dice en su declaración de folio 85:

“Vi en la mesa que actuaba en el salón del Concejo Municipal, vi (sic) en una ocasión al doctor Edilberto Arévalo Correal, escribiendo, no puedo asegurar qué escribiría... El doctor Edilberto Arévalo Correal escribía en la mesa a que me he referido en la pregunta anterior, y ahí estaban otras personas; y siempre duró un rato escribiendo, repito que no sé lo que estaría escribiendo.”

El delegado Tobar basa, en cuanto a este hecho, su informe en el del Cabo Camacho; y éste dice que lo relató en su informe por habérselo oído referir al Agente de Policía Luis Mendieta.

Total: son informaciones de referencia a este testigo cuya declaración es, por consiguiente, la que debe apreciarse previo análisis.

Dice Luis Mendieta:

"A las ocho de la mañana del diez y seis de marzo último, día de las elecciones, el Cabo Camacho distribuyó a los Agentes bajo su mando los respectivos puestos que deberíamos ocupar. Me tocó en la urna número uno (1); como a eso de las ocho vi llegar un automóvil del cual se bajaron dos señores que no los conocía, sino más tarde, cuando dijeron que era el señor Julio César Turbay y el doctor Edilberto Arévalo Correal; hasta a la hora en que fui a retirarme no se había presentado nada anormal, cuando regresé a eso de las doce y media encontré al Jurado abandonado; los miembros de él estaban en la calle. Entró el doctor Arévalo, se sentó y se puso a escribir unos nombres en la hoja de registro electoral; en esas llegó el señor Alcalde de Usme y el señor delegado de la Gobernación y le preguntaron que cuántos sufragantes habían habido hasta esa hora, y él contestó el número que había ahí. Afuera el Alcalde le llamó la atención a los miembros del Jurado de que no podían abandonar el recinto donde se encontraba la urna, lo que ellos hicieron. Como al cuarto de hora llegó un individuo con cédula de Bogotá cuyo nombre ignoro a consignar su voto y el doctor Arévalo estando ocupado de Presidente del Jurado le alcanzó al señor un rollo de boletas, mejor dicho, unas boletas envueltas para que las colocara en la urna, pero como así no cabían le dijo: 'Doctor, así no caben', lo que le contestó el doctor que echara una por una. En ese momento intervino el Agente de la Guardia de Cundinamarca, Laurentino Galindo, dio a ver ahí que esa cédula del señor, no era de Usme, no estaba registrada allí. Pasado esto el señor Arévalo se retiró y se le informó en conjunto al Alcalde de lo que había sucedido, a lo que dijo que había que poner cuidado y que ellos estarían pendientes ahí."

El Agente Luis Mendieta había hecho ya una exposición informal ante el señor Diputado de la Asamblea, doctor Francisco Urrutia Holguín que, en lo pertinente dice:

"A la hora del almuerzo, los Jurados de Votación se retiraron de la mesa número uno y se salieron a la parte de afuera del local donde estaba colocada la mesa, que era el cuarto del Concejo. Quedé yo solo vigilando la mesa, en esos momentos llegó el doctor Edilberto Arévalo, se acercó a la mesa de votación y cogió

la hoja del registro electoral y escribió varios nombres que figuraban en el registro electoral y colocó en la urna las papeletas correspondientes a algunos de los nombres antes escritos en el registro electoral. Yo le manifesté que eso no lo podía hacer él y contestó que esos eran unos poquitos. Se quedó junto a la mesa y luego entraron varios de los miembros del Jurado, entrando al poco tiempo un ciudadano con cédula expedida en Bogotá a quien el señor Arévalo le dio varias boletas para que las colocara en la urna y como no cabían le dijo al doctor Arévalo: 'Doctor, así no caben'. Arévalo le contestó: 'Eche una por una'. No pudieron echar las papeletas porque se lo impedimos con el Agente de la Guardia Departamental, que había salido a almorzar pero acababa de llegar."

Al verificar la cita que Luis Mendieta hizo al Guardia de Policía Laurentino Galindo, éste dijo no haber presenciado lo que Mendieta relata. El Magistrado de la Corte que desempeñó las funciones de instructor en este sumario practicó personalmente un careo entre Galindo y Mendieta en el Hospital de San José de esta ciudad en donde hacía tiempo se hallaba enfermo Mendieta. He aquí lo principal de esa diligencia:

Preguntado el testigo Luis Mendieta... Contestó: "... llegó un votante con cédula de Bogotá a consignar su voto y el doctor Arévalo después de haberlo hecho figurar en la lista de votantes le dio unas papeletas envueltas y al hacerlo (el votante), como no cabían en la urna, le dijo: 'Doctor, así no caben', a lo que contestó: 'Eche una por una'. Hasta ese momento no se sabía que la cédula era de Bogotá. No recuerdo bien quién fue que hizo caer en cuenta de esto, me parece que fue el señor Laurentino Galindo, aquí presente, o fue el compañero, no recuerdo bien.

"El votante pondría tal vez uno o dos votos, pero no alcanzó a poner todos los que le había dado el doctor Arévalo, porque yo se lo impedi."

Preguntado: "En su declaración anterior afirmó usted rotundamente que en el momento en que el votante a que se refiere le decía al doctor Arévalo: 'Doctor, así no caben', y en que el doctor Arévalo le respondió 'que echara las papeletas una por una', 'en ese momento intervino el Agente de la Guardia de Cundinamarca Laurentino Galindo, dio a ver ahí que esa cédula del señor no era de Usme, ni estaba registrada allí'. ¿Qué dice usted categóricamente sobre esta referencia hecha al Agente Laurentino Galindo, aquí presente? Contestó: Me parece que fue él. Pero la cosa fue que cuando se averiguó lo de la cédula de ciudadanía del votante, un uniformado fue quien hizo notar que la cédula no era de Usme sino de Bogotá. *Preguntado el declarante Laurentino Galindo:* ¿Qué replica usted a lo que

acaba de oír? *Contestó:* Lo que hay aquí es probablemente una equivocación del señor Mendieta, pues cuando llegó el Alcalde y les dijo a los Jurados que no abandonaran la mesa, ya había ocurrido lo del votante y el doctor Arévalo, que acaba de referir el señor Mendieta y que éste señor me refirió aquel día en Usme, después de que yo regresé de almorzar, es decir, pasadas las dos de la tarde. *Preguntado el declarante Mendieta:* ¿Qué dice usted a esto? *Contestó:* A eso puedo decir que el asunto del votante ocurrió como he dicho y que uno de los uniformados que estábamos ahí fue quien llamó la atención sobre el asunto de no ser la cédula de Usme, sino de Bogotá. En vista de lo que dice el señor Galindo y por no recordar yo bien, no me atrevo a insistir en que fuera él quien dijo lo de la cédula, pues pudo ser otro de los Agentes o el Cabo.”

Nótese que el Cabo Camacho, en su informe, dice:

“En la primera mesa se encontraban de servicio los Agentes Luis Mendieta de la Policía Nacional y Laurentino Galindo de la Guardia de Cundinamarca.”

De manera que la cita hecha por Mendieta a otro Agente uniformado no puede referirse sino a Laurentino Galindo, quien, como acaba de verse, desechó la alusión que Mendieta le hacía.

No obstante, con el ánimo de disipar cualquier equívoco, el Magistrado sustanciador dispuso que se interrogara de nuevo, bajo juramento, a los Agentes de Policía distintos de Galindo, a fin de saber si alguno de ellos había sido el testigo presencial a que Mendieta se refería; y que se llevaran a efecto los careos necesarios (véase auto de trece de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, folios 357 vuelto).

Efraim Fierro T., Guardia de Cundinamarca, compañero de Laurentino Galindo, dijo:

“De las doce a la una de la tarde me encontraba en la calle de dicha población frente a la tienda del señor Farieta, tienda que está situada a la diagonal de la iglesia y me ocupé en requisar a los ciudadanos que llegaban a esa población con el objeto de concurrir a las elecciones que se verificaban. De la una a las dos de la tarde me retiré para ir a almorzar, pues en aquel momento me relevaron para tal objeto. Durante el lapso de tiempo por el cual se me ha preguntado no presencié hecho especial ninguno.”

También declararon de nuevo los Agentes de Policía Hermógenes Morales (folio 456), Pedro C. Castillo (folio 462), Gabriel Alvarado (folio 470) y Pablo E. Chacón (folio 472), a quienes se hizo venir de diferentes lugares del país donde estaban prestando sus servicios, y cada uno de

ellos aseveró categóricamente no ser el Agente citado por Luis Mendieta como testigo presencial del hecho imputado al doctor Edilberto Arévalo Correal y relatado por el mismo Mendieta.

Por otra parte, ninguno de los demás deponentes atestigua los hechos inculcados por el Agente Mendieta al doctor Edilberto Arévalo Correal de haber procurado que un sujeto con cédula de Bogotá, introdujese un “rollo” de votos en la urna de la mesa número 19

Al hecho ejecutado por el doctor Edilberto Arévalo Correal, consistente en haber escrito en el registro de sufragantes de la mesa número 19 unos cuantos nombres y números atribuye el declarante Mendieta doble finalidad, pues dice que el doctor Arévalo le alcanzó a cierto sujeto que portaba cédula de Bogotá “un rollo” de boletas o unas boletas envueltas “para que las colocara en la urna”; y más adelante dice el mismo testigo: “después de que el doctor Arévalo escribió varios nombres en la hoja de registro electoral, si depositó varias boletas, no puedo decir el número exacto, en la urna”.

Es indudable que el doctor Edilberto Arévalo Correal ocupó asiento como si fuera uno de los Jurados de Votación en la mesa número 1; y el mismo doctor Arévalo no podría negarlo puesto que de su puño y letra aparecen escritos en el respectivo registro los nombres, apellidos, número de cédula, número de registro electoral y número de orden, correspondientes a seis de los sufragantes de aquella mesa; el doctor Arévalo reconoció ante la Corte como puestos por él esos seis renglones que ostentan del modo más notorio los rasgos y caracteres de letra de dicho Magistrado.

Pero aparte del hecho mismo de haber llevado el doctor Edilberto Arévalo su entusiasmo electoral hasta el punto de actuar como una especie de Jurado supernumerario, de lo cual dejó rastro indudable, en cuanto al fraude electoral efectivo en aquellos momentos la única prueba directa es la declaración del Agente de Policía Luis Mendieta. Arriba se dijo que otras personas han hablado también de este episodio, por ejemplo, el delegado de la Gobernación señor Tobar y el Cabo de la Policía Jorge Otilio Camacho; pero al declarar como testigos y bajo juramento dicen que no les consta el hecho por propia percepción sino por habérselo oído relatar al Agente Luis Mendieta. Y algo parecido sucede con otros declarantes.

En resumen: sobre la incitación hecha por el doctor Edilberto Arévalo Correal a cierto sufragante con cédula de Bogotá para que “echara” entre la urna unos cuantos votos siendo así que tal sujeto ni siquiera tenía derecho de sufragar en Usme sino en Bogotá, obra como única prueba el dicho del Agente Luis Mendieta.

Igual cosa cabe decir de otro hecho imputado al doctor Arévalo: el de haber él mismo introducido unas cuantas papeletas en la urna después de escribir en la lista cierto número de nombres como si fuesen los de verdaderos sufragantes: sobre esto tampoco hay prueba sino el dicho del Agente Luis Mendieta.

El testimonio en cuestión no da a la Corte certeza legal sobre el fraude, por las siguientes razones:

a) La cita que Mendieta hizo tan categóricamente al Guardia de Cundinamarca Laurentino Galindo (folio 122), flaqueó en presencia de éste, al punto que el Magistrado instructor pudo darse cuenta cabal del titubeo de aquel afirmativo declarante al enfrentarse con la persona por él citada, titubeo que terminó en forma que Mendieta no pudo sostenerle a Galindo la aseveración. Los únicos Guardias de Cundinamarca que estuvieron en Usme el día de las elecciones, y que allí se encontraban desde días antes, son Laurentino Galindo y Efraim Fierro. Galindo, que fue quien prestó servicio en la mesa de votación número 1 niega rotundamente haber presenciado el hecho que asevera Mendieta como visto por ambos; y el otro Guardia Efraim Fierro T. dice que él no estuvo presente en la mesa de votación número 1 (folios 407 a 408); y llamados a declarar uno a uno los otros Agentes de Policía, puesto que Mendieta se obstinó en que un uniformado era quien lo acompañaba como testigo presencial, todos estos declarantes rechazan la alusión y alguno de ellos hasta dice que sólo tuvo conocimiento del hecho por habérselo oído relatar a Mendieta.

Sobre la idoneidad general de este declarante conviene anotar que durante varios meses hubo de permanecer en el Hospital San José de esta ciudad por cuenta de la Policía; que por tratarse de enfermedad incurable fue al fin dado de baja; que el Magistrado instructor de la Corte fue a dicho Hospital a practicar el careo entre Laurentino Galindo y Mendieta; y que el estado enfermizo de éste pudo influir en su memoria, y, en general, en su ánimo, pues el mismo Mendieta, al final de otra declaración que rindió ante el Juez comisionado por la Corte dijo lo siguiente que puede leerse a folio 122:

“Dejo constancia que si existe una contradicción o disparidad entre la declaración que rendí en el Hospital de San José ante los señores Urrutia y Ospina y la que rindo hoy en este Juzgado, se debe a que cuando rendí la primera me encontraba muy débil a consecuencia de una operación que me habían practicado en esos días.”

b) El día mismo de las elecciones el testigo Mendieta le dijo a su superior, Cabo Camacho,

que el doctor Arévalo había escrito veintitrés (23) nombres en el registro electoral, y por eso el Cabo Camacho consignó en su informe ese dato; más tarde, en la exposición o información rendida ante el Diputado doctor Francisco Urrutia Holguín dice Mendieta que el doctor Arévalo “escribió varios de los nombres que figuran en el registro electoral y colocó en la urna las papeletas correspondientes a algunos de los nombres escritos en el registro electoral”. Como se ve, ya no precisa el declarante el número de nombres que le vio escribir al Magistrado Arévalo; y por último, en declaración jurada que rindió en esta investigación dijo que no podía precisar el número de nombres que hubiese escrito el Magistrado Arévalo en el registro de sufragantes, porque ese dato lo tenía apuntado en una libreta que se le había perdido.

Por otra parte, las personas cuyos nombres, etc., escribió el doctor Arévalo en el registro electoral, declaran bajo juramento que efectivamente votaron; y al exigirles el Juez en el acto mismo de las declaraciones que presentaran sus cédulas de ciudadanía, se vio que al respaldo de ellas se encuentra estampada la anotación de haber sufragado en las elecciones del diez y seis de marzo de mil novecientos cuarenta y uno. (Véase las declaraciones de Heliodoro Farieta, folio 186; Cesáreo Herrera, folio 194; Hermenegildo Gutiérrez, folio 198; Amadeo Rodríguez Borda, folio 234). Y como no aparece que el doctor Arévalo hubiese escrito en aquella lista otros nombres fuera de los seis que notoriamente son puestos por él, no es verosímil la introducción en la urna de papeletas de votación no correspondientes a otros sufragantes. Nótese que en aquella ocasión se enfrentaban no sólo los dos partidos tradicionales sino dos bandos de un mismo partido, circunstancia que dificultaba más cualquier intento de fraude por la recíproca vigilancia de los grupos contendores y que el número de votos escrutados en esa mesa no excedió al número de los que aparece que sufragaron que apenas llegaron a ciento.

Aquí conviene anotar que el registro electoral permanente de Usme pasa de un mil trescientos ochenta (1.380) ciudadanos inscritos; y en las elecciones del diez y seis de marzo de mil novecientos cuarenta y uno apenas hubo seiscientos treinta y uno (631) votos en total para Representantes y seiscientos treinta y nueve (639), también en total, para Diputados (folio 69). Es decir: que el total de votos escrutados ese día no alcanza a la mitad del número de sufragantes inscritos.

Y otra circunstancia: en la mesa de votación número 3 hubo un escrutinio de doscientos setenta y dos (272) votos; y en las mesas números dos y cuatro el escrutinio dio ciento cuarenta

(140) y ciento veintiséis (126) votos, respectivamente. En cambio, en la mesa número 1, donde ocurrieron las dos actuaciones del Magistrado Arévalo Correal, sólo se escrutaron cien (100) votos, es decir, que en esta mesa resultó un menor número de votos que en cualquiera de las otras.

Si se tienen en cuenta los entusiasmos electorales del inculpado, no es imposible que el doctor Edilberto Arévalo Correal hubiese puesto en la urna, efectivamente, algunos votos, o que hubiese autorizado e incitado al sujeto "llegado de Bogotá" para que hiciera otro tanto.

Pero de que haya una mera posibilidad, basada en el dicho de un solo testigo, prueba a la cual se le han hecho reparos tan serios, no es dable concluir que resulte legalmente fundado el cargo de que se viene hablando.

De ahí que el señor Procurador Delegado diga lo siguiente:

"La aseveración hecha por el Agente Luis Mendieta de que el doctor Edilberto Arévalo escribió veintitrés nombres en el registro de sufragantes correspondientes a la mesa de votación número 1, no se ha comprobado en este proceso. El único dato fehaciente e irrefutable es el de que el señor Magistrado acusado escribió seis nombres, correspondientes a los números de orden 64, 65, 66, 67, 68 y 69."

Los otros dos testigos de la actuación del doctor Edilberto Arévalo Correal en la mesa número 1 fueron los señores Filemón Vanegas y Waldo González, miembros del Jurado respectivo; los tres Jurados restantes se habían retirado a almorzar. El señor Procurador comenta las declaraciones de estos señores así:

"Según estos dos testigos, el doctor Arévalo fue llamado para que dictaminara si los registros estaban bien llevados. De acuerdo con la declaración de Filemón Vanegas el doctor Arévalo no dijo nada al respecto. De conformidad con el testimonio de Waldo González el doctor Arévalo hizo una amplia explicación sobre el modo como debía llevarse el registro.

"No quiere la Procuraduría hacer hincapié sobre esta discrepancia entre aquellos dos testimonios, porque considera que eso no tiene importancia fundamental.

"Lo que sí tiene importancia, y muy visible, es el hecho plenamente demostrado con los testimonios de los miembros componentes del Jurado de Votación número 1, de que ese Jurado se encontraba desintegrado cuando se acercó a él el doctor Edilberto Arévalo Correal. Había solamente dos miembros del Jurado que son los dos testigos de que se está tratando, lo que quiere decir que no había quórum para el funcionamiento legal de esa mesa de votación. El

doctor Arévalo no fue llamado para completar ese quórum.

"Los señores Waldo González y Filemón Vanegas designaron al doctor Edilberto Arévalo, según ellos dicen, como su consultor; y el requerido, según manifiesta en su indagatoria, aceptó esa designación manifestando que el registro estaba bien llevado.

"Aparece un poco extraña la consulta cuando ya habían transcurrido más de cuatro horas de votación, es decir, se había pasado de la mitad del término señalado por la ley para las elecciones, lo que significa que no existían dificultades sobre la forma de llevar el registro porque bastaba ver lo ya escrito para enterarse del modo como debía proseguirse en la factura del registro.

"Por otra parte, el doctor Arévalo, que quiso ayudar, según él mismo manifiesta, con sus conocimientos a los dos Jurados consultantes, debió darse cuenta de la desintegración del Jurado, en primer término; y en segundo lugar, de que un extraño, como lo era él, no tenía por qué asumir funciones propias y exclusivas de los mismos Jurados.

"Aún más: el doctor Arévalo debió pensar no sólo que era un extraño al Jurado, sino también que tenía una calidad jurisdiccional que no podía olvidar ni menospreciar en ningún momento, esto es, el carácter de Magistrado de un Tribunal Superior."

Después de transcribir los pasajes más pertinentes de las declaraciones, concluye sobre este cargo el señor Procurador:

"De lo relatado resulta que no hay prueba para poder sostener que el doctor Arévalo hubiera alterado o falsificado el registro en que escribió los seis nombres ya mencionados.

"En estas circunstancias, opina la Procuraduría que no está demostrado el cuerpo del delito de que trata el artículo 289 del Código Penal y que por lo mismo el cargo de falsedad hecho al mismo doctor Arévalo no tiene en las probanzas levantadas fundamento legal.

"Queda así despejado el segundo tópico propuesto, pero la actuación del doctor Arévalo al entrometerse en el Jurado número 1 escribiendo esos nombres y asumiendo un papel que no le correspondía, sirve para corroborar la apreciación expuesta anteriormente, sobre la certidumbre de que el señor Magistrado acusado sí intervino en el debate político."

Y más adelante:

"Ya se dijo que el desconocido votante con cédula de Bogotá no pudo ser determinado, lo que le resta fortaleza al cargo de fraude por la introducción de varias papeletas a la vez. Si a esto se agrega que Galindo desmintió a Men-

dieta sobre la afirmación de que aquél había intervenido para atajar dicho fraude, es lógico concluir que acerca del punto concreto del intento o de la consumación del fraude de que se está tratando, no hay otra prueba que el testimonio de Mendieta, insuficiente para la demostración del cuerpo del delito.

“En consecuencia, en concepto de esta Procuraduría, no hay mérito para llamar al doctor Arévalo a responder en juicio criminal por tal hecho.”

Segundo cargo.

Que al tiempo del escrutinio el doctor Edilberto Arévalo Correal en vista de que aparecían cuatro papeletas menos de las que figuraban como votos depositados en la urna, pretendió que se computaran otras cuatro que él presentaba para reemplazar las desaparecidas.

De este episodio habla el informe del delegado de la Gobernación señor Tobar, pero no como testigo presencial sino con referencia al Cabo de la Policía Jorge Otilio Camacho.

Sobre este particular obran varias declaraciones juradas de las cuales se transcribe lo pertinente.

Declara el testigo Mendieta:

“A las cuatro de la tarde, hora en que rompieron los sellos de la urna, al contar las boletas del sufragio, y habiéndolas ya contado dos veces, y en ambas contadas habiendo faltado boletas según el número que daba la hoja de registro electoral, en esas llegó el señor Arévalo y haciéndose a espaldas del señor que tenía la urna dijo: ‘Aquí están las que faltan’, sacándolas de debajo de la urna. No me consta si las boletas estaban ahí o las sacó del bolsillo. No recuerdo por el momento más” (folio 120).

Dice el testigo Laurentino Galindo:

“A las cuatro de la tarde del 16 de marzo último dieron el redoble para cerrar la votación y *encontrándome de servicio en la primera mesa* se reunieron todos los miembros del Jurado para abrir la urna lo cual lo efectuaron, y como todos los miembros del Jurado metieron la mano para sacar las papeletas al botar los sobres al suelo hicieron falta cuatro boletas después de que fueron contadas que tenía cada uno de los miembros del Jurado. Estando en esas, entró el doctor Edilberto Arévalo y preguntó qué pasa, qué buscan y le contestaron los miembros del Jurado que cuatro boletas hacían falta a lo cual él las sacó del bolsillo y colocándolas sobre la mesa dijo: ‘No busquen más, que lo caído caído; aquí están las cuatro boletas para que las respondan’, a lo que contestó el Cabo Jorge Otilio Camacho, de la Cuarta División, quien estaba encargado del personal de Agentes. Le dijo: ‘Doctor, cómo se le va a ocurrir que vaya usted

a mandar echar boletas de las que tiene en el bolsillo’, a lo que contestó el doctor Arévalo que el Jurado era autónomo, que la Policía no tenía por qué intervenir en esos casos, que por encima de todo tenía que echarlas porque no se podían perder las elecciones. Entretanto los miembros del Jurado buscaban entre los sobres que estaban en el suelo las papeletas que hacían falta, las que fueron encontradas y éstas fueron las que se colocaron en la urna, para completarlas de acuerdo con el número del registro” (folio 129).

Dice el testigo Jorge Otilio Camacho:

“A las cuatro de la tarde, que se rompieron los sellos para efectuarse el escrutinio en la primera mesa de votación, el cual yo presenciaba, y cuando se contaron las papeletas hicieron falta cuatro de ellas, el doctor Arévalo sacó las papeletas del bolsillo y las puso sobre la mesa para completar el número de electores que habían votado; dicho doctor, al llamársele la atención por la Policía de que no podía hacer eso, contestó: ‘que el Jurado era autónomo y que por lo tanto la Policía no tenía por qué intervenir en eso; que por encima de nosotros lo hacía y que si queríamos lo acusáramos, pero que las elecciones no se podían perder’” (folio 136).

Para eludir esta inculpación se adujeron al sumario por parte del doctor Edilberto Arévalo Correal unas declaraciones rendidas extrajudicialmente a probar que al tiempo de los escrutinios se hallaba el doctor Arévalo libando cerveza en la casa de Domiciano Salas. Sobre este empeño frustrado e inútil de probar la coartada hace el señor Procurador el comentario siguiente:

“Los señores Marco T. Muñoz, Domiciano Salas, Rodolfo Gutiérrez y José del Carmen Salazar, citados en su indagatoria por el doctor Arévalo, depusieron bajo juramento que de las tres y media de la tarde del día de las elecciones hasta las seis, el doctor Edilberto Arévalo Correal estuvo con ellos en la casa de Salas conversando de asuntos ajenos a las elecciones y tomando unas cervezas.

“En los careos realizados entre el doctor Arévalo y el Cabo Camacho y entre aquél y el Guardia Galindo, cada uno de los interrogados se sostuvo en su dicho, pero el doctor Arévalo insinuó en esas diligencias la posibilidad de que le hubiera confundido con un hermano, confusión que desecharon los Agentes por estar seguros de que quien concurrió a los escrutinios de la mesa número 1, fue el Magistrado.

“En los careos que se llevaron a término entre los testigos citados por el doctor Arévalo y Camacho y Mendieta y Galindo, sucedió otro tanto, es decir, ninguno se retractó, y la su-

gerencia sobre la confusión llegó hasta el extremo que Marco Tulio Muñoz dijo que era tal el parecido entre el doctor Edilberto y el doctor Benjamín Arévalo, que él que los conoce desde hace tanto tiempo, llega a confundirlos, por ser idénticos, lo que daría lugar a replicar que quizás el que estuvo tomando cerveza no fue el doctor Edilberto sino el doctor Benjamín.

“El Agente Mendieta, en su careo con Rodolfo Gutiérrez, dijo:

“Me sostengo en lo que dejé expuesto y en mis anteriores declaraciones y manifiesto que no sufrí equivocación o confusión respecto a la persona del doctor Edilberto Arévalo, pues desde por la mañana pregunté por su nombre y me dijeron que se trataba del doctor Edilberto Arévalo, Magistrado. Dejo constancia que en el momento de verificarse los escrutinios en la mesa de votación número 1, yo vi al señor que tengo de presente y hasta dijo que era Presidente del Concejo o del Directorio Liberal.”

“Se encuentran, por lo tanto, enfrentados dos grupos de declarantes que afirman, el uno que el doctor Arévalo estuvo en los escrutinios de la mesa número 1 y actuó en la forma ya expuesta, y el otro que sostiene que dicho doctor se hallaba en esos momentos dentro de la casa del señor Salas.

“Se atreve a pensar este Despacho que es inútil entrar a analizar a cuál de los dos grupos debe dársele mayor crédito, porque habiéndose cumplido la introducción de papeletas en la urna ya nombrada con prescindencia de las que se dice presentó en esa oportunidad el doctor Arévalo, sino acogiendo, por el contrario, las que fueron halladas como extraviadas, no hay lugar a imputarle al doctor Arévalo el hecho de fraude. La coartada, por este motivo, carece de importancia y es inconducente.

“Con todo, no está por demás observar que hay una presunción de credibilidad que favorece las declaraciones de los Agentes y el Guardia, porque esos sujetos no parece que tengan ningún interés en mentir ni menos en perjudicar al doctor Edilberto Arévalo, cuyo viaje a Usme era ignorado tanto por esos individuos como por sus inmediatos superiores, a quienes sería aventurado y temerario señalarles como encarnizados perseguidores del Magistrado tantas veces nombrado.

“Cree este Despacho que con lo que se deja relatado se ha decidido el punto tercero, relativo al fraude consistente en introducción maliciosa de papeletas en la mesa número 1 en los momentos del escrutinio.

“No hay, pues, fundamento legal para que el doctor Arévalo sea llamado a responder por ese cargo.”

No resulta, pues, demostrada la falsificación del registro ni tampoco que el fraude electoral de que se acusa al Magistrado Arévalo Correal hubiese llegado a consumarse:

a) El hecho de haber él escrito nombres en el registro de sufragantes no es falsificación o alteración de éste ya que los seis nombres que puso corresponden a ciudadanos legalmente inscritos allí y los cuales consignaron efectivamente sus votos;

b) Descartada esta falsificación o alteración y dado que al hacer el escrutinio no resultaron más votos que votantes, se infiere lógicamente que el doctor Arévalo no puso votos fraudulentos con la respectiva suplantación de electores;

c) Las cuatro papeletas que el doctor Edilberto Arévalo Correal se empeñaba en hacer computar al tiempo de los escrutinios, sacadas de su bolsillo para suplir otras cuatro desaparecidas, al fin no fueron tenidas en cuenta según dicen los testigos presenciales Jorge Otilio Camacho y Laurentino Galindo.

Pero las repetidas propuestas del doctor Edilberto Arévalo Correal al Cabo Camacho con el fin de “que le hiciera cuarto para poner unos votos más porque los Agentes estaban controlando” (folio 135); las insinuaciones al delegado Tobar para que abandonara su oficio fiscalizador o lo descuidara yéndose a tomar trago con el mismo doctor Arévalo y con el señor Julio César Turbay; la irregular actuación en la mesa de votación número 1, cuando los miembros del Jurado se ausentaron y el doctor Arévalo se ocupó como si fuese uno de ellos y se puso a escribir nombres en el registro de votantes; el afanoso empeño de hacer computar como votos extraídos de las urnas las cuatro papeletas sacadas del bolsillo del doctor Arévalo y que él insistía en entregar al Jurado; todas estas maniobras y ensayos, aunque no culminaron en un fraude electoral efectivo, y, por consiguiente, no alcanzan a constituir delito contra el sufragio, si concurren a demostrar de manera indudable la ilícita intervención del Magistrado Arévalo en el debate político.

El memorial del apoderado.

El doctor Guillermo Morales Peña, apoderado del Magistrado Arévalo en estas diligencias sumarias ha dirigido un escrito a la Corte para rebatir la vista del señor Procurador de la Nación, o, mejor dicho, para proponer los argumentos que estima conducentes a desvirtuar las pruebas de cargo contra el doctor Arévalo.

La objeción que hace el señor apoderado en contra de algunos testimonios, fundada en la circunstancia de que los declarantes pudieron confundir el día de las elecciones al doctor Edilber-

to Arévalo Correal con alguno de sus hermanos por ser muy parecidos, no resiste el análisis. Los dos Guardias de Cundinamarca estaban en Usme con anterioridad de dos meses al día de las elecciones; y uno de ellos, Laurentino Galindo, por ejemplo, además de hacer hincapié en ese dato para mostrar que él no confunde al doctor Edilberto Arévalo Correal con ninguno de sus hermanos, explica los motivos o datos que tiene para no incurrir en tal confusión.

Si pudiese tomarse a lo serio otro argumento del señor apoderado, el de que los más salientes funcionarios, como los Gobernadores y aun el Presidente de la República incitan públicamente a los ciudadanos para que voten, de donde se pretende sugerir una exculpación del Magistrado Arévalo, habría que contestar que esos empleados del orden político están expresamente autorizados por la ley para ejercer esa función política o, mejor dicho, tienen el deber impuesto por la ley de invitar a los ciudadanos a que sufragen; pero la ley no manda ni siquiera permite a los Magistrados de los Tribunales de Justicia inmiscuirse en las actividades electorales. En alguna época los Jueces de Circuito eran Jueces de escrutinio. Y cabalmente, con la idea de coadyuvar a la separación radical entre la judicatura y la política se suprimió esa intervención de los Jueces y se pasó a los Tribunales Administrativos el conocimiento de los juicios sobre elecciones.

Pide el señor apoderado del doctor Arévalo que el sobreseimiento en favor de éste por el cargo de delito contra el sufragio sea definitivo y no temporal como lo solicitó el señor Procurador de la Nación.

Tampoco en este punto podía dársele la razón al señor apoderado. El sobreseimiento ha de ser definitivo "cuando aparezca que no se ha realizado el hecho que dio lugar a la investigación"; cuando el hecho no sea constitutivo de delito; "cuando esté claramente demostrada la inocencia del procesado"; cuando el hecho no sea imputable al procesado o cuando medie un motivo de justificación (artículo 437 del Código de Procedimiento Penal).

Ninguno de estos extremos se contemplan aquí ahora pues, dado el análisis que se ha hecho de las pruebas, lo que hay es que "no aparece plenamente comprobado el cuerpo del delito", ni "existe contra el procesado la prueba suficiente para llamarlo a juicio", que son las dos hipótesis previstas por el artículo 436 cabalmente para que el sobreseimiento sea temporal.

Conclusiones.

1º Hay prueba más que suficiente de que el doctor Edilberto Arévalo Correal, Magistrado del

Tribunal Superior de Bogotá, intervino ostensible y activamente en el debate político del diez y seis de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, durante la jornada comicial que se efectuaba aquel día en el Municipio de Usme para elegir Diputados a la Asamblea y Representantes, y debe llamársele a juicio por esta infracción;

2º No hay la prueba necesaria del cuerpo del delito en lo que se refiere a las infracciones punibles contra el sufragio que se han venido imputando al mismo Magistrado doctor Arévalo;

3º Sobre la responsabilidad de éste en lo relacionado con delitos contra el sufragio no hay —en definitiva— más prueba que la declaración del ex-Agente de Policía Luis Mendieta, inválida según las normas de crítica del testimonio. Esta prueba única y carente de valor, siendo así que —por otra parte— no existe otra prueba sobre el cuerpo del delito de alteración, falsedad, etc., del sufragio, no presta mérito para abrir causa criminal por este delito.

En virtud de los considerandos que preceden la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º Llámase al doctor Edilberto Arévalo Correal, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a responder en juicio criminal por el cargo comprendido bajo la denominación genérica de "abuso de autoridad y otras infracciones", de que trata el Código Penal en su Libro Segundo, Título III, Capítulo VI. Los hechos a cargo del Magistrado Arévalo y constitutivos de dicha infracción penal ocurrieron en el Municipio de Usme (del Distrito Judicial de Bogotá), durante las votaciones para Representantes al Congreso y Diputados a la Asamblea de Cundinamarca efectuadas el diez y seis de marzo de mil novecientos cuarenta y uno;

2º Se sobresee temporalmente en favor del mismo Magistrado de Tribunal Judicial doctor Edilberto Arévalo Correal por el cargo de delitos contra el sufragio que se le venían imputando como ocurridos en el lugar, fecha y ocasión de que trata el numeral anterior.

Cópiese y notifíquese con las prevenciones de que tratan los artículos 432 y 433 del Código de Procedimiento Penal.

Una vez ejecutoriado este auto se insertará en la *Gaceta Judicial*.

José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre, Manuel Caicedo Arroyo—Julio E. Argüello R., Secretario.

Recurso de revisión en materia penal. — El recurso de revisión no es una tercera instancia que permita revivir un debate sobre pruebas y cuestiones ya tratadas en el curso del juicio.

El recurso de revisión no es una tercera instancia; y para que prospere es necesario demostrar la existencia de alguna de las causales que la ley ha establecido, lo cual no se hizo en el presente caso.

Causa cierta extrañeza la aparente desproporción entre la cuantía del delito (apropiación indebida por valor total de siete pesos (\$ 7.00) y la cantidad de pena impuesta —en este caso— tres años y ocho meses de presidio, y luégo relegación en una colonia agrícola; pero es necesario tener en cuenta que se trata de un reo que en tres años consecutivos ha sido condenado otras tantas veces por delitos contra la propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Vistos:

El Juzgado 1º del Circuito de Cúcuta condenó a Valentín Zambrano, en sentencia fechada el seis de octubre de mil novecientos treinta y tres, a la pena principal de dos años de presidio por el hurto de un buey; y el respectivo Tribunal Superior (el de Pamplona) confirmó esa condenación.

También profirió sentencia condenatoria contra Valentín Zambrano el Juzgado 3º del Circuito de Cúcuta, fechada el diez y nueve de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro, por robo de una yegua, sentencia que el Tribunal Superior de Pamplona reformó para imponerle una pena menor de la que había señalado el Juez. En esta ocasión la pena vino a quedar fijada en dos años y ocho meses de presidio.

Otra sentencia, condenatoria a dos años de presidio, recayó sobre el mismo Valentín Zambrano, emanada del Juzgado 2º del Circuito de Cúcuta, por hurto de un caballo, sentencia que el Tribunal Superior de Pamplona hubo de confirmar en veintidós de abril de mil novecientos treinta y seis.

Después de estas tres condenaciones el Juzgado Municipal de Pamplona sentenció a Valentín Zambrano a la pena principal de tres años un mes y diez días de prisión; y el Juzgado de Circuito respectivo elevó tal pena a tres años y ocho meses.

Esta última condenación corresponde a un abuso de confianza cuya cuantía no excedió, al parecer, de siete pesos, hecho ejecutado por Valentín Zambrano en contra de los intereses de los señores Hernández Bautista; y es ella, o el respectivo proceso, los que han motivado el presente recurso de revisión.

Tanto el escrito por medio del cual se interpone la revisión como los memoriales de pruebas y otros son confusos e inadecuados a su objeto. No obstante, la Corte trató de encauzar esas solicitudes, interpretándolas a veces a fin de que pudieran traerse elementos para formar juicio acerca de los motivos de revisión.

Pero los elementos aducidos como probatorios tan sólo tienden a demostrar que Valentín Zambrano y su familia se hallan muy pobres y que él, desde la cárcel, ha procurado suministrarles lo que puede para ayudar a la subsistencia de ellos, lo cual no plantea un motivo de revisión porque, como lo dice el señor Procurador, “lo relativo al estado de necesidad en que se viese envuelto Zambrano cuando cometió el abuso de confianza, fue materia de estudio en las sentencias de primera y de segunda instancias, en donde se rechazó esa causal de justificación”.

Los esfuerzos que ha hecho el recurrente para tratar de establecer que en el juicio cuya revisión pide no logró que declarasen unos Guardianes de la cárcel sobre el estado de necesidad en que se hallaba cuando delinquirió, son esfuerzos baldíos por doble motivo: porque el no haber declarado en aquel juicio unos testigos significaría que hubo carencia de pruebas y no falsedad de ellas; y porque, ya se dijo, ese punto del estado de necesidad en que el reo dice haberse hallado si lo tuvieron en cuenta sus Jueces: lo apreciaron bien o mal pero, en todo caso, lo conocieron.

El rigor de la pena impuesta —tres años ocho meses de prisión y luégo relegación en colonia

agrícola— ante lo exiguo de la cuantía del delito, unos alimentos y unos pañuelos por valor de siete pesos (\$ 7.00), no puede menos de inquietar a quien vea solamente tal hecho comparado con tal sanción.

Pero no es posible desatender estas circunstancias:

1ª El pasado judicial de Valentín Zambrano, condenado en tres años consecutivos por otros tantos delitos de hurto y robo de ganados;

2ª Los engaños de que se valió para obtener de la familia Hernández Bautista no sólo la entrega de los objetos de exiguo valor que le confiaron y de los caules él dispuso, sino también la cantidad de diez pesos (\$ 10) para gastos de viaje;

3ª La actual legislación penal no mira tanto a la objetividad del delito considerada en sí misma cuanto al factor subjetivo. Y es cierto que una personalidad que tiene los antecedentes de Valentín Zambrano debe ser reprimida fuertemente: está visto que las sanciones impuestas antes han sido insuficientes.

En todo caso la actuación en este recurso ha resultado vana porque ni se llegó a demostrar que fuera falsa alguna de las pruebas que pudieron determinar el fallo respectivo, ni se han establecido hechos nuevos o producido pruebas no conocidas al tiempo de los debates que muestren la inocencia o irresponsabilidad del condenado o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad.

Y como las causales de revisión invocadas por Valentín Zambrano han sido la 3ª y la 5ª del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal que, para prosperar requieren cabalmente las comprobaciones antedichas, resulta imposible ordenar la revisión del proceso.

De este mismo parecer es el señor Procurador de la Nación, quien analiza por separado lo referente a cada una de las dos causales alegadas.

Conviene transcribir los siguientes pasajes del aparte de la vista del señor Procurador:

El señor Procurador Delegado dice:

“...habiéndose ya debatido este tema (el del estado de necesidad) ante los juzgadores, resulta hoy improcedente en revisión, puesto que ésta no es una tercera instancia que permita revivir un debate sobre pruebas y cuestiones ya tratadas en el curso del juicio.

“En consecuencia, no es viable la causal tercera,

“5ª causal.—Revelación de hechos nuevos.

“No dice el demandante en qué consiste este motivo de revisión, pero leyendo sus escritos parece que se refiere al hecho de habersele imputado varias reincidencias sin antes declararlo reincidente por la primera vez.

“Tendría razón el recurrente en alegar este motivo si se estuviera discutiendo en las instancias de la causa lo referente a la aplicación de la penalidad; pero como este tópico es extraño en revisión, no hay para qué avocarlo aquí, por más que en realidad aparezcan mal computadas las tres reincidencias que le capitalizó el Juzgado del Circuito en lo Penal de Pamplona, y por más que ese fallo se resienta de excesiva severidad al reprimir con tres años y ocho meses de prisión y cinco años de relegación a una colonia, un delito de abuso de confianza por mínima cuantía de siete pesos, cuantía ésta que ni siquiera le daba competencia al Juez Municipal para conocer del asunto, según lo enseña el artículo 48 del Código de Procedimiento Penal.

“Es sensible, sí, que hoy no haya posibilidad alguna de corregir los desaciertos de los juzgadores de instancia.

“Sin embargo, se tranquiliza la conciencia del Juez al pensar que el acusado no podía ampararse en la causal de justificación relativa al estado de necesidad, porque Zambrano aparece como un delincuente habitual contra la propiedad, lo que impediría colocarlo en las condiciones del artículo 430 del Código Penal, que exige, entre otras cosas, para eximir de responsabilidad, que el sujeto no sea socialmente peligroso.

“Por lo expuesto, la Procuraduría pide atentamente a la honorable Corte que niegue la revisión solicitada por Valentín Zambrano.”

Pos los motivos que se dejan explicados en esta providencia, 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, *niega* el recurso de revisión propuesto por Valentín Zambrano.

Cópiese; notifíquese personalmente al reo para lo cual se librará el correspondiente despacho; insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese.

José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre,
Manuel Caicedo Arroyo—Julio E. Argüello R.,
Secretario.

Aplicación de la causal 2a. de casación bajo la nueva legislación.

La notoria injusticia del veredicto subsiste en casación hoy bajo expresiones diversas de las que contenía la causal 5ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931, y acoger esa doctrina no es trocar tal recurso en una tercera instancia, porque semejante reparo habría que hacerlo también a los otros motivos de casación del artículo 567, Ley 91 de 1938, el estudio de los cuales frecuentemente obliga a comparar la sentencia del Tribunal con el acopio probatorio que apreciaron el Jurado y los falladores de derecho, y porque el veredicto que adolece de injusticia palmaria es punto de excepcional interés o de muy grande entidad jurídica, cuyo examen en casación lejos está de parecerse a un tercer grado del juicio.

No constituye contradicción del veredicto la circunstancia de que las respuestas estén en desacuerdo con los hechos que figuran en el proceso, pues, como lo ha dicho la Corte, contradictorio es lo que envuelve afirmación y negación a la vez, que se oponen una a otra y mutuamente se destruyen. Lo contradictorio de un veredicto está en la imposibilidad de conciliar el contenido de sus propias voces o proposiciones en que unas afirman lo que otras niegan, no pudiendo ser a un mismo tiempo verdaderas ni falsas y no es ni puede ser la discrepancia u oposición de los términos en que se concibió, con alguna cuestión de hecho o cualesquiera opiniones de derecho, porque cuando un veredicto contradice evidentemente los hechos y el derecho, hay apenas campo a la declaración de notoria injusticia. En una palabra, la contradicción de un veredicto debe referirse al veredicto mismo, a los elementos que lo integran, y no a su relación con las pruebas del proceso.

El artículo 45 del Código Penal se contrae a la duración de las penas principales, si algunas de ellas no se establecen con el carácter de perpetuas. Pero cuando la interdicción es pena accesoria dura el lapso que indica el artículo 58 de aquel Código.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, marzo diez y siete de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

Vistos:

Muchos sujetos asaltaron la casa de Leopoldo Flórez, en territorio del Municipio de Silos (Norte de Santander), al empezar la noche del trece de octubre de mil novecientos treinta y ocho, y perpetraron estos delitos: robo de la suma de veintinueve pesos, lesiones personales a María Sandoval de Flórez y Secundino Vera, violencia carnal, no consumada, en Cándida Flórez, menor de catorce años, y asesinato de Isaías y Jacinto Flórez, Filomena de Flórez y Daniel González Flórez, siendo de advertir que Isaías y Daniel eran de diez y seis y ocho años, respectivamente, y de un mes de nacido Jacinto.

Sólo fueron enjuiciados por el Juez 1º Superior de Pamplona Pedro Abel Martínez Arias y Pablo Antonio Capacho Flórez, como coautores del robo, las lesiones y los homicidios, a la vez que se formuló también al último el cargo de frustración de violencia carnal.

Respecto de otros individuos el Juez calificó el sumario con sobreseimiento definitivo.

El Tribunal Superior de Pamplona no modificó el auto del Juez sino en cuanto a la imputación de violencia carnal, que se suprimió, y al carácter del sobreseimiento para algunos de los amparados por ese proveído.

A su tiempo el Jurado unánimemente afirmó la responsabilidad de Capacho Flórez en los asesinatos, las lesiones personales y el robo, y negó la de Martínez Arias a quien absolvió el Juez.

A Pedro Antonio Capacho Flórez le impuso el Juzgado la pena principal de cuarenta y ocho años de presidio que el Tribunal bajó a veinticuatro años de igual sanción.

Interpuesto en oportunidad el recurso de casación por el propio reo contra el fallo del Tribunal Superior de Pamplona, la demanda que presentó ante la Corte el apoderado de Capacho Flórez,

doctor Gonzalo González Palma, invoca las causales de los números 19, 29 y 79 del artículo 567, Ley 94 de 1938, causales que no encuentra justificadas el señor Procurador, por lo cual pide que se deseche el recurso.

Segunda causal.

“Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuido 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 influido en la determinación de la sanción.”

El apoderado del reo, en un escrito que la Corte alaba como excelente memorial de instancia, analiza la prueba indiciaria que compromete a Capacho Flórez, y porque la considera incompleta o insuficiente saca la consecuencia de que el Tribunal se equivocó en la apreciación e interpretación de los hechos, las circunstancias y el valor o alcance probatorio de los indicios que influyeron para determinar la pena.

Un análisis y deducción de la naturaleza anotada, después de que el criterio moral del Jurado les otorgó entera fe a las probanzas para asentar en su íntima convicción de conciencia el unánime veredicto afirmativo que rindió, es materia que no se conforma con el sentido de la causal 2ª para los procesos en que actúan los Jueces de hecho, porque es absurdo abrir de nuevo el debate acerca de la prueba de la responsabilidad, cuando no ocurre el caso del veredicto notoriamente injusto.

No es discutible que toda la extensión de la causal segunda se amolde sin dificultades a los recursos de casación que tengan por base las sentencias mencionadas en el artículo 557 del Código de Procedimiento Penal, es decir, los fallos que los Tribunales Superiores dictan sobre los asuntos de que conocen los Jueces de Circuito y que contemplan infracciones reprimidas con sanción privativa de la libertad personal que sea o exceda de cinco años.

Mas, para los negocios en que interviene el Jurado puede sostenerse, en armonía con varias decisiones de la Corte Suprema, que el copiado motivo de casación si halla su operancia lógica siempre que se trate no sólo de un yerro en la estimación de la prueba del cuerpo del delito, sino, también, de un veredicto que repugne a la evidencia.

La notoria injusticia del veredicto subsiste en casación hoy bajo expresiones diversas de las que contenía la causal 5ª del artículo 39, Ley 118 de 1931, y acoger esa doctrina no es trocar tal recurso en una tercera instancia, porque semejante reparo habria que hacerlo también a los otros motivos de casación del artículo 567, Ley 94 de 1938, el estudio de los cuales frecuentemente obliga a comparar la sentencia del Tribunal con el acopio probatorio que apreciaron el Jurado y los falladores de derecho, y porque el veredicto que adolece de injusticia palmaria es punto de excepcional interés o de muy grande entidad jurídica, cuyo examen en casación lejos está de parecerse a un tercer grado del juicio. Tampoco es válido el argumento de que la doctrina de la Sala afecta “la armonía procedimental” y el sistema que implantara la Ley 94 para el Jurado, pues si la declaratoria de que el veredicto es claramente contrario a la evidencia de los hechos implicase daño al sistema y la armonía aludidos, entonces ¿por qué el Código procesal consignó en los artículos 537 y 554 el deber que tienen los Jueces y Tribunales Superiores de pronunciar la declaratoria aquélla?

Causal séptima.

“Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio.”

El recurrente alega que las respuestas del Jurado “están en manifiesto desacuerdo con los hechos que figuran en el proceso”.

No es eso contradicción del veredicto.

“Contradictorio es lo que envuelve afirmación y negación a la vez, que se oponen una a otra y mutuamente se destruyen. Lo contradictorio de un veredicto está en la imposibilidad de conciliar el contenido de sus propias voces o proposiciones en que unas afirman lo que otras niegan, no pudiendo ser a un mismo tiempo verdaderas ni falsas a un tiempo mismo, y no es ni puede ser la discrepancia u oposición de los términos en que se concibió, con alguna cuestión de hecho o cualesquiera opiniones de derecho, porque cuando un veredicto contradice evidentemente los hechos y el derecho, hay apenas campo a la declaración de notoria injusticia.

“El Jurado contestó con un ‘SI’ a cada uno de los dos interrogantes para Santos Muñoz, secas afirmaciones en que materialmente no cabe contradicción. Y como ésta la encontró el señor Procurador en su doble teoría de que Santos ni obró en concurso recíproco con los otros ni fue coautor del asesinato, de ese criterio de relación a opuestos hechos y pareceres de derecho, aun cuando fueren incontrovertibles, nunca

se podrá desprender el aserto de que es contradictorio un veredicto. Tal discordia, se repite, sólo autorizaría para concluir que el veredicto es injusto, causal de casación que no se ha invocado." (Sentencia de casación en el juicio por asesinato contra Tito Pinzón, Santos y Ceferino Muñoz, de 19 de junio de 1941, *Gaceta Judicial* números 1971 y 1972, de julio y agosto de 1941, páginas 345 a 352).

La jurisprudencia transcrita sirve para impugnar la tesis del apoderado de Capacho Flórez, pues la contradicción de un veredicto debe referirse al veredicto mismo, a los elementos que lo integran, y no a su relación con las pruebas del proceso.

De otro lado, nadie puede desconocer ni ha desconocido lo que el señor Procurador ilustra con ejemplos: que puede haber contradicción en las contestaciones monosilábicas del Jurado a distintas preguntas.

Causal primera.

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma."

Reproduce la Sala aquí lo que expone el señor Procurador Delegado, a saber:

"Se invoca como fundamento de esta causal la circunstancia de que el Tribunal acepta que los delitos, materia de su sentencia, fueron cometidos por varias personas sin que se haya demostrado con certeza que Capacho hubiera ejecutado todas esas infracciones, lo que quiere decir que ha debido darse aplicación a los artículos 20, relativo a la complicidad no necesaria, y al 385, referente a la complicidad correlativa.

"El argumento es inválido porque Capacho fue llamado a responder en juicio como coautor de esos delitos y no como cómplice.

"Por otra parte, en el auto de proceder tampoco se planteó la situación referente a la complicidad correlativa.

"No hay duda de que los pavorosos crímenes de la 'Casa de Zinc', como se les ha denominado

en el proceso, fueron consumados por varias personas, entre las cuales sólo se ha precisado como coautor de ellos al recurrente. Los demás coautores han escapado, por ahora, de la acción de la justicia, pero eso no quiere decir que el Tribunal hubiera aplicado mal la ley al condenar a Capacho a la pena máxima permitida por el Código, de veinticuatro años de presidio...."

No prospera, por tanto, ninguna de las tres causales que invocó el apoderado de Pablo Antonio Capacho Flórez.

Conviene llamar la atención del Tribunal Superior de Pamplona, hacia lo siguiente: el Juez aplicó la pena *accessoria* de interdicción de derechos y funciones públicas "por un período igual al de la pena principal, una vez cumplida ésta", observando los mandatos de los artículos 33, inciso segundo; 58 y 97 del Código Penal, mas el Tribunal Superior redujo esa sanción a los diez años que como máximo permite el artículo 45 *ibidem*. No es así. El artículo 45 se contrae a la duración de las penas *principales*, si algunas de ellas no se establecen con el carácter de perpetuas. Pero cuando la interdicción es pena *accessoria* dura el lapso que indica aquel artículo 58.

De acuerdo con las razones que preceden y con la solicitud del señor Procurador Delegado, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no infirma* la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona que condenó a Pablo Antonio Capacho Flórez a la pena principal de veinticuatro años de presidio por robo, doble delito de lesiones personas y cuádruple delito de asesinato.

Devuélvase el proceso al Tribunal.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

• *Campo Elias Aguirre, José Antonio Montalvo, Manuel Caicedo Arroyo—Julio E. Argüello R., Secretario.*

ESTAFAS

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, marzo veintiséis de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo).

Pompilio Cárdenas, condenado por el Tribunal Superior de Bucaramanga en sentencia de tres de junio de mil novecientos cuarenta y dos a la pena de cinco años de prisión, como responsable del delito de *estafa*, interpuso casación contra ella invocando las causales 1ª y 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal segunda.

Dice el recurrente: .

“El cuerpo del delito de estafa no se halla comprobado, como no se halla comprobada la responsabilidad. Y sin embargo, sin corporeidad delictuosa de estafa, sin imputabilidad y sin responsabilidad hábiles para enjuiciar y condenar, se me enjuició y se me condenó.

“Al efecto, señor Magistrado, sostengo y mantengo que contra mí, al través de todo el proceso no existe ni un solo indicio emanado de la propia declaración del ofendido, indicio éste que ha sido considerado por toda la crítica testimonial como débil y sospechoso.”

Pompilio Cárdenas, en unión con Carlos Gaitán, hizo creer a Balbino Medina que era hábil y capaz de producir moneda nacional, proponiendo a Medina que tomara parte en la operación para remediar su mala situación económica.

Asegurando a su víctima que la operación había de hacerse por medio de ácidos costosos, Cárdenas y Gaitán obtuvieron de Medina la entrega de algunas cantidades de dinero, entrega que éste más tarde suspendió, desconfiado de los resultados obtenidos.

No fué el denunciado presentado luego ante las autoridades por Balbino Medina el único indicio que tuvo en cuenta el Tribunal para condenar a Cárdenas. Consideró además las declaraciones de Elias Pimiento, Benito Rojas Delgado, Reyes Carrillo Penagos y Sinforoso Cercado.

A Pimiento le propuso también el condenado Pompilio Cárdenas que efectuaran la misma ope-

ración de falsificar billetes. Y al mismo Pimiento refirió Medina su aventura y el triste fin que ésta había tenido, relato que hizo también a Sinforoso Cercado, previniéndole para que no se dejara engañar por Cárdenas.

Por otra parte, afirma la víctima que sus estafadores le pusieron de presente la conveniencia de falsificar billetes de cincuenta pesos, a fin de ahorrar costosos materiales. Y tanto Benito Rojas Delgado como Reyes Penagos Castillo declaran que en esos días Medina había vendido un lote de terreno de su propiedad en la suma de mil pesos, y había estado luego en el Banco de la República consiguiendo billetes de a cincuenta pesos.

Fueron todos estos elementos —y no un solo indicio sin fundamento— los que llevaron al Tribunal a la convicción plena de la responsabilidad del reo en la perpetración del delito, convicción que el recurrente no rebate en forma alguna.

No está probada en consecuencia la causal segunda.

Causal primera.

Errónea aplicación de la Ley penal.

Ataca así Pompilio Cárdenas la sentencia del Tribunal:

“En primer lugar, señor Magistrado, se me aplicaron circunstancias agravantes que no se compadecen con la justicia acumulativa de ellas. El Tribunal exageró aún más el sentido rigorista de esa aplicación, acumulando más severidad por una reincidencia doble que no se ajusta a los cánones legales.”

El Tribunal agravó la pena por la mala conducta anterior del procesado y por su tendencia incontenible al delito, como que ha sufrido varias condenas por heridas y resistencia a la autoridad.

Siete veces ha sido sentenciado Cárdenas; y dos de estas sentencias han sido proferidas dentro de los diez años anteriores a la estafa por la cual se le juzga ahora.

Está, pues, justificado el aumento de pena, no sólo por la reincidencia y mala conducta anterior, sino también por haber obrado en concurso con Carlos Gaitán, lo que en este caso facilitó la perpetración del delito.

Se queja también el recurrente de que no se le haya aplicado el artículo 385 del Código Penal, lo cual afirma que ha debido hacerse "por mera hermenéutica de justicia".

Mal podría el Tribunal hacer tal aplicación en este juicio, pues el citado artículo 385 contempla una situación especial en los delitos de lesiones personales y homicidio, de que aquí no se trata.

No puede aceptarse tampoco, por lo tanto, la causal primera.

Por lo cual la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del se-

ñor Procurador Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley *no invalida* la sentencia de tres de junio de mil novecientos cuarenta y dos, del Tribunal Superior de Bucaramanga, que condenó a *Pompilio Cárdenas* a la pena principal de cinco años de prisión como responsable del delito de estafa.

Cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en *Gaceta Judicial*.

Manuel Caicedo Arroyo, José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre—Julio E. Argüello R., Secretario.





HOMICIDIO INTENCIONAL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, abril seis de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo).

El Tribunal Superior de Medellín condenó a *Pastor Zapata* —(a. "Pitoy")— a cuatro años y ocho meses de presidio, por el homicidio de Horacio Ramírez, con aplicación de los artículos 27 y 362 del Código Penal, en sentencia de veinte de febrero de mil novecientos cuarenta y dos.

El defensor de Zapata presentó demanda de casación con fundamento en las causales 1ª y 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, si bien en todo su alegato sostiene que hubo mala aplicación de la penalidad por cuanto el Tribunal —dice— aumentó la sanción sin que contra Zapata existan circunstancias de mayor peligrosidad.

De acuerdo con las respuestas del Jurado, el responsable quedó colocado como autor de un homicidio intencional, ejecutado en legítima defensa con exceso en los límites de ella; veredicto que tanto el Juez de primera instancia como el Tribunal aceptaron. El primero impuso la pena de un año y cuatro meses de presidio; y el Tribunal la aumentó, al revisar la providencia en grado de consulta, a cuatro años y ocho meses. O sea que el Juez aplicó el mínimo de la sanción, y el Tribunal la aumentó por considerar que aparecen algunas circunstancias de mayor peligrosidad.

El Tribunal, en su sentencia, transcribe así el relato de los sucesos:

"El procesado era pretendiente de la señorita Mercedes Ramírez, hermana del occiso, desde hacia unos dos años, noviazgo que, al parecer, degeneró en relaciones carnales, pues la muchacha resultó embarazada y ella misma afirma que Zapata, y no otro, fue quien la deshonoró. No obstante esto, cuando Horacio Ramírez, justamente resentido por la deshonra de su hermana, le llamó la atención a Zapata para que subsanara el daño", éste negó la especie señalando a Uladislao Muñoz como autor de la infa-

mia. En vista de esto, que tuvo lugar la víspera de los sucesos, Horacio Ramírez se entrevistó con Muñoz, al día siguiente, en la cantina o tienda de Francisco Velásquez y —cuenta el mismo Uladislao Muñoz— que Ramírez le preguntó: 'Hombre, vos sabes el noviazgo de Mercedes y Pitoy' —es decir— aclara el testigo, refiriéndose a la hermana de él y a Pastor Zapata— a lo que yo le contesté: 'Sí'; a esto me dijo Ramírez: 'Como allí va a resultar alguna cosa, y Pitoy dice que es tuya, háblate con él'; entonces yo le pregunté que por qué y entonces me dijo: 'Que fuera el uno o el otro tenían que subsanar el daño'.

En esos momentos pasó por allí Zapata y se trabó una discusión entre éste y Ramírez, en el curso de la cual Zapata le dijo al segundo "que él era un hijeputa":

"Allí mismo se armaron Ramírez y Zapata y en esos momentos hizo Zapata a Ramírez disparos de revólver y con el primero cayó Ramírez al suelo sin que se le haya visto herida en ese momento; después —(son palabras del testigo Uladislao Muñoz)— oí los otros tres disparos que hizo Zapata, lo que tampoco pude ver si con estos últimos disparos también haya sido herido Ramírez. En el primer disparo que cayó Ramírez al suelo le volvió a martillar con el revólver Zapata, estando todavía en el suelo, y a eso éste se paró y se fue contra Zapata. Llegando al empedrado volvió a caer Ramírez y cuando yo llegué que iba como a apartarlos se había vuelto a parar Ramírez; y cuando llegó a la puerta de la tienda de don Pacho Velásquez, don Pacho lo cogió y le dijo: 'Ramírez, ¿te dejaste matar?' y Ramírez no contestó nada, a esto se desmayó y se fue al suelo, entonces yo le pregunté: 'Te traigo el cura', y me dijo con la cabeza que sí, y en efecto me vine por el cura."

Y continúa así la sentencia el relato de los hechos:

"Francisco Velásquez, dueño de la cantina o tienda a donde vino a morir Ramírez, cuenta que vio cuando Zapata y aquél conversaban en voz baja, sin que hubiera podido saber lo que trataban; oyó luego cuatro disparos y vio cuando cayó Horacio Ramírez y cuando, ya en el suelo, Zapata le daba varias puñaladas, en tanto que el agredido decía 'que no lo matara en el suelo'. El herido logró levantarse y llegó hasta su can-

lina a pedir agua y apenas se la tomó, cayó de nuevo para morir en seguida. Este mismo testigo da cuenta de la conversación que el día anterior, como a las nueve de la noche, sostuvieron Zapata y Ramirez, en la cual, según Uladislao Muñoz, citado, fue cuando Zapata señaló a éste como autor de la deshonra de Mercedes Ramirez."

El Tribunal motiva su fallo en los apartes siguientes:

"A pesar de que el proceso marca con insistencia una actitud de simple riña aceptada por el matador, existen algunas constancias que ponen en duda aquella situación desfavorable al reo, para colocarlo en un plano de fácil posibilidad para la aceptación de la legítima defensa, con exceso desde luego, que el Jurado no tuvo inconveniente en reconocer dentro de la amplitud de su criterio."

"Mas si se estudia con detenimiento el contenido del proceso, se va a la imperativa conclusión de que la pena impuesta en el fallo que se revisa no consulta la gravedad del hecho que sanciona. En efecto, un homicidio de las especiales características que determinan el consumado por Pastor Zapata, en sus modalidades y motivos determinantes, no puede tener sanción tan benigna como la señalada por el Juez del conocimiento."

Zapata originó la contienda con sus expresiones ultrajantes contra Ramirez, y lo atacó luego con revólver sin haber hecho blanco. Este viéndose atacado en esa forma, esgrimió un cuchillo contra Zapata, quien igualmente sacó el suyo, atacándose los dos. Ramirez cayó al suelo por dos veces, y en ese estado lo agredió una vez más Zapata, a pesar de las súplicas de Ramirez de que no lo matara caído.

De aquí se deduce que Zapata procedió con cobardía y con manifiesta insensibilidad y baja en los motivos determinantes; así que concurren circunstancias de mayor peligrosidad, previstas en el artículo 37 del Código Penal, sin tener en cuenta las condiciones de inferioridad personal del ofendido, puesto que tal inferioridad fue negada por el Jurado.

"Si bien es cierto que el Tribunal —(dice el señor Procurador)— al elevar la sanción, se refirió de manera indeterminada a las especiales

características del homicidio, a sus modalidades y motivos determinantes, ello no significa que esa apreciación esté mal hecha, desde luego que, como se ha visto, si concurren en este caso claras circunstancias de mayor peligrosidad que hacen ineludible la aplicación de la pena en un término superior al mínimo e inferior al máximo."

El juzgador tiene completa amplitud para buscar la verdad histórica, con mira a los altos intereses de la defensa social, sin sacrificar el derecho y la equidad.

Tanto el Juez de primera instancia, como el de segunda, consideraron que el hecho en estudio caía bajo la sanción establecida en el artículo 362, relacionado con el 27 del Código Penal, que reduce la pena a una sanción no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo. Pero el señor Juez Superior estimó que no existían circunstancias de mayor peligrosidad, en tanto que el Tribunal consideró que sí concurrían varias.

El señor Procurador conceptúa que "... el tal exceso en la legítima defensa que el Jurado reconoció para Zapata, es una situación por demás privilegiada e injusta; quien en verdad ejerció ese derecho de defenderse fue Horacio Ramirez, pero con tan mala suerte, que no pudo escapar a las certeras puñaladas de Zapata."

Se deduce de lo expuesto que el Tribunal aplicó correctamente la Ley penal y que por tanto no está probada la causal 1ª de casación.

Por lo cual la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley *no inválida* la sentencia de veinte de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, del Tribunal Superior de Medellín, que condenó a *Pastor Zapata* a la pena principal de cuatro años y ocho meses de presidio como responsable del homicidio consumado en la persona de Horacio Ramirez.

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

Manuel Caicedo Arroyo, José Antonio Montalvo, Campo Elias Aguirre—Julio E. Argüello R., Secretario.

Veredicto. — Escrutinio de votos del Jurado. — Estado de ira en la ejecución del hecho criminoso.

1. En repetidas ocasiones ha sostenido la Corte que veredicto es la respuesta que obtenga la unanimidad o la mayoría de los votos de los Jurados. El Jurado está formado por cinco ciudadanos; si uno de ellos contesta negativamente la pregunta relativa a la ejecución del hecho, no puede por ello prescindirse de las respuestas que dé a los demás cuestionarios, porque se desintegraría el Jurado, ya que el escrutinio se hace sobre la totalidad de las respuestas y no individualmente sobre las contestaciones de cada Jurado.

2. No porque el actual Código Penal llame asesinato al homicidio perpetrado en personas ligadas con vínculo de parentesco de consanguinidad o de afinidad, debe prescindirse de las causas que aminoran la pena en el uxoricidio cuando concurren esas circunstancias; y no son incompatibles con el estado psicológico en que se obre. En este caso, la conducta relajada de la esposa puede considerarse como causa determinante del estado de ira o intenso dolor que se produce en el ánimo de su esposo. El artículo 28 del Código Penal, al atenuar la pena por el estado de ira o de intenso dolor, se refiere a toda infracción penal, pues dice "cuando se cometa el hecho"; de modo que esta atenuante especial se aplica a toda clase de homicidio, o a las lesiones personales.

3. Los artículos 382 y 383 del Código Penal exigen perentoriamente que la víctima haya sido de "vida honesta" y que los cónyuges no estén separados, ya por cuestiones de hecho o por virtud de un fallo de divorcio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, abril seis de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo).

Juan Ciro Fory Díaz, condenado por el Tribunal Superior de Popayán a la pena de once años y tres meses de presidio, interpuso recurso de casación contra la sentencia (de fecha veintitrés de junio de mil novecientos cuarenta y dos) e invoca las causales 1ª, 2ª, 3ª y 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

A Fory Díaz se le condenó como responsable del asesinato de su mujer legítima Rafaela Casas.

Fory y la Casas llevaron vida normal y pacífica por espacio de tres años; después sobrevinieron desavenencias, algunas ocasionadas por el marido, que trajeron como consecuencia la separación de hecho de los cónyuges, viajando la mujer a Cali y Buenaventura y observando una conducta relajada. Trataron los esposos de una reconciliación, pero los mutuos resentimientos lo impidieron.

Encontrándose los cónyuges en la población de Puerto Tejada el día once de diciembre de mil novecientos cuarenta, y estando Rafaela Casas reunida en una habitación con otras personas, llegó Fory Díaz. Saludó a los que allí estaban, y se separó en séguida del grupo, saliendo a la calle con su mujer, donde ambos se sentaron. Sonaron luégo unos disparos, y la Casas apareció con una herida de arma de fuego que le causó la muerte.

Fory Díaz se confesó autor del hecho, expresando que había obrado así por haberle declarado su mujer que le había sido infiel. Agrega que tras de rechazar ésta su propuesta para que reanudaran la vida marital, al tomarle él un brazo y sacudirla la Casas le dio una bofetada diciéndole: "No me cojas, negro hijo de puta"; que en seguida le lanzó una puñalada que pudo esquivar, por lo cual quiso asestarle una segunda. Y que ante esta segunda agresión empuñó su revólver y disparó, no con ánimo de matar a su consorte sino para contenerla y defenderse.

Causal séptima.

"Hay lugar a casación:

"7º Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio."

La fundamenta así el recurrente:

"Cinco cuestionarios fueron propuestos a la consideración del Jurado. El primero se refiere a la cuestión de hecho, o simplemente objetiva. El segundo se refiere al propósito homicida. El tercero se refiere al vínculo legal, existente en el momento del hecho, entre víctima y victimario. El cuarto se refiere a la legítima defensa del honor. Y el quinto se refiere al estado de ira

o intenso dolor causado por grave e injusta provocación.”

“No hay nada que objetar a las contestaciones dadas a las tres primeras cuestiones, pero sí a la cuarta y a la quinta cuestiones. Veamos si hay una contestación lógica en la contestación de cada uno de sus miembros, considerados separadamente, y a la suma de ellos, o sea lo que forma el veredicto. *El Jurado Eugenio Mosquera* contestó afirmativamente la cuarta cuestión (se refiere a la legítima defensa del honor) y negativamente la quinta (se refiere esta cuestión al estado de ira e intenso dolor). Fue lógica su respuesta, pues aceptó que el hecho se cometió en legítima defensa del honor, y por lo tanto, no en estado de ira, ni de dolor. *El Jurado Enrique Campo* contestó de manera idéntica al anterior. Luego dos aceptaron la *legítima defensa del honor*, y negaron la ira o el dolor. *El Jurado Eduardo Hurtado M.* negó la cuarta cuestión (legítima defensa del honor), y también la quinta (estado de ira o dolor). *El Jurado Miguel Gustavo Mosquera* contestó idénticamente al anterior. Luego dos Jurados negaron la legítima defensa del honor y el estado de ira o dolor. Y por último el *Jurado Otoniel Fernández* negó la cuarta cuestión (legítima defensa del honor), afirmó la quinta (estado de ira o dolor). Luego uno aceptó el estado de ira o dolor injustamente provocados. Los votos considerados aisladamente son lógicos consigo mismos, pero la suma de ellos no; pues hay dos votos afirmativos de la *legítima defensa del honor*; dos negativos de la *legítima defensa del honor*; y uno neutro, o afirmativo del estado de ira o de dolor. ¿En dónde hay una lógica contestación de la suma de sus votos? ¿De dónde se puede sacar mayoría para condenarme? Dos votos contra dos, y uno neutro. ¿Cuál fue, en conciencia, como lo es esta institución, su verdadera intención? No se puede, en la forma como fueron contestados los cuestionarios. Creo que si se hace la suma aritmética se va abiertamente en contra de la verdadera intención del jurado, ya que ésta no fue la de condenarme y menos negando toda modalidad, o por lo menos el veredicto así formado se hace contradictorio, con sus elementos, considerándolos aisladamente. Dice la Ley (artículo 536 del Código de Procedimiento Penal): “Se tendrá como veredicto la respuesta que obtenga la mayoría de votos.” En este caso concreto, ¿cuál fue la respuesta que obtuvo la mayoría? La legítima defensa tuvo dos votos favorables; dos en contra de esa legítima defensa; y el estado de ira tuvo un voto. Al hacer una suma simplemente aritmética, se da al artículo legal, una interpretación restrictiva, en abierta pugna con la realidad y se cercena el pensamiento del jurado, que fue el de la mayoría el de fa-

vorecer mi situación jurídica, ya en un sentido, ya en otro, sea aceptando una legítima defensa, ya un estado de ira. Lo contrario, se vendría a tener el caso muy curioso, de que los dos votos que me condenaron quedarían prevaleciendo.

“Por lo tanto, al dictar una sentencia sobre un veredicto como el presente, que no se sabe cuál fue el verdadero pensamiento de la mayoría, o que por lo menos se hace neutro, se viola la causal invocada, porque es un veredicto evidentemente contradictorio. Si se tuviese en cuenta únicamente la suma aritmética, sin fijar su verdadera intensión (sic) se cometería una injusticia monstruosa, como la del caso que os corresponde estudiar. Pido muy respetuosamente a la honorable Corte, case la sentencia por la nueva causal invocada.”

“No fluye —dice el señor Procurador— la conclusión que saca el recurrente: si no se sabe cuál fue el verdadero pensamiento del Jurado, o si no se obtuvo una mayoría clara sobre el particular, entonces no habría veredicto, y no habiéndolo, mal puede sostenerse que se trata de una respuesta contradictoria. Lo contradictorio supone la coexistencia de dos conceptos que se destruyen, porque el uno niega lo que el otro afirma.

“La argumentación es hábil, pero sin consistencia jurídica.”

El Jurado contestó así los cuestionarios:

Afirmativamente y por unanimidad el 1º y el 3º; y afirmativamente también, por mayoría de cuatro votos, el 2º. Y negativamente los otros dos: por tres votos el 4º y por cuatro votos el 5º.

Cree el recurrente que el escrutinio de los votos debe hacerse individualmente para cada Jurado, contra lo que preceptúa el artículo 536 del Código de Procedimiento Penal.

En repetidas ocasiones ha sostenido la Corte que veredicto es la respuesta que obtenga la unanimidad o la mayoría de los votos de los Jurados.

El Jurado está formado por cinco ciudadanos; si uno de ellos contesta negativamente la pregunta relativa a la ejecución del hecho, no puede por ello prescindirse de las respuestas que dé a los demás cuestionarios, porque se desintegraría el Jurado, ya que el escrutinio se hace sobre la totalidad de las respuestas y no individualmente sobre las contestaciones de cada Jurado.

Puede consultarse al efecto la sentencia de fecha cinco de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, pronunciada por la Corte con moti-

vo del recurso de casación que interpusiera Miguel Pérez, a quien condenó el Tribunal Superior de Bogotá hallándole responsable del delito de asesinato.

Carece de fundamento la causal séptima invocada.

Causal tercera.

“Hay lugar a casación:

“3º Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del Jurado.”

Dice el recurrente:

“Esta causal comprende dos cuestiones: 1ª No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder; 2ª O estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

“El honorable Tribunal violó la primera cuestión: es decir, que su sentencia no está de acuerdo con el auto de proceder.”

El Juez, al decretar el llamamiento a juicio, aceptó la circunstancia de que el hecho se cometió en estado de ira. Concepto que acogió el señor Fiscal del Tribunal en su vista al expresar que Juan Ciro Fory Díaz debe responder por el delito de homicidio cometido al tiempo de hallarse en estado de ira causado por grave e injusta provocación, y que el Tribunal no modificó al confirmar dicha providencia.

No porque el actual Código Penal llame asesinato al homicidio perpetrado en personas ligadas con vínculos de parentesco de consanguinidad o de afinidad, debe prescindirse de las causas que aminoran la pena en el uxoricidio cuando concurren esas circunstancias, y no son incompatibles con el estado psicológico en que se obre. En este caso, la conducta relajada de la esposa puede considerarse como causa determinante del estado de ira o intenso dolor que se produjo en el ánimo de Fory Díaz.

El artículo 28 del Código Penal, al atenuar la pena por el estado de ira o intenso dolor, se refiere a toda infracción penal, pues dice “cuando se cometa el hecho”: de modo que esta atenuante especial se aplica a toda clase de homicidio, o a las lesiones personales.

El Tribunal, en la sentencia que condena a Fory Díaz, relacionó el artículo 363 del Código Penal —que señala la pena del homicidio causado en el cónyuge, al que llama *asesinato*— con el 384, que disminuye la pena cuando el homicidio o las heridas se cometen en riña, siendo así que, de acuerdo con el auto de proceder, debió

relacionarse con el 28, pues dice así el mencionado auto:

“Disuelto de ello tal matrimonio (Fory-Casas) sobrevino el hecho escueto de la tragedia del once de febrero de este año en que a disparos de revólver que le hiciera el marido, perdió la vida su mujer, sin que se haya acreditado que dicha mujer atacara a puñalada al marido, pues que no fue hallada tal arma, y sin que realmente el móvil de la entrevista entre los esposos fuera la circunstancia de la carta que menciona el sindicado, pues que tal carta no aparece, resultando admisible, como muy natural, el reclamo de la hija de tales esposos, en vista de que se hallaba la niña al cuidado de una concubina, reclamo que a la vez sugirió el que a su vez le hiciera el sindicado, o por el abandono del hogar, o porque estimara como ciertos los informes de infidelidad, o que estos informes fueran en verdad confesados por la mujer, surgiendo entonces el estado de ira que armó el brazo homicida y que puso fin a la vida de Rafaela Casas de Fori (sic) y por lo mismo, es de notoriedad incuestionable, que la legítima defensa pretendida por el sindicado, carece en absoluto de respaldo y que sólo la modalidad de la ira, estimulada por los antecedentes de la vida conyugal y de la vida posterior de la esposa en Buenaventura, Cali o Puerto Tejada, o la declaración que ésta hiciera al esposo desechado, es cuestión que a su debido tiempo deba someterse a la apreciación del Jurado de conciencia, pues que en orden a las averiguaciones del sindicado, precisa atemperarse a lo dispuesto por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto haya motivos de credibilidad en su apoyo.”

Está, pues, probada esta causal.

Las causales 1ª y 2ª, que también invoca el recurrente, se basan en que se interpretaron mal los hechos y se aplicó mal la ley, por cuanto no se reconoció el estado de ira o intenso dolor.

Pero habiéndose llegado a admitir el recurso por otra causal, carece de objeto analizar estas últimas.

Pide además el demandante que se le dé aplicación al artículo 382 del Código Penal, y en consecuencia que se le otorgue el perdón judicial. Peticion a la que no es posible acceder por no reunirse las condiciones que para concederlo exige la mencionada disposición.

Al respecto se acoge lo que expresa el señor Procurador:

“Es verdad que Fory Díaz obró en un estado de ira y de dolor intenso producido por la in-

fidelidad de su mujer. Pero si se tiene en cuenta que ésta no era de vida honesta y que se hallaba separada de su marido cuando ocurrió el homicidio, es preciso concluir que no cabe el perdón judicial, porque el ameritado artículo 382 y el 383 ibídem exigen perentoriamente que la víctima haya sido de 'vida honesta' y que los cónyuges no estén separados, ya por cuestiones de hecho o por virtud de un fallo de divorcio."

Aceptada la causal séptima de casación, corresponde a la Corte dictar la sentencia respectiva.

Está aceptado que Juan Ciro Fory Díaz dio muerte a su mujer legítima Rafaela Casas; que al disparar sobre ella lo hizo con intención de matar; que conocía el vínculo conyugal que lo ligaba con la occisa; y que procedió en un estado de ira o de intenso dolor, producido por la conducta relajada de su mujer.

Consta también que la conducta anterior de Fory Díaz ha sido buena, y que es hombre de escasa cultura; y no aparecen demostradas en el proceso circunstancias de mayor peligrosidad.

Debe la pena por lo tanto calificarse en mínimo grado.

Así, la pena que le corresponde a Fory Díaz, relacionando los dos artículos del Código Penal: el 362 que fija la sanción del asesinato entre quince y veinticuatro años, y el 28 que la señala para el caso en que el homicidio se co-

meta en estado de ira o intenso dolor, situándola entre la tercera parte del mínimo y la mitad del máximo, es la de *cinco años de presidio*.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

1º INVALIDA el fallo de veintitrés de junio de mil novecientos cuarenta y dos, del Tribunal Superior de Popayán, que condenó a *Juan Ciro Fory Díaz* a la pena principal de once años y tres meses de presidio, como responsable del delito de homicidio (asesinato) consumado en la persona de su legítima esposa.

2º REFORMA la sentencia de veinticuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, del Juzgado Primero Superior de Popayán.

3º CONDENA al mencionado *Juan Ciro Fory Díaz*, mayor de edad y vecino de Puerto Tejada, como autor de la muerte de su esposa legítima Rafaela Casas de Fory a la pena principal de cinco (5) años de presidio que pagará en el lugar que determine el Gobierno.

La sentencia del Juzgado queda subsistente en lo demás.

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

Manuel Caicedo Arroyo, José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre—Julio E. Argüello R.
Secretario.





HOMICIDIO ULTRAIINTENCIONAL

El homicidio concausal, aparte de ser entidad delictuosa más grave que la del ultraintencional, exige en el homicida el propósito de matar.

Conforme a la parte final del artículo 536 del Código de Procedimiento Penal debe entenderse por veredicto la decisión unánime o mayoritaria del ente llamado Jurado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, abril trece de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

Vistos:

Condenado José Salvador Arbeláez por el Tribunal Superior de Pereira a cuatro años de presidio como punible autor de la muerte que ocasionó a Ricardo Rendón en el caso que contempla el artículo 365 del Código Penal, ha venido el proceso a la Corte para decidir el recurso de casación que interpuso aquél contra la sentencia fechada el veinticuatro de octubre de mil novecientos cuarenta y uno.

Dos memoriales presentó el reo a la Sala.

En uno, que trata de la admisibilidad a que se refiere el primer inciso del artículo 563, Ley 94 de 1938, expresó Arbeláez:

“Procede el recurso y es admisible, porque en la sentencia se le ha dado a los hechos un valor probatorio que no tienen y se han tomado por elementos constitutivos del delito de homicidio, los que apenas podrían serlo del de lesiones personales.

“Procede y es admisible porque la sentencia condenatoria está en franco y categórico desacuerdo con un veredicto absolutorio.

“Procedería en término subsidiario por cuanto que, si no se estimara francamente absolutorio el veredicto, él sería al menos contradictorio.”

Y en el otro, que es la formulación de la demanda, el recurrente diserta alrededor de cada uno de estos enunciados textuales:

“Primero. Procede la casación de la sentencia recurrida, porque en ella se ha dado a los hechos un valor probatorio que no tienen ni pueden tener; y se han tomado por elementos constitutivos o cuerpo del delito de homicidio, lo que apenas

puede ser el cuerpo del delito de lesiones personales.

“Segundo. Demando la sentencia recurrida y solicito su casación en segundo término, por ser violatoria de la ley por *indebida aplicación de la misma*.

“Tercero. Demando la sentencia recurrida y solicito su casación, por cuanto ella, en relación con el elemento intencional, constitutivo del cuerpo del delito, contiene una errada interpretación de los hechos.

“Cuarto. Como hecho básico de mi demanda de que la sentencia se quiebre, propongo como cuarto motivo y segunda vez una indebida aplicación de la Ley penal, por lo cual, la sentencia es violatoria de ella.

“Quinto. Demando que la sentencia recurrida sea casada, porque ella está en desacuerdo con el veredicto del Jurado que fue francamente absolutorio.

“Subsidiariamente, pido se case la aludida sentencia por haber sido dictada sobre un veredicto contradictorio...”

A pesar de las confusiones e irregularidades de la demanda, que no menciona ni el precepto legal de los motivos de casación, las causales invocadas encajan en los números 1º, 2º, 3º y 7º del artículo 567, Ley 94 de 1938, que la Sala examinará por el orden de su mayor entidad o consecuencia.

Causal 2ª—Cuerpo del delito.

Dice el recurrente, en síntesis, para sostener los enunciados primero y tercero, que la muerte de Rendón no sobrevino por consecuencia y efecto natural del golpe que con una piedra recibió en la cabeza, sino porque se omitió la trepanación que habría salvado la vida de aquél, omisión o descuido que le quita al hecho su característica de homicidio para dejarlo como simple delito de lesión personal; y que, desatendiendo las constancias procesales y el mandato del artículo 255, Ley 94 de 1938, se ha presumido el propósito de matar.

La Corte arguye:

a) El veintisiete de diciembre de mil novecientos treinta y ocho fue herido Rendón de una

pedrada en el cráneo por Arbeláez, y el lesionado murió el cinco de enero de mil novecientos treinta y nueve, día en que se llevó a cabo la diligencia de folios 24 y vuelto, cuyos términos son así:

“Hoy hemos practicado la autopsia en el cadáver del señor Ricardo Rendón y hemos encontrado: hombre de unos cincuenta años de edad, mestizo y sin señales ni tatuajes especiales que sirvan para identificar. El cadáver presenta sobre la coronilla los apósitos requeridos para una herida situada en ese punto. Levantados los apósitos y hecha la disección, se encuentra que el cuero cabelludo está destruido en una extensión de tres centímetros a todos los radios, dando, pues, una herida redondeada. La tabla externa y el diploe y también la tabla interna están destruidas. Abierto el cráneo se encuentran las meningeas perfectamente congestionadas y además una amplia zona del hemisferio cubierta de un líquido pústulo-sanguinolento, sintomatología toda ésta que indica claramente la presencia de una meningitis generalizada... De lo expuesto se deduce que el señor Rendón murió a causa de una meningitis, consecuencia ésta de la herida que recibió sobre la región craneana con cuerpo o arma contundente...”

Reveló, pues, la autopsia, que hubo estrecha relación de causa a efecto entre la muerte de Rendón y el acto realizado por Arbeláez.

Con razón escribió el señor Procurador Delegado:

“Luego las probanzas referentes al cuerpo del delito de homicidio estuvieron bien apreciadas por el Tribunal. El tema de si el agente obró con el propósito de matar o simplemente con el de causar una lesión personal, es una cuestión diferente que se roza tan sólo con la denominación que deba darse al homicidio, esto es, si ese homicidio se debe reputar como intencional o como ultraintencional.”

Y ninguna omisión o falta medió de parte de los médicos que asistieron al herido desde el mismo día de la pedrada, conforme lo demuestra el análisis que el señor Procurador hace de los diversos reconocimientos periciales en la persona de Rendón, cuya herida todos los dictámenes consideraron de suma gravedad y bajo pronóstico reservado, no habiendo sido indicada la trepanación que echa de menos el recurrente, contraindicación o inutilidad de un remedio puesta de manifiesto en la necropsia por los destrozos del golpe.

Alega el actor la pseudo concausa subsiguiente generadora de la muerte de Rendón con el concurso de una lesión no mortal, para deducir que el homicidio es concausal; mas dicha especie de

homicidio, aparte de ser entidad delictuosa más grave que la del ultraintencional, exige en el homicida el propósito de matar. Y también alega la falsa concausa a fin de que la infracción se subestime como lesión personal únicamente, quizás entendiendo la clara verdad de la antitesis jurídica y legal que separa las nociones o ideas de concausa y homicidio preterintencional, pues si alguien fallece por la acción conjunta de una lesión que no es de naturaleza mortal y que se ocasionó sin intención de matar, y de un hecho posterior que dependió de la actividad o de la omisión de la víctima o de un tercero, esa muerte no es homicidio sino mero delito de lesiones personales.

Ya se vio que Rendón perdió la vida por consecuencia y efecto natural del golpe en el cráneo con una piedra. Luego el hecho es un homicidio no concausal; y

b) El auto de proceder que dictó el Juez Superior de Pereira, las preguntas al Jurado y las sentencias de ambas instancias, se contraen a un homicidio ultraintencional, reconociendo que José Salvador Arbeláez no lesionó a Ricardo Rendón con el propósito de matarlo sino con la mira de inferirle un daño diverso de la muerte.

¿Por qué, entonces, asevera la demanda que se presumió un elemento constitutivo del cuerpo del delito cual fue la intención de matar?

Causal 7ª—Sentencia sobre veredicto evidentemente contradictorio.

Aunque subsidiaria, la causal del número 7ª debe colocarse en este lugar del fallo de la Corte.

Expone el recurrente:

“...si no se estima como yo lo estimo, que así por el escrutinio mismo hecho con ajustamiento a las normas de los artículos 536 y 537, en consonancia con el artículo 501, como por el ánimo claro de mis jueces de hecho que me absolvió: dos por juzgar que no había cometido homicidio; el tercero, por encontrar que si lo cometí no lo hice con el propósito de cometerlo, y el cuarto, porque estimó que mi acción se justifica, el veredicto es absolutorio, habria por lo menos contradicción evidente en las respuestas individuales.”

No es contradictorio el veredicto, aserto que se probará al examinar la causal del número 3ª

Causal 3ª—Sentencia en desacuerdo con el veredicto.

Arbeláez funda ese motivo de la causal 3ª en violación de los artículos 501 y 536 de la Ley 94

de 1938, creyendo que el veredicto fue absoluto y equivocado el escrutinio.

Varias veces ha dicho la Corte qué debe entenderse por veredicto resultante de mayoría de votos, y ahora, para contestar el reparo del recurrente, la Sala copiará las reflexiones de la Procuraduría, en el particular, a continuación:

“Se propusieron al Jurado los siguientes cuestionarios:

‘Pregunta primera. ¿Os halláis plenamente convencidos de que el procesado José Salvador Arbeláez, de las condiciones civiles anotadas en el auto de proceder, ejecutó el hecho de haber dado muerte a Ricardo Rendón por medio de una herida que le infirió en el cráneo con arma contundente (piedra), lo que se verificó en el Municipio de Santuario de Caldas el día veintisiete de diciembre de mil novecientos treinta y ocho, a eso de las diez a once de la mañana de dicho día?

‘Pregunta segunda. ¿Os halláis plenamente convencidos de que el procesado José Salvador Arbeláez ejecutó el hecho de que trata la pregunta anterior con el propósito de inferir una lesión personal?

‘Pregunta tercera. ¿El acusado José S. Arbeláez, ejecutó los hechos sobre los cuales se os ha preguntado ejercitando el derecho de legítima defensa, a lo cual se vio obligado por los ataques y agresiones de que fue víctima por parte del occiso y de sus familiares?

‘Pregunta cuarta. ¿El procesado José S. Arbeláez ejecutó los hechos sobre los cuales se os ha preguntado, excediéndose de los límites impuestos por la ley, en el ejercicio de su legítima defensa?

‘Pregunta quinta. ¿El acusado José S. Arbeláez ejecutó los hechos sobre los cuales se os ha preguntado en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación?’

“El resultado del escrutinio fue el siguiente: a la primera, sí por mayoría; a la segunda, sí por mayoría; a la tercera, no por mayoría; a la cuarta, no por unanimidad, y a la quinta, no por mayoría.

“Pero este escrutinio ha sido atacado por la circunstancia de que dos miembros del Jurado, los señores Arango y Sanín, contestaron negativamente la primera pregunta, lo que se interpreta como un motivo para que sus posteriores respuestas individuales no se tomen en cuenta.

“Para mejor conocimiento se reproduce el cuadro que expresa la manera como los Jurados dieron respuesta a cada uno de los cuestionarios:

	Drews.	Arango.	Vallejo.	Cortés.	Sanín.	Escrutinio
1º	Si	No	Si	Si	No	Si por mayoría.
2º	No	Si	Si	No	Si	Si por mayoría.
3º	Si	Si	No	No	No	No por mayoría.
4º	No	No	No	No	No	No por unanimidad.
5º	No	Si	No	No	No	No por mayoría.

“La honorable Corte tiene a su estudio algunos procesos similares al presente en que se ha discutido qué debe entenderse por veredicto y cuál es la interpretación que debe darse al artículo 501 del Código de Procedimiento Penal.

“En tales negocios la Procuraduría ha expresado sus opiniones, que desde luego pueden estar equivocadas. Se permite ahora reproducir en las partes pertinentes, lo que dijo en el proceso seguido contra Miguel Pérez por asesinato.

“Estima la Procuraduría que el problema jurídico que se plantea a la honorable Corte es, en términos concretos, el siguiente: debe entenderse por veredicto la respuesta individual o personal de cada uno de los ciudadanos que forman el Tribunal de conciencia, o, por el contrario, debe entenderse como veredicto la decisión unánime o mayoritaria del ente llamado Jurado?

“Si se opta por la primera solución, tendremos que para la verificación de los escrutinios habrá que llevarle una contabilidad especial y personal a cada uno de los miembros del Jurado, lo que en la práctica significaría el establecimiento del caos en la administración de justicia. En el campo legislativo implicaría el desconocimiento del claro precepto contenido en la parte final del artículo 536, ya citado, que dice que debe entenderse como veredicto la respuesta que obtenga la mayoría de votos.

“Parece que la mayor confusión sobre la interpretación de los veredictos tiene su origen en los contradictorios sentidos que se le han dado al artículo 501 del mismo Código. Este artículo dice: ‘Cuando la respuesta al primero de los cuestionarios fuere negativa, no se tomarán en cuenta las que se hubieren dado a las demás, cualesquiera que ellas sean’.

“Resulta claro y lógico que si la primera cuestión ha sido contestada negativamente por el Jurado, no deben tomarse en cuenta las demás contestaciones que se den a los otros cuestionarios, porque si el Tribunal de conciencia ha de-

cido, por unanimidad o por mayoría, que el acusado no ha realizado los hechos a que se refiere el proceso, es inconducente el estudio posterior referente a la intención y a las circunstancias constitutivas o modificadoras de la infracción.

“Pero si se interpreta que existiendo para la primera cuestión un veredicto afirmativo, no unánime, sino mayoritario, las respuestas que den a los cuestionarios posteriores, los minoritarios, no deben ser tenidas en cuenta, se acepta implícitamente que la ley ha consagrado este principio: que faltando la unanimidad para el primer cuestionario, el Jurado queda automáticamente desintegrado para la solución de las demás cuestiones.”

“Tan sólo parece oportuno agregar que si el legislador hubiera querido que cuando un miembro del Jurado ha dado respuesta negativa al primero de los cuestionarios, las demás respuestas que profiera no deben ser tomadas sino como negativas, lo hubiera dicho expresamente. En efecto, hubiera sido muy fácil y muy claro haber redactado el artículo 501 más o menos en los siguientes términos: cuando la respuesta individual dada al primero de los cuestionarios fuere negativa, se estimarán también como negativas las que ese miembro del Jurado diere a los demás cuestionarios.

“También quizás es necesario expresar la opinión de que resulta realmente anómalo que un Juez de hecho que ha dado respuesta negativa a la cuestión referente a la imputabilidad material, pueda después contestar afirmativamente alguna o algunas de las preguntas posteriores, pues es lógico que, negado el hecho de haber ejecutado el acusado tal o cual acción, no puede quien dio esa negativa aceptar modalidades de un hecho inexistente.

“Este razonamiento elemental no destruye los conceptos ya emitidos por la Procuraduría sobre este mismo tema. El reparo por la aceptación de esa contradicción debe hacerse a la ley que inventó un sistema enrevesado, perjudicial y desarmónico con los principios modernos de la ciencia penal y con las necesidades sociales de nuestro país.

“En el caso de autos, cree este Despacho que está bien hecho el escrutinio y que, por lo mismo, no hay contradicción entre la sentencia del Tribunal y el veredicto.”

Causal 1ª—Indebida aplicación de la Ley penal.

En el punto segundo de su demanda, el recurrente escribe:

“En efecto, estando bien delimitados como en nuestro Código Penal lo están, de modo técnico los *géneros y las especies de homicidio*, si demostrado estuviera el elemento intencional: propósito, estaríamos en presencia de un homicidio concausal, pues que la muerte no se produjo sino por ‘el concurso de un hecho subsiguiente dependiente de la actividad... de un tercero, pues que actividad en el presente caso es *acción* y también *omisión*.’”

Y en el punto cuarto del libelo dice el actor:

“En la catalogación del Código Penal, dando por sentado que mi acción fuera causa *eficiente, única y natural* de una muerte, se estaría en presencia de un homicidio *praeter-intencional*, cuya sanción es la del artículo 365 del Código Penal.”

Por lo que hace al párrafo del punto segundo de la demanda, la Corte repite que en la muerte de Ricardo Rendón no influyó ninguna concausa, pues el óbito provino de la naturaleza mortal del golpe o de su acción directa y única, y que si existiesen la concausa y el propósito de matar, la aplicación del artículo 566 del Código Penal sería mucho más desfavorable para el reo.

El otro argumento del punto cuarto de la demanda implica una singular ofuscación del recurrente, porque a Arbeláez se le impuso la pena del homicidio ultraintencional, según el artículo 365 en relación con el 362, y eso en el mínimo de ocho años disminuido a la mitad, lo cual consulta el deseo o querer del procesado.

Sin justificación las causales invocadas, esta Sala de la Corte Suprema, de acuerdo con la solicitud del señor Procurador Delegado, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no invalida* la sentencia del Tribunal Superior de Pereira que impuso a José Salvador Arbeláez la pena principal de cuatro años de presidio por haber dado muerte a Ricardo Rendón.

Devuélvase el expediente al Tribunal.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Campo Elias Aguirre, José Antonio Montalvo, Manuel Caicedo Arroyo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

HOMICIDIO

Por el hecho de salvar su voto uno de los Jurados no debe concluirse que el Jurado queda desintegrado. Aquel hecho indica solamente que el individuo que salvó su voto no estuvo de acuerdo con la opinión de la mayoría.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, abril catorce de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo).

Celiar García Paredes fue condenado por el Juez Primero Superior de Pamplona, como autor del delito de *homicidio* en la persona de Miguel Yaruro P. a la pena principal de seis años de presidio, con aplicación del artículo 600 del Código Penal de 1890, sentencia que fue confirmada por el Tribunal Superior del mencionado Distrito Judicial.

El apoderado del reo, al interponer el recurso ante el Tribunal, en un ligero escrito, invoca las causales 2ª, 4ª y 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal vigente hoy, advirtiendo que ante la Corte se ampliarán por apoderado especial los puntos expuestos. Y ante la Corte el doctor Timoleón Moncada alega las causales 4ª y 3ª del premencionado artículo del Código de Procedimiento Penal: violación de la Ley procedimental por haberse pronunciado la sentencia en un juicio viciado de nulidad, y estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Iniciado este proceso antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, debe seguirse de acuerdo con la legislación anterior.

El recurrente, en cuanto a la causal 2ª, se limita a decir que en la sentencia se dio a las declaraciones de cargo un valor que no tienen; y que no se tomaron en cuenta los descargos comprobados. Pero no hace análisis ninguno, ni trata de demostrar su afirmación.

Y por lo que respecta a la causal 7ª expresa que la sentencia ha recaído sobre un veredicto que contraevidencia los hechos, siendo así que esta causal trata del caso en que el veredicto sea contradictorio. Cosa muy distinta a la de no estar de acuerdo con los hechos.

Causal cuarta: Violación de la Ley procedimental por haberse pronunciado la sentencia en un juicio viciado de nulidad.

El apoderado del reo hace consistir la nulidad en que “hubo un claro y comprobado error en la denominación de los nombres y apellidos tanto del procesado como del occiso, nulidad contemplada en el numeral 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal.

El doctor Moncada deriva la nulidad de la falta de jurisdicción en los Jueces que formaron y fallaron el proceso contra Celiar García Paredes.

La nulidad a que alude el señor defensor del reo, había sido alegada ante el Tribunal; y el señor Magistrado doctor Espinel Blanco refutó esa tesis en forma tan clara que la Corte se limita a reproducir aquí sus razones.

Dice así el doctor Espinel:

“Con estas pruebas pretende el señor defensor demostrar que este proceso se halla viciado de nulidad por haberse incurrido en error en cuanto a los nombres del acusado y de la víctima...”

“Aparte de que las pruebas de que se ha hablado fueron allegadas al expediente fuera de toda oportunidad legal, es preciso declarar que en este proceso no se incurrió en equivocación alguna en cuanto al nombre del acusado ni de la víctima, de suerte que no existe, por este aspecto, la causal de nulidad alegada por el defensor.”

“En efecto, a todo lo largo del informativo, el procesado ha venido llamándose Celiar García Paredes, porque él mismo se presentó bajo este nombre, como puede verse en la declaración indagatoria y en los mismos escritos o memoriales que dirigió al funcionario instructor y al propio Juez de la causa. Además, así lo designan también los testigos de cargo que le imputan la comisión de este homicidio, como aquellos que declaran a su favor. Finalmente, con esa denominación aceptó el llamamiento a juicio sin que nada hubiera reclamado acerca de su identidad o de su verdadero nombre.”

“Otro tanto puede decirse del occiso, quien en su declaración manifestó llamarse Miguel Yaruro y con este nombre continuó siendo conocido a través del expediente.”

“Que luego resulte que el procesado debe llamarse José Celiar Paredes García, porque así reza

su partida de bautizo y que la víctima debió llamarse Miguel Vergel, porque también fue bautizado con tal nombre, es cosa que nada significa porque el defensor pretende demostrar únicamente que están equivocados los nombres, pero no que falte la identidad de las personas a que tales nombres se refieren.”

“Nada importa que el procesado se llame Celiar García Paredes cuando ha debido llamarse Celiar Paredes García, si en todo caso se trata de la misma persona a quien se acusa de haber dado muerte a un individuo que aparece llamándose Miguel Yaruro, pero que es el mismo cuyo verdadero nombre es Miguel Vergel.”

El doctor Moncada, en el particular, argumenta así:

“En el folio 4 del cuaderno de segunda instancia encuentro la partida de bautizo de Celiar García, con la cual queda demostrado que dicho señor nació el 30 de agosto de 1915. El delito sucedió el 3 de mayo de 1933. Lo que significa que en esta fecha no había cumplido García diez y ocho años. Dejando sentado ese hecho innegable, analicemos qué Juez debió juzgarlo.”

Entra luego el doctor Moncada a estudiar a quién corresponde la jurisdicción de los delitos cometidos por un menor con anterioridad a la vigencia de la Ley 94 de mil novecientos treinta y ocho.

Pero este estudio carece de objeto, pues fue una evidente equivocación cometida en la Alcaldía de Convención la que fechó el auto cabeza de proceso en tres de mayo de mil novecientos treinta y tres, cuando la declaración de la víctima, los testimonios de los testigos presenciales, la exposición de los peritos que reconocieron al muerto y toda la actuación están afirmando que el hecho tuvo lugar en el año de mil novecientos treinta y seis, y por lo mismo que el reo era mayor de edad cuando cometió el delito por que se le juzga.

No está probada esta causal.

Causal tercera: Estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Dice el recurrente:

“Fundó esta causal en el hecho de que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado”.

“El Jurado estará siempre integrado por cinco personas deliberantes que deberán siempre dar un voto afirmativo o negativo. Y el veredicto será siempre el resultado mayoritario de los cinco votos.”

“Pues bien: en el Jurado reunido en la causa que estudio, no hubo sino cuatro Jurados deliberantes, y cuatro votos, porque aparece uno que

dijo: ‘Salvo mi voto’. Es decir, hubo uno que no votó”.

“Si falló un voto, no hubo veredicto.”

En este caso, no sería casable la sentencia por la causal tercera, sino por alguna otra de las que consagra la ley, ya que no puede haber contradicción entre la sentencia y un veredicto que se sostiene que no existió.

Mas no ha existido tal desintegración del Jurado: el Jurado que salvó un voto contra los otros cuatro acordes, expresó rotundamente su opinión.

La Sala comparte la opinión del señor Procurador, quien dice en su vista:

“... el hecho de salvar su voto un Jurado indica la decisión de apartarse de lo resuelto por la mayoría, expresa su parecer contrario al de los compañeros, indica la negativa cuando los otros Jurados han votado afirmativamente.”

“Aún más, técnicamente y en armonía con los sistemas legislativos y con la práctica en la administración de justicia, el salvamento de voto es la manera más indicada para mostrar el criterio y la decisión de los disidentes en las determinaciones judiciales. Sería inútil traer a cuento la infinidad de asuntos en que los Magistrados salvan su voto, sin que por ello pudiera afirmarse que las Salas habían quedado desintegradas y los fallos nulos. Pero sí es bueno traer a la memoria este mismo negocio, en que hay un salvamento de voto del doctor Victor M. Espinel Blanco. Si se aplicara la tesis del doctor Moncada en todo su rigor, habría que concluir que no hay sentencia de segunda instancia y por lo mismo se carecería de materia para la casación, o que existe una profunda nulidad, cual sería la de falta de jurisdicción de dos Magistrados para dictar el fallo de segundo grado.”

No tiene apoyo tampoco la causal tercera invocada.

Por lo cual 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 señor Procurador Delegado, *no invalida* la sentencia de veintisiete de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, del Tribunal Superior de Pamplona, que condenó a Celiar García Paredes o José Celiar Paredes García a la pena principal de seis años de presidio como responsable del *homicidio* consumado en la persona de Miguel Yaruro o Vergel.

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

Manuel Caicedo Arroyo, José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Perturbaciones funcionales en casos de heridas. — Riña.

La perturbación funcional que no se prolonga más allá de la incapacidad, se confunde con ésta; y si es de muy corta duración y desaparece a los pocos días sin dejar deformidad física reparable, hay que concluir que es pasajera, momentánea y no de prolongación indeterminada, caso en que sí habría que aplicar la sanción del artículo 373 del Código Penal.

No es propiamente riña el trabarse de palabras: podrá constituir eso un ultraje, una provocación. La riña existirá cuando haya ataque, agresiones de obra mutuas, un combate singular, por mutuo consentimiento, por provocación de alguna de las partes, o por un accidente fortuito como decía el Código Penal anterior.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, 31 de mayo de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo).

El Tribunal Superior de Popayán, en sentencia del tres de julio de mil novecientos cuarenta y dos, reformó la del Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad, y condenó a Jesús Galvis a la pena principal de un año de presidio, como responsable de las heridas causadas a Marceliano Lubo.

Interpuesto por el defensor del reo el recurso de casación, el Tribunal lo concedió en atención a que los delitos como el que se juzga en este proceso tienen, sin las modalidades, señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo es de cinco años (inciso 1º del artículo 374 del Código Penal).

Recibido el expediente en la Corte se ordenó su fijación en lista; se declaró luego la admisibilidad del recurso; y se corrió al recurrente el traslado que ordena el artículo 563 del Código de Procedimiento Penal.

Galvis formuló la demanda de casación invocando las causales 1ª y 2ª del artículo 567 de la obra citada.

En seguida, y en virtud de lo dispuesto por el 564 *ibidem*, dióse traslado al señor Procurador, quien se expresa así:

“Pasado el expediente a la Procuraduría y estudiado con detenimiento, sólo hoy ha tenido oportunidad este Despacho de darse cuenta de que la sentencia del Tribunal no admite recurso de casación.”

“Y lo piensa así por las siguientes razones:

“Dice el artículo 557 del Código de Procedimiento Penal que hay lugar a casación en las causas falladas en segunda instancia por un Tribunal Superior de Distrito Judicial en negocios en que haya conocido el Juez de Circuito, cuando el delito tenga señalada una sanción privativa de la libertad personal ‘cuyo máximo sea o exceda de cinco años’.

“Aparece claro que al exigir el Código que se trate de delito que tenga pena cuyo máximo sean cinco años o más, se refiere a la infracción específica que ha cometido el procesado y por la cual se le reprime en el fallo cuya casación se pretende, y no al delito en su tipo genérico o abstracto, pues, de lo contrario, no se sabría qué disposición penal escoger para conceder el recurso de casación, cuando un capítulo como el de lesiones personales, por ejemplo, tiene distintas sanciones para las diversas especies de heridas según las incapacidades o consecuencias que dejen en el ofendido, sanciones que unas no llegan a cinco años y que otras traspasan ese límite.”

“Si otra interpretación se le diera al artículo 557 del Código de Procedimiento Penal, habría que concluir que muchos delitos individualmente considerados cuya pena máxima no llegase a cinco años de las privativas de la libertad, gozarían inevitablemente del recurso de casación por el solo hecho de estar colocados en un capítulo del Código Penal donde una cualquiera de sus disposiciones contuviese una sanción de cinco años o más de la calidad de que se ha hablado,

y con este sistema se haría un claro fraude a la Ley de procedimiento, extendiéndola a casos que precisamente ha querido excluir de este recurso extraordinario.”

Mas, a juicio de la Corte, el recurso está bien admitido.

En el auto de proceder se llamó a Galvis a responder por el delito de *lesiones personales* que sanciona el Capítulo II, Título XV del Libro II del Código Penal.

El Tribunal, entre las consideraciones que hace en el auto en que confirma el llamamiento a juicio, trae la siguiente:

“Lubo o Lugo fue reconocido por lo médicos legistas, quienes describieron las lesiones sufridas por tal sujeto y le fijaron por la herida del muslo izquierdo, que fue la más grave, una incapacidad de diez y seis días, anotando que le quedaría una perturbación funcional levisima y transitoria hasta tanto recobre perfectamente su función locomotriz.”

Si el Juzgado de primera instancia aplicó la sanción contenida en el artículo 372 del Código Penal —cuyo máximo es inferior a cinco años de presidio— el Tribunal dijo:

“En el fallo no se ha situado el delito en la disposición legal que le corresponde. Al ofendido le produjo la lesión del muslo izquierdo una perturbación funcional transitoria”..... “luego el artículo que contempla el ilícito es el 374, inciso 1º, del Código Penal”.

Admitiendo la modalidad de la riña y conexas, por lo tanto el artículo 384 con el ya citado 374, el Tribunal disminuyó la pena allí consignada.

Acusada la sentencia por mala, errónea o indebida aplicación de la ley, y por habersele negado a los hechos un valor probatorio que si tienen; y habiéndose aplicado en la sentencia el artículo 374 del Código Penal que señala como máximo una pena de cinco años de presidio, rechazar de plano el recurso habría sido prejuzgar el asunto por lo que respecta a la comprobación de la modalidad de la riña o de la perturbación funcional. Por lo cual hubo de admitirse.

Como causales se han alegado la 1ª y la 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La sentencia —dice el recurrente— es violatoria de la Ley penal por errónea aplicación de la

misma y porque en virtud de una apreciación errada, negó a uno de los hechos el valor probatorio que tenía, y le atribuyó uno que no tenía.

“Al dictamen médico-legal —dice Jesús Galvis— se le negó o se le desconoció por el honorable Tribunal Superior el valor que tenía; *dejar sin consecuencia alguna la lesión sufrida por Lubo* (subraya el recurrente). Indudablemente que al desconocersele o negársele este valor, se le atribuía uno que no tenía, es decir, se continuaba considerando la lesión sufrida por Lubo como una herida con *perturbación funcional levisima y transitoria*, lo que era una falta total de realidad objetiva del proceso. El dictamen médico-legal al suspender de la lesión toda consecuencia, creaba un hecho nuevo en el proceso que debía tenerse en cuenta, y ya no podía —claro está— aplicarse el artículo 374 del Código Penal, porque era totalmente improcedente, y debía aplicarse el 372 del mismo Código, por cuanto el hecho estaba encajando perfectamente dentro de él.”

“En efecto, no era lógico ni jurídico que se aplicara a mi caso el artículo 374 del Código Penal, por cuanto la realidad objetiva del delito no era la misma en el momento de dictarse sentencia que cuando se inició la investigación, pues las consecuencias ya habían desaparecido, librándome del peso jurídico del citado artículo. No es posible aceptar que se aplique para una lesión que carece de consecuencias de todo orden, un artículo que se está refiriendo a consecuencias de carácter transitorio.”

El encuentro entre Lubo y Galvis aconteció el día siete de marzo. Y los médicos legistas practicaron el primer reconocimiento el día diez, señalando al herido una incapacidad definitiva de cuatro días. Pero al día siguiente le hicieron un nuevo examen y determinaron entonces que tendría una incapacidad provisional de diez y seis días.

El veinte del mismo mes practicaron un nuevo reconocimiento en que afirmaron la misma incapacidad de diez y seis días, y agregaron que le quedaba una perturbación funcional levisima y transitoria en relación con el ejercicio completo de la función locomotriz.

El cuatro de abril siguiente manifestaron los médicos que aún no había desaparecido completamente la perturbación funcional; hasta que en un último reconocimiento verificado el veintidós de abril, expusieron que ya había desaparecido la mencionada perturbación.

Distinguen, como se ve, los médicos legistas entre la incapacidad para trabajar y la perturbación funcional transitoria, ya que fijaron la primera en diez y seis días y la última se prolongó un poco más, si bien había desaparecido completamente cuando se decretó la excarcelación del sindicado y mucho antes de que se calificara siquiera el mérito del sumario.

¿Hasta dónde es posible desatender los hechos evidentes comprobados en el proceso para atender un concepto, una opinión más o menos probable como deducción de las características de la herida examinada?

Ahora, si la perturbación funcional había desaparecido ya, no solamente cuando se profirió la sentencia sino cuando se dictó auto de proceder y se aplicó al hecho la disposición penal que contempla la existencia de la perturbación funcional, es claro que se ha aplicado erróneamente la ley.

Entre los diez y seis días de incapacidad que fijaron los expertos y los cuarenta y cinco que duró la perturbación funcional, hubo un tiempo en que el lesionado pudo trabajar, aunque con la incomodidad de la dificultad para caminar por la perturbación funcional, extendiendo hasta el último límite la incapacidad.

¿Cuál es el límite que separa la incapacidad de la perturbación funcional? ¿No es precisamente la perturbación funcional la consecuencia inmediata de la lesión?

Una herida en una pierna le produce al herido una incapacidad para trabajar más o menos larga. Y además puede producir una perturbación funcional.

Si se rompe una pierna un obrero, la incapacidad y la perturbación funcional se confunden y la primera se prolonga hasta que la víctima pueda caminar y tenerse en pie. Si el accidente lo sufre un hombre de negocios o un empleado de escritorio, la incapacidad durará mientras tenga que estar recluso; y la perturbación funcional hasta que vuelva a caminar. Pero si la cojera es transitoria o definitiva, las consecuencias serán distintas.

Si a consecuencia de la lesión se produce una anquilosis, está clara, evidente la perturbación funcional que puede ser transitoria o definitiva, y aplicable al caso el artículo 374 del Código Penal.

Pero si la herida sana después de unos días y la levisima perturbación funcional ha desaparecido poco después, parece lo acertado quitarle este último carácter y prolongar o aumentar el plazo de la incapacidad hasta el último día

que duró la perturbación funcional, por el principio de la favorabilidad aplicable al reo, ya que es menor la pena que corresponde a las lesiones que producen una incapacidad mayor de treinta días que la aplicable cuando la incapacidad es menor, pero queda una perturbación funcional.

La perturbación funcional que no se prolonga más allá de la incapacidad, se confunde con ésta; y si es de muy corta duración y desaparece a los pocos días sin dejar deformidad física reparable, hay que concluir que es pasajera, momentánea y no de prolongación indeterminada, caso en que si habría que aplicar la sanción del artículo 373 del Código Penal.

En este caso, agregando a los diez y seis días en que los señores médicos legistas fijaron la incapacidad los que siguieron hasta que desapareció la *levisima* perturbación funcional, quedaría una incapacidad de cuarenta y cinco días, cayendo entonces bajo la sanción del artículo 372 del Código Penal, no obstante que el herido pudo trabajar como antes, después de los diez y seis días.

Como consideraciones para el fallo que ha de proferirse por la Corte, se tiene que se dirigía Marceliano Lubo con un niño en brazos, del lugar de su trabajo a su casa de habitación, y al pasar una puerta de trancas en la propiedad de Jesús Galvis éste trató de impedirle el paso; y como Lubo le replicara que era comunero, Galvis le dirigió algunas expresiones amenazantes, y sacando un revólver le hizo dos disparos, causándole una herida en una pierna.

El reo se confiesa autor de las lesiones que sufrió Lubo; y asimismo lo declara el testigo presencial Joaquín María Muñoz.

El Tribunal, después de asentar que no se han infirmado los elementos de convicción que se tuvieron en cuenta en el auto de proceder, en el cual no se mencionó siquiera la circunstancia de la riña, agrega: "El Juez *a quo* estimó que el delito se había cometido sin que mediara riña, pero es el caso que tal modalidad no puede desconocerse por cuanto consta que entre el procesado y Marceliano Lubo sí tuvo lugar una pugna con agresiones personales, escena esa que no es otra cosa que una riña."

No es propiamente riña el trabarse de palabras; podrá eso constituir un ultraje, una provocación. La riña existirá cuando haya ataque, agresiones de obra mutuas, un combate singular, por mutuo consentimiento, por provocación de alguna de las partes, ó por un accidente fortuito como decía el Código Penal anterior; y

no aparece comprobado que entre Galvis y Lubo se hubiese trabado ese combate, se hubiesen agredido mutuamente. La agresión de Galvis siguió a la manifestación que hizo Lubo del derecho que tenía para transitar por allí. Debe, pues, descartarse esta modalidad y considerar la incapacidad que produjo la lesión que como se ha visto, agregando a los diez y seis días que computaron los médicos, los veintinueve por los cuales se prolongó la levisima perturbación funcional locomotriz, da un total de cuarenta y cinco días. Cayendo entonces bajo la sanción del inciso 3º del artículo 373 del Código Penal, aplicable en su mínimo por cuanto no existen circunstancias de mayor peligrosidad y si varias que presentan a Galvis como poco peligroso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre

de la República y por autoridad de la ley, resuelve:

1º *Se invalida* la sentencia de trece de julio del año pasado, del Tribunal Superior de Popayán, que condenó a Jesús Galvis a la pena principal de un año de presidio como responsable del delito de *lesiones personales*.

2º *Se confirma* la sentencia de 10 de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, del Juez Segundo Penal del Circuito de Popayán, que impuso a Jesús Galvis la pena principal de seis meses de prisión, como causante de las lesiones personales que recibió Marceliano Lubo o Lugo.

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

Manuel Caicedo Arroyo, José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre.—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

EXCEPCIONES

Es doctrina de la Corte la de que los Tribunales de la justicia ordinaria están absolutamente inhbidos para desconocer los fueros de la cosa juzgada que en sí llevan las sentencias definitivas de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, en virtud del mandato expreso del artículo 93 de la Ley 130 de 1913.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, febrero veintisiete de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

El Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, en auto del 4 de julio de 1941, libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor del Departamento de Cundinamarca y a cargo del señor Fernando Ramírez G., por la suma de \$ 9.732.17 moneda corriente y sus intereses.

El ejecutor fiscal fundamentó tal providencia en estos términos:

«El fenecimiento definitivo, ejecutoriado y confirmado por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Bogotá, en providencia fechada el quince de abril del presente año, número 5632 de fecha veintiséis de septiembre de 1940, dictado por la Auditoría Fiscal de las Rentas del Departamento de Cundinamarca en el juicio de cuentas del Estanco de la Sabana contra Fernando Ramírez G., en el cual se eleva alcance a su cargo en la cuenta correspondiente a veintitrés días del mes de julio de mil novecientos cuarenta, trae aparejada ejecución, pues de él resulta una obligación expresa, clara y actualmente exigible de pagar cantidad líquida de dinero de conformidad con lo dispuesto por los artículos 982 y 1059 del Código Judicial.

«La Auditoría Fiscal de las Rentas del Departamento de Cundinamarca dictó el fenecimiento que sirve de recaudo ejecutivo en este juicio, en virtud de lo dispuesto por la Ordenan-

za 24 de 1937, artículos 2º, 3º y 4º; y este Juzgado es competente para conocer del juicio de acuerdo con lo estatuido por la Ordenanza número 6 de 1918, y puede cobrar los créditos a favor del Departamento de Cundinamarca con jurisdicción coactiva según la Ley 84 de 1915.»

Al tiempo de la notificación del mandamiento de pago, el ejecutado apeló del auto ejecutivo, mas el recurso fue declarado desierto posteriormente por no suministrar lo necesario para compulsar las copias correspondientes.

En tiempo oportuno, el doctor Federico A. Daza, como apoderado de la parte ejecutada, promovió un incidente de excepciones, el cual fue decidido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia del 15 de octubre de 1941, que declaró no probadas las excepciones propuestas.

No habiéndose conformado con lo resuelto por el Tribunal mencionado, el representante judicial del demandado interpuso recurso de apelación contra esa providencia, y por tal motivo ha llegado el negocio a esta Superioridad.

Agotada la tramitación de la segunda instancia, se procede a decidir la alzada.

Excepciones propuestas.

Los hechos básicos que alega el excepcionante como medios de defensa, se exponen en la siguiente forma:

«Primero. El alcance de nueve mil setecientos treinta y dos pesos con diez y siete centavos (\$ 9.732.17), que sirve de recaudo ejecutivo, fue deducido o liquidado contra mi mandante por la Auditoría Fiscal de Rentas en auto de fenecimiento número 5632 de fecha 26 de septiembre de 1940, dictado por ella misma (folio 13).

«Segundo. La mencionada Auditoría Fiscal de Rentas, que es una simple 'dependencia' o sección de la Contraloría General del Departamento de Cundinamarca, carecía en absoluto de la indispensable facultad jurisdiccional para deducir

o liquidar —como líquido y definitivo— aquél alcance o responsabilidad fiscal.

«Tercero. La *jurisdicción* es la potestad de administrar justicia, y la justicia se ejerce por los órganos establecidos por el legislador. Este ha erigido para tramitar y fallar el juicio administrativo de cuentas contra los responsables del Erario departamental y municipal a la *Contraloría General del Departamento*; es, pues, esta entidad —cuyo Jefe nato es el Contralor General— el Juez competente para decidir en primera instancia la controversia que suscita el juicio de cuentas, de donde proviene el alcance que quiere hacerse efectivo ejecutivamente. El fuero le corresponde *exclusivamente*, por mandato expreso del legislador departamental, y por ser exclusivo es indelegable. La misión de la Auditoría Fiscal de Rentas es de mera cooperación, de colaboración, de ayuda: para ‘facilitar el oportuno estudio y fenecimiento en primera instancia de las cuentas’, o sea para *prospectar* el auto de fenecimiento con alcance o sin él, pero sin poder jurisdiccional para fallar.

«Cuarto. La susodicha Auditoría Fiscal de Rentas, al dictar o proferir el auto de fenecimiento declarativo del alcance que se cobra coactivamente, se arrogó —indebidamente— una facultad jurisdiccional que no tenía. La facultad que se echa de menos deja sin valor ni eficacia legal ese auto o el alcance. Por tanto, no pueden ser instrumento legal de la ejecución contra mi mandante.

«Quinto. Aunque aparentemente el fenecimiento reúne las condiciones externas de constituir un alcance líquido y definitivo, en el fondo es un documento sin fuerza jurídica ejecutoria o compulsoria, porque ha sido proferido por quien no es Juez o Tribunal competente de cuentas departamental. Consecuencialmente, el alcance cuestionado no es de los que enumera taxativamente el artículo 1059, numeral 1º del Código Judicial como recaudo ejecutivo en el procedimiento por jurisdicción coactiva.»

Motivos del Tribunal a quo.

El Tribunal de la causa hace la siguiente motivación de la sentencia recurrida:

«El argumento básico de la demanda de excepciones lo apunala el señor apoderado del ejecutado en la consideración de que “el título, o en otras palabras, el alcance que se cobra no trae aparejada ejecución, porque no está deducido o liquidado por el Contralor General del Departamento, que es el Juez de cuentas legalmente facultado para dictar providencias de cargos líquidos y definitivos contra los responsables del Erario departamental”.

«Y defiende su tesis el abogado del reclamante, así:

“La Auditoría Fiscal de Rentas, que dedujo tal alcance, fue creada ‘como dependencia de la Contraloría Departamental’, por el artículo 2º de la Ordenanza número 24 de 1937, debiendo tener ‘como fin esencial *facilitar* (subrayo) el oportuno estudio y fenecimiento en primera instancia de las cuentas de los empleados de manejo de dicho ramo (se alude al ramo de rentas), según el artículo 3º de la misma Ordenanza’; y conforme al artículo 4º de la propia Ordenanza, sus funciones especiales son las de “verificar” el examen, glosa y fenecimiento en primera instancia de aquellas cuentas.

“Pero el artículo 155 de la Ordenanza número 36 de 1939, ‘sobre Código Fiscal de Cundinamarca’, dispuso lo siguiente:

‘Artículo 155. Corresponde exclusivamente a la Contraloría General del Departamento liquidar las responsabilidades pecuniarias contra los responsables del Erario Departamental o Municipal, mediante los trámites y disposiciones consignadas en esta Ordenanza, y enviar copias de lo pertinente al funcionario que tenga jurisdicción coactiva para hacer efectivos los reintegros del caso. Se entiende esta exclusividad sin perjuicio de lo que, por virtud de apelación legalmente interpuesta, liquide el Tribunal Contencioso-Administrativo.’

“De acuerdo con la disposición antes inserta, tan clara como terminante, bien se comprende que correspondía deducir o liquidar el alcance cuestionado a la Contraloría Departamental, bajo la firma del señor Contralor como Jefe de esa entidad, y no al Auditor Fiscal, que es un subalterno, un mero colaborador del Contralor.”

«Se explica: Aunque las citas legales del anterior pasaje del alegato son exactas, no comparte el Tribunal ninguna de las apreciaciones que hace la defensa; en efecto: dispone el apartado primero del artículo 1059 del Código Judicial que además de los actos y documentos relacionados en el artículo 982, en los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva prestan mérito ejecutivo: 1º Los alcances líquidos y definitivos deducidos contra los responsables del Erario por el Departamento de Contraloría, los demás Tribunales de Cuentas Nacionales, Departamentales o Municipales; 2º Las copias de los reconocimientos hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores de impuestos; 3º Las copias de las resoluciones definitivas ejecutoriadas proferidas por funcionarios competentes en ejercicio de sus funciones, sobre multas que deban ingresar al Tesoro Nacional, Departamental o Municipal.

«Ahora bien: La Asamblea de Cundinamarca en sus sesiones extraordinarias del año de 1937

dictó la Ordenanza número 4, por la cual creó una Auditoría Fiscal, dependiente de la Contraloría General del Departamento en la Administración General de Rentas, con el objeto de garantizar de mejor manera el control numérico, legal y administrativo de los dineros del Departamento, control que, conjuntamente, corresponde ejercer tanto a la Contraloría General como a la Gerencia de las Rentas. Con la creación de esta nueva dependencia en la organización fiscal, quiso el legislador departamental investir a la Auditoría Fiscal de facultades tendientes a facilitar el "oportuno estudio y fenecimiento en primera instancia" de las cuentas de los empleados de manejo; y por eso, al asignarle funciones a tal Sección, dijo la Asamblea en el numeral c) del artículo 4º de la citada Ordenanza, que serían funciones de la Auditoría Fiscal de Rentas: "...Verificar el examen, glosa y fenecimiento en primera instancia de las cuentas que mensualmente rindan los empleados de manejo de rentas, acatando las observaciones o glosas que de carácter administrativo hayan formulado los Visitadores y la Administración General de las Rentas o los empleados subalternos de ella designados con tal fin".

«Fue a virtud de esta norma absolutamente obligatoria, por lo que la Auditoría, con vista en las observaciones de carácter administrativo que hiciera el funcionario que practicó la visita en el Estado de "La Sabana", a la cuenta presentada el Estanco de "La Sabana", a la cuenta presentada Departamento, hube de fenecer las expresadas cuentas, con el alcance evidenciado por la simple falta de licores y otros bienes no hallados en el inventario que se hizo al momento de practicarse la visita. Los licores y todos los demás enseres consignados en los estancos tienen su precio, y al faltar éstos —los bienes, los enseres—, el responsable, si no los ha vendido y sin embargo faltan, ha de reemplazarlos por su precio, y en caso de no hacerlo, el valor se eleva naturalmente a alcance, especialmente si no se cubre tan pronto como los Visitadores lo reclaman. La Auditoría, al fenecer con alcance las cuentas presentadas por Ramírez, no hizo, en consecuencia, sino cumplir con uno de sus principalísimos deberes, y corresponder así a los fines que justificaron la creación de esa dependencia fiscalizadora y coercitiva.

«Pero se alega que el Auditor no podía firmar aquellos comprobantes, sino que cumplía hacerlo al propio jefe de toda la Contraloría, porque dizque el artículo 155 de la Ordenanza 36 de 1939 "sobre Código Fiscal de Cundinamarca", dispuso que correspondía elevar los alcances deducibles contra estos empleados de manejo, únicamente a la Contraloría Departamental. Es cierto que esto dice la Ordenanza, y no podría ser de

otra manera, pero cabe advertir que esa creación departamental, la Contraloría, ejerce sus atribuciones, tiene su extensión, su desarrollo, vigila la distribución de los dineros del Departamento, impone sus funciones coercitivas, y en fin, ejercita toda su misión plural, por medio de sus respectivas dependencias o secciones; y, naturalmente, ha de estimarse que cuando los estatutos legales o demás reglamentos dicen que ha de ejercitarse o cumplirse por la Contraloría Departamental un acto determinado, éste queda bien ejecutado y cumplido cuando en ejercicio de atribuciones lo ejercita una Sección o dependencia de la misma. Estimar que sólo la firma o la persona del Contralor es la que representa a la entidad Contraloría, a más de ser pretensión físicamente imposible, no se compadecería ella tampoco con la ley ni con las mismas ordenanzas, porque todo el mecanismo antecedente a la elevación de alcances, que es el caso, tiene su trámite establecido por los estatutos departamentales, siendo uno de ellos, el que establece y señala cuál es la Sección precisamente encargada de la expedición de fenecimientos, especialmente cuando ellos llevan el anexo de un alcance; y esta dependencia es la Auditoría Fiscal. En ninguna parte ha dicho la ley o las ordenanzas que estos alcances deben deducirse por el propio Contralor; esta misión se ha confiado a la entidad *Contraloría* como expresamente lo reconoce el interesado excepcionante.»

*Concepto del señor Procurador Delegado
en lo Civil.*

El representante legal de la entidad ejecutante en la segunda instancia manifestó que «en la motivación del fallo apelado se expresan razones tan irrefutables en contra de la tesis del excepcionante, que la Procuraduría nada tiene que agregar a ellas y se limita a invocar esas mismas razones para pedirnos muy atentamente la plena confirmación de dicho fallo».

Considera la Corte.

Al folio 25 del cuaderno número 1 de este juicio aparece que en providencia de abril 15 de 1941 el Tribunal Administrativo de Bogotá confirmó en todas sus partes el auto de fenecimiento de fecha 26 de septiembre de 1940 (folio 17), pronunciado por la Auditoría Fiscal de Rentas con un alcance a cargo del señor Fernando Ramírez G., por la suma de nueve mil setecientos treinta y dos pesos con diez y siete centavos (\$ 9.732.17).

Consta igualmente que esta providencia del Tribunal Administrativo de Bogotá está ejecutoriada, pues fue notificada legalmente a las partes, y que fue con posterioridad a esta actuación

preliminar para investigar y concretar la responsabilidad del demandado, cuando el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, en ejecución de lo ya resuelto y aprobado por el Tribunal Administrativo, libró la orden de pago por la vía ejecutiva contra el responsable señor Fernando Ramírez. Después de esto, fácil es concluir que las excepciones propuestas por el ejecutado dentro del juicio ejecutivo de que ahora se trata, no podrían ser examinadas ni resueltas por la Corte porque ello, en el fondo, se traduciría en una verdadera revisión de la precitada sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bogotá, lo que a ella le está vedado hacer por terminantes disposiciones de la ley.

Sobre el particular la Sala confirma la doctrina ya expuesta en los siguientes términos, en providencia del 28 de julio de 1942. (*Gaceta Judicial* números 1889-1890, pág. 270):

«Los Tribunales de la justicia ordinaria están absolutamente inhibidos para desconocer los fueros de la cosa juzgada que en sí llevan las sentencias definitivas de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, en virtud del mandato expreso del artículo 93 de la Ley 130 de 1913, que dice que “las sentencias definitivas y ejecutoriadas de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo son obligatorias y no están sujetas a revisión por parte de la justicia ordinaria. Esta norma no la contradicen los artículos 37 y 76 del Código Judicial”».

Ni valga decir que de lo que aquí se trata es de saber y decidir si el Contralor y no el Auditor de la Contraloría, era quien tenía jurisdicción y

competencia privativas para dictar la providencia sobre feneamiento y alcance que luego sirvió de recaudo ejecutivo, pues precisamente cuando el Tribunal Administrativo falló el recurso de apelación que contra ella interpuso el responsable, tuvo que ver que tal providencia no estaba dictada por el Contralor sino por el Auditor, y si a pesar de esto la confirmó, no corresponde ahora a la Corte, por el medio indirecto que significaría la aceptación de las excepciones propuestas (las cuales versan precisamente sobre ese punto) invalidar aquella providencia del Tribunal Administrativo que reconoció como legales el alcance deducido al demandado y el procedimiento seguido para deducirlo, establecerlo o liquidarlo a su cargo.

La alegada ineficacia del título ejecutivo por la alegada incompetencia o falta de jurisdicción del empleado que dictó la providencia de feneamiento y el alcance, es cuestión que la Sala no puede abordar después de haber sido revisada y confirmada esa providencia por el Tribunal Administrativo de Bogotá.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve que no son viables las excepciones propuestas y que, en consecuencia, siga adelanté la ejecución promovida.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Anibal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapas Pilonieta.—Manuel Pinceda Garrido, Secretario.

Acción de perjuicios por la tragedia de aviación del campo de Santa Ana. — Daño moral inobjetivado.

El daño moral inobjetivado, según lo ha expresado la Corte en numerosas decisiones, no puede confundirse con el dolor físico o con el sentimiento de pesar inherente a toda lesión o herida que el hombre recibe en su propio cuerpo. Esta clase de daño no es susceptible de reparación en ninguna forma. Lo que debe entenderse por **daño moral inobjetivado** en el caso de lesiones o heridas sufridas por una persona, es la depresión psíquica a que está sometida la víctima cuando tales heridas o lesiones originan deformidades que afectan de modo permanente y definitivo la integridad corporal y funcional. En tales circunstancias es indiscutible la existencia de una causa de preocupación y de pesar en el ser interior de la víctima de tales deformidades, que lo acompañará mientras viva o por lo menos en gran parte del decurso de la existencia futura. Ese pesar o preocupación se basa en la pérdida de la anterior integridad corporal, lo que hace aparecer a quien la sufre como disminuido ante la sociedad por la deformación padecida. Y es entonces cuando puede hablarse de **daño moral subjetivo indemnizable**.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo cuatro de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

La señorita María Elena Uribe demanda a la Nación para que en juicio ordinario se le condene a pagarle los perjuicios de toda clase que la Nación le causó por ser civilmente responsable de las lesiones e incapacidades que la demandante recibió en el siniestro aéreo del campo militar de Santa Ana, Municipio de Usaquén, ocurrido el 24 de julio de 1938, con motivo de haberse estrellado sobre la multitud que asistía allí a una revista militar, el avión pilotado por el Teniente de aviación César Abadía.

La primera instancia fue fallada por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de 13 de diciembre de 1941, cuya parte resolutive es del siguiente tenor:

“1º La Nación (República de Colombia) es civilmente responsable de los perjuicios morales no objetivados sufridos por la señorita María Elena Uribe, a consecuencia del accidente de aviación producido en el campo de Santa Ana el 24 de julio de 1938.

“2º Condénase a la Nación a pagar a la expresada señorita María Elena Uribe, la suma de un mil pesos (\$ 1.000) monedá corriente como indemnización de tales perjuicios.

“3º No es el caso de hacer declaración alguna en contra de la Nación por razón de perjuicios morales objetivados, ni de perjuicios materiales, por lo cual se absuelve a la entidad demandada de tales cargos.

“4º No hay costas.”

Contra la precedente resolución interpusieron apelación los representantes de las dos partes, motivo por el cual los autos fueron remitidos a esta Sala de la Corte donde están agotadas las formalidades de la segunda instancia.

CAPITULO I

Los hechos acreditados.

Con las pruebas allegadas en la primera instancia se establece:

1º Que la revista militar del campo de Santa Ana, realizada por el Ejército en cooperación con la aviación militar, el día 24 de julio de 1938, fue ordenada por el Gobierno Nacional en conmemoración de la fiesta nacional de ese día, y a ella se invitó al Cuerpo Diplomático, los altos funcionarios públicos y al público en general.

2º Que dentro del programa de la revista figuraron unas pruebas de acrobacia a cargo de una escuadrilla de caza de la aviación militar, comandada por el Teniente César Abadía.

3º Que cuando este aviador ejecutaba una maniobra de “rollo lento” sobre las tribunas, a una altura inferior a 150 metros, el avión que piloteaba chocó contra el borde occidental de la tribuna que ocupaba el Cuerpo Diplomático, a consecuencia de lo cual se vino a tierra, rodando incendiado por espacio de muchos metros.

4º Que en el Ministerio de Guerra existe un reglamento de vuelos y acrobacias, con las siguientes prescripciones:

"4º Altura mínima.—Toda maniobra acrobática debe terminar a una altura no menor de 500 metros.

"5º Prohibición.—No podrá volar un avión acrobáticamente sobre: a) ciudades, poblaciones, etc.; b) aeródromos, parques, estadios, etc.; c) agrupaciones de personas al aire libre.

"6º Cerca a ciudades, aeródromos, etc. Cuando se efectúen maniobras acrobáticas cerca a aeródromos, ciudades, etc., la distancia horizontal mínima calculada desde los límites de éstos, no debe ser menor de mil (1.000) metros."

5º Que la orden de operaciones dictada por el Capitán García Bonilla, en su carácter de Comandante del escuadrón aéreo que tomaba parte en la revista, contenía los siguientes números que los aviadores debían ejecutar:

"Orden del desfile y maniobras.

- "1º Se hará una pasada del conjunto de máquinas por sobre las tribunas, así:

"Aviones P. T., 150 metros.

"Aviones Falcon, 250 metros.

"Aviones Hawk, 350 metros.

"Aviones. Ju-52, 450 metros.

"Las formaciones serán de acuerdo con el esquema anterior.

"2º Terminada la primera pasada en conjunto del escuadrón, los aviones JU- procederán a aterrizar.

"3º Después de la primera pasada los aviones P. T. regresarán a las tribunas en escalón de máquinas y a una altura de 300 metros iniciarán un Lufberry de cuatro vueltas, saliendo de él las máquinas unas tras otras, y procederán a aterrizar.

"Los Falcon, también después de la primera pasada y en escalón de máquinas, regresarán a las tribunas e iniciarán un Lufberry de cuatro vueltas y en sentido opuesto al de las P. T. Saldrán las máquinas una tras otra y procederán a aterrizar. Altura para esta maniobra, 600 metros.

"Los señores Comandantes de las escuadrillas de P. T. y Falcon cuidarán de que se mantenga la altura de 300 y 600 metros, respectivamente, durante la ejecución del Lufberry.

"4º Terminado el Lufberry de los P. T. y Falcon, el Comandante y ala número 2 de la tercera patrulla de Hawks se separarán del conjunto y ejecutarán maniobras de combate sobre las tribunas. Altura mínima, 500 metros. Tiempo, 10 minutos.

"Terminadas estas maniobras, las tres máquinas de la 3ª patrulla formarán de nuevo en V, en espera de que las máquinas de que trata el punto 5º terminen su demostración.

"5º Seguidamente, la primera patrulla de Hawks más el Comandante y ala número 3 de la segunda patrulla, quienes formarán en V de máquinas, ejecutarán Loops en formación y Fleur de Lis, a una altura que en ningún caso debe ser menor de 500 metros. Tiempo, 10 minutos.

"6º A continuación, la tercera patrulla y el ala número 2 de la segunda patrulla se unirán a las cinco máquinas de acrobacia y en formación de escalón de máquinas, los nueve Hawks vendrán sobre las tribunas y ejecutarán una carrera de ratón a una altura no menor de 500 metros. Tiempo, 15 minutos. Terminadas estas maniobras, las máquinas procederán a aterrizar. (Firmado), *Jesús M. García B.*, Jefe Sección Operaciones."

6º Que el Director General de Aviación, momentos antes de iniciarse la revista, dirigió al Comandante del escuadrón, Capitán García Bonilla, el siguiente radiograma: "Campo de Santa Ana, 24 de julio de 1938.—Capitán García—Techo.—Repítale orden maniobras deben efectuarse al norte del campo sobre tanque estación Usaquén altura no menor ciento cincuenta metros. Informaráselo permanentemente estado revista. *Mayor Méndez, Dirgenav.*"

7º En la hoja de servicios del Teniente Abadía figuraba como uno de los mejores pilotos de la aviación militar, pero con esta advertencia: "Le falta seriedad para comandar. . . . Es un verdadero militar en campaña; en paz es muy *juquetón.*"

8º En uno de los ensayos preliminares de la revista, el Teniente Abadía violó el reglamento de vuelos y por tal causa se le aplicaron sanciones disciplinarias.

9º Que entre las víctimas de la tragedia figura la demandante, señorita María Elena Uribe, quien sufrió heridas y quemaduras a consecuencia del mismo siniestro, motivo por el cual se vio obligada a someterse a un tratamiento médico curativo.

CAPITULO II

Las causas de la tragedia.

Bien conocido es el pensamiento de esta Sala en lo tocante a la responsabilidad que al Estado corresponde en la tragedia de Santa Ana. Esa responsabilidad ha sido examinada en numerosos fallos ya publicados, a los cuales se remite ahora la Corte, para no estar repitiendo innecesariamente razones que ya están ampliamente expuestas.

CAPITULO III

Los perjuicios—Daño material.

Ante todo es preciso tener en cuenta la clase de lesiones que sufrió la señorita María Elena

Urbe a consecuencia del siniestro aéreo de Santa Ana. A este respecto obran en el proceso los siguientes reconocimientos médicos:

El día 29 de septiembre de 1938 fue practicado por los médicos de la Oficina Central de Medicina Legal de esta ciudad el primer reconocimiento de la demandante, con el siguiente resultado:

“Oficina Central de Medicina Legal.—Número 9936.—Bogotá, septiembre 29 de 1938.—La señorita María Elena Urbe: Examinada hoy en este Despacho, presenta cicatrices consecutivas a quemaduras de segundo grado en la cara externa de la pierna izquierda y en la cara interna de la pierna derecha. Estas cicatrices se extienden tanto en una como en otra, desde el tercio superior hasta las regiones maleolares. En la mejilla izquierda hay huellas cicatriciales discretas de quemaduras de primer grado. En buenas condiciones de tratamiento y sin complicaciones, debió sufrir veinte (20) días de incapacidad, a partir del 24 de julio último. Para dictaminar sobre las consecuencias, es necesario practicar un nuevo examen dentro de treinta días. (Firmados), *G. Guerrero Izquierdo—Guillermo Urbe Cualla.*” (Folio 7 del cuaderno número 2).

El 26 de octubre del mismo año fue practicado un segundo reconocimiento de la demandante, habiendo conceptuado así la citada Oficina:

“Oficina Central de Medicina Legal.—Número 10925.—Bogotá, octubre 26 de 1938.—La señorita María Elena Urbe: Sufrió definitivamente veinte (20) días de incapacidad. Las cicatrices hipertróficas de la pierna izquierda, consecutivas a las quemaduras que sufrió, constituyen una deformidad física que se modificará favorablemente. — (Firmados), *G. Guerrero Izquierdo, A. Vargas Mariño.*”

Ahora bien: ¿cuál fue el daño patrimonial que sufrió la demandante a consecuencia de las lesiones corporales recibidas por ella en el siniestro aéreo de Santa Ana?

El Tribunal de primer grado no encontró acreditado en forma alguna aquella clase de daño, y por ello absolvió a la Nación del respectivo cargo formulado en la demanda. Hé aquí las razones que tuvo en cuenta el Tribunal para pronunciar la absolución de la entidad demandada:

“No aparece establecido que la señorita Urbe o su familia hubieran tenido que hacer erogaciones para el tratamiento y curación de las quemaduras que sufrió; muy al contrario, el informe rendido por la Sección de Sanidad del Ministerio de Guerra, y que fue producido por ella misma como prueba en el juicio, afirma, que fue atendida en su domicilio por la *Sanidad Militar desde el 25 de julio hasta mediados del*

mes de agosto, o sea durante todo el tiempo que duró su incapacidad.”

“Ni se acreditó tampoco, que la expresada señorita hubiera dejado de producir suma alguna por concepto de lucro cesante, en el mismo tiempo de incapacidad.

“De consiguiente, y no apareciendo establecido el perjuicio material (daño emergente y lucro cesante), no es el caso de hacer condena alguna por dicho concepto.” (Folios 15 a 15 vuelto del cuaderno número 1).

En la segunda instancia, la demandante no logró mejorar la situación probatoria que produjo el insuceso de su demanda en lo atinente al daño material. De tal manera que la Corte debe llegar a la misma conclusión del Tribunal de primer grado. En efecto:

La actora trató de desvirtuar el concepto de los médicos de la Oficina Central de Medicina Legal de Bogotá, a efecto de poner de manifiesto que las lesiones que ella sufrió y la incapacidad sobreviniente fueron mucho más graves de lo que aquellos médicos conceptuaron. Con tal fin, la demandante pidió la ratificación de los certificados expedidos por los facultativos Pablo Gómez Martínez y Gustavo Guerrero Izquierdo. Empero, solamente el primero de éstos compareció ante la Corte a ratificarse en su declaración. En tales circunstancias el testimonio de este testigo único no puede ser acogido por la Sala.

Pero hay más todavía: aun sobre la base de que los facultativos citados hubiesen comparecido ante la Corte con el objeto de ratificarse en sus respectivos testimonios, éste no era el medio adecuado para desvirtuar los conceptos de los médicos de la Oficina de Medicina Legal de Bogotá. En tales circunstancias hubiera sido necesario un dictamen pericial en esta segunda instancia, producido de acuerdo con la ley, y del cual apareciera plenamente acreditado que los reconocimientos de aquella Oficina no habían correspondido a la realidad. Pero como esto no lo hizo la demandante, la Corte debe atenerse a lo que sobre el particular aparece de autos, esto es, que la señorita Urbe no sufrió daño patrimonial de ningún género.

Al ratificarse en su declaración manifestó el doctor Gómez Martínez “que el padre de la señorita Urbe, el señor Luis Enrique Urbe, pagó al que firma, como valor de sus servicios profesionales, la suma de \$ 150 moneda corriente.”

Esta declaración que como viene dicho no tiene valor legal por emanar de un solo testigo, tampoco acreditaria, en el supuesto de ser legalmente atendible, que la demandante sufragó con sus propios dineros los gastos del tratamiento médico a que el testigo se refiere. En tales circunstancias la acción de reembolso no corres-

ponderaría a la demandante, sino a la persona que pagó al doctor Gómez el valor de sus servicios profesionales.

Daño moral.

El Tribunal de primera instancia, al analizar los perjuicios morales que alega haber sufrido la demandante, hizo las siguientes observaciones como fundamento de la condena contra la Nación en esta materia:

"En el caso de que aquí se trata, el daño moral sufrido por la señorita Uribe no afecta la parte social de su patrimonio moral, porque 'las huellas cicatriciales discretas de quemaduras de primer grado' que los señores médicos legistas le encontraron en la mejilla izquierda según lo describe el primer reconocimiento, y 'las cicatrices hipertróficas de la pierna izquierda, consecutivas a las quemaduras que sufrió, y que constituyen una deformidad física que se modificará favorablemente', a que se refiere el segundo, no la perjudican socialmente, dada la escasa apariencia que por su naturaleza discreta y leve ofrecen las primeras, y la inapreciabilidad que por razón del lugar existe para las segundas.

"En cambio, si dan esas lesiones margen para aceptar la existencia de un perjuicio moral inobjetivo, consistente en el sentimiento de pesar que las lesiones en sí mismas debieron producirle y la misma incertidumbre de consecuencias que en los primeros momentos debieron ofrecérsele como susceptibles de hacer desmejorar socialmente su personalidad." (Folios 14 vuelto a 15 del cuaderno número 1).

La Corte estima equivocadas las precedentes apreciaciones de la sentencia apelada. En efecto:

El daño moral inobjetivo, según lo ha expresado la Corte en numerosas decisiones, no puede confundirse con el dolor físico o con el sentimiento de pesar inherente a toda lesión o herida que el hombre recibe en su propio cuerpo. Esta clase de daño no es susceptible de reparación en ninguna forma. Lo que debe entenderse por daño moral inobjetivo en el caso de lesiones o heridas sufridas por una persona, es la depresión psíquica a que está sometida la víctima cuando tales heridas o lesiones originan deformidades que, afectan de modo permanente y definitivo la integridad corporal y funcional. En tales circunstancias es indiscutible la existencia de una causa de preocupación y de pesar en el ser interior de la víctima de tales deformidades, que lo acompañará mientras viva o por lo menos en gran parte del decurso de la existencia futura, preocupación o pesar basado

en la pérdida de la anterior integridad corporal, pérdida que hace aparecer a quien la sufre disminuido ante la sociedad por la deformación padecida. Y es entonces cuando puede hablarse de daño moral subjetivo indemnizable.

Empero, si como lo reconoce el Tribunal, el daño moral sufrido por la señorita Uribe no afecta la parte social de su patrimonio, porque "las huellas cicatriciales discretas de quemaduras de primer grado" que los señores médicos legistas le encontraron en la mejilla izquierda, según lo describe el primer reconocimiento, y "las cicatrices hipertróficas de la pierna izquierda consecutivas a las quemaduras que sufrió, y que constituyen una deformidad física que se modificará favorablemente", a que se refiere el segundo reconocimiento, no la perjudican socialmente, dada la escasa apariencia que por su naturaleza discreta y leve ofrecen las primeras, y la inapreciabilidad que por razón del lugar existe en las segundas, la conclusión que entonces se impone, en sentir de la Corte, es la de inexistencia del daño moral subjetivo, con las consecuencias procesales de rigor en favor de la entidad demandada.

Da consiguiente, la sentencia apelada debe ser revocada por la Corte en lo atinente al daño moral subjetivo, a efecto de absolver también por este aspecto a la parte demandada.

CAPITULO IV

Resolución.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *resuelve*:

1º Revócanse los numerales primero y segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en este negocio con fecha 13 de diciembre de 1941. En su lugar se absuelve a la parte demandada por razón de perjuicios morales inobjetivos causados a la demandante;

2º Confirmase el numeral tercero de la misma parte resolutive.

Queda en estos términos *reformada* la sentencia del Tribunal.

No hay costas en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

Aníbal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Notificaciones a los Administradores de los Ferrocarriles Nacionales.

En concepto de la Corte, y en el caso de autos, mientras el Tribunal y la parte actora no recibieron legalmente noticia de que la notificación personal ordenada se había llevado a cabo, existía en el proceso una situación de hecho y de derecho determinante de la suspensión del término probatorio, pues si bien es cierto que según el artículo 366 del Código Judicial el término de pruebas comienza a correr desde el día siguiente al de la notificación del auto que lo concede, no es menos cierto que, de acuerdo con los artículos 387 y 327 del mismo Código, por regla general, ninguna resolución produce efecto antes de haberse notificado legalmente a los interesados, y que las notificaciones tienen por objeto poner en conocimiento de éstos las providencias judiciales, precisamente, para que ellos las conozcan y puedan hacer uso de los recursos que contra ellos les correspondan. Y ya se sabe que, por tratarse del Administrador de los Ferrocarriles Nacionales, residente en Bogotá, la notificación, ordenada por el Tribunal de Manizales, del auto sobre apertura a pruebas, no quedaba legalmente hecha mientras no se hubiera efectuado en forma personal a dicho Administrador, lo que no podían conocer ni el Tribunal ni el actor sino cuando el Juez comisionado hubiera devuelto el exhorto debidamente diligenciado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, marzo ocho de mil novecientos cuarenta y res.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

El doctor Gilberto Alzate Avendaño presentó con fecha 22 de marzo de 1941 ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales demanda contra la Nación por perjuicios, obrando en nombre y como apoderado de Julio Enrique Jaramillo y otros, por causa de un accidente sucedido el 15 de septiembre de 1940 en la línea férrea conocida con el nombre de Ferrocarril Troncal de Occidente. Posteriormente, con fecha 25 de abril de 1941, y antes de abrirse la causa a pruebas, corrigió la demanda original en el sentido de dirigir la acción también contra

el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales (folios 14 y 21 del cuaderno número 1). Admitidas tanto la demanda principal como la corrección de ella, se ordenó dar traslado de ambas al señor Fiscal del Tribunal, en representación de la Nación, y al doctor Hernán Cuéllar Wallis en su calidad de Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales. En el mismo auto, que lleva fecha siete de mayo y que obra al folio 22 del cuaderno principal, se comisiona a un Juez Civil del Circuito de Bogotá para que haga la notificación personal al señor Administrador mencionado y lo intime a que se presente ante el Tribunal a estar a derecho en el juicio dentro del término de quince días.

Devuelto el expediente debidamente diligenciado al Tribunal de Manizales junto con la contestación de la demanda por el señor Administrador y el señor Fiscal, se dictó el auto de doce de julio de mil novecientos cuarenta y uno, folio 45, auto por medio del cual fueron aceptadas las contestaciones y se abrió el juicio a pruebas por el término común de diez días.

Para notificar personalmente al señor Administrador se comisionó nuevamente a un Juez Civil del Circuito de Bogotá. Con la notificación personal respectiva fue recibido el expediente el 22 de septiembre de 1941, por el Tribunal de la causa (folio 53 vuelto), y con fecha 30 de los mismos mes y año el doctor Gilberto Alzate Avendaño pidió la práctica de algunas pruebas que fueron decretadas por el Tribunal en auto de fecha ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y uno (cuaderno número 4, folio 44 vuelto).

Por apelación de este auto, interpuesta por el señor Fiscal y por el apoderado de los Ferrocarriles, ha llegado el juicio a esta Sala de Negocios Generales de la Corte, la que considera para decidir, lo siguiente:

Dicen los apelantes que el término para pedir pruebas comenzaba a correr desde el día siguiente de la notificación personal al señor Administrador, que lleva 4 de septiembre y que como el apoderado del demandante las pidió con fecha 30 son extemporáneas, y, por lo tanto, deben negarse.

La notificación a las partes, de los autos que se dictan en el juicio, se hace con el fin de que estén informadas de todo el curso del proceso.

y para que puedan defender sus derechos demostrando la justicia de sus peticiones.

En el caso que se contempla consta:

1º Que el señor Administrador del Consejo de los Ferrocarriles Nacionales no tenía su domicilio en Manizales, lugar del juicio, sino en Bogotá;

2º Que considerando a esa entidad como persona autónoma y con el privilegio que le concede el artículo 3º de la Ley 83 de 1935, el Tribunal de la causa ordenó que a su Administrador se le notificaran personalmente todas las providencias que se dictaran en el juicio de que se trata;

3º Que una de esas providencias fue la del auto del 12 de julio de 1941 por medio del cual el Tribunal dispuso que, por un término común de diez días, fuera abierto a pruebas el juicio, y que para hacer tal notificación fuera remitido el correspondiente exhorto a Bogotá al Juez comisionado, de quien se recibió debidamente diligenciado el 22 de septiembre.

En concepto de la Corte, mientras el Tribunal y la parte actora no recibieron legalmente noticia de que la notificación personal ordenada se había llevado a cabo, existía en el proceso una situación de hecho y de derecho determinante de la suspensión del término probatorio, pues si bien es cierto que, según el artículo 366 del Código Judicial el término de pruebas comienza a correr desde el día siguiente al de la notificación del auto que lo concede, no es menos cierto que, de acuerdo con los artículos 387 y 327 del mismo Código, por regla general, ninguna resolución produce efectos antes de haberse notificado legalmente a los interesados, y que las notificaciones tienen por objeto poner en conocimiento de éstos las providencias judiciales, precisamente, para que ellos las conozcan y puedan hacer uso de los recursos que contra ellas les correspondan. Y ya se sabe que, por tratarse del Administrador de los Ferrocarriles Nacionales, residente en Bogotá, la notificación ordenada por el Tribunal de Manizales, del auto sobre apertura a pruebas, no quedaba "legalmente" hecha mientras no se hubiere efectuado en forma *personal* a dicho Administrador, lo que no podían conocer ni el Tribunal ni el actor sino cuando el Juez comisionado hubiera devuelto el exhorto debidamente diligenciado.

El equilibrio procesal, la igualdad de posición de las partes en los juicios, requiere que nada en éstos sea sorpresivo ni susceptible de sembrar entre ellos o entre los Jueces la inseguridad o la incertidumbre. La lealtad, firmeza y economía que deben predominar en los procedimientos judiciales, para que el proceso se desarrolle dentro del preciso marco de las ritua-

lidades con que el legislador ha querido dotarlo para que todas las partes gocen de iguales beneficios y garantías, también así lo requieren.

En tratándose de una diligencia de notificación personal a un demandado que no reside en el lugar del juicio, diligencia que no es posible conocer con certeza cuándo la habrá de practicar el Juez comisionado, la suspensión de la actividad procesal del demandante o del Juez de la causa está justificada por la incertidumbre que ello crea en cuanto a la ejecutoria de la providencia que en tal forma se ordena notificar, pues como ya queda dicho con apoyo en los artículos 307 y 327 del Código Judicial, no se podía adelantar concepto en el sentido de que esa providencia hubiera de quedar en firme por consentirla la parte a quien se ordenó notificar, a los fines de que los demás litigantes o el Juez de la causa, sin incurrir en error o en posteriores dilaciones, puedan pedir y proveer al tenor de lo dispuesto en tal providencia.

Trataríase aquí en este caso, más que de la suspensión de los términos, de que no había comenzado aún el término prefijado en la providencia que lo señaló, por cuanto que ésta, por falta de la notificación personal ordenada, no había comenzado ni siquiera a producir efectos. (Artículo 327 citado).

Es verdad que por medio del auto del 16 de septiembre del mismo año de 1941 (cuaderno número 1, folio 48) el Tribunal de la causa reconoció, para representar en ésta, como apoderado del Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, al doctor Ernesto Arango Tavera, y que ese auto se notificó a la parte actora el 18 de septiembre; pero consta, igualmente, (folio 49) que con fecha 17 del mismo mes el apoderado del demandante se dirigió al Tribunal por medio del siguiente escrito:

"Para hacer uso debido de los términos judiciales, con el mayor acatamiento le ruego manifestar cuándo comenzó a correr y cuándo se vence el tiempo hábil para pedir pruebas en el juicio ordinario de Julio Enrique Jaramillo y otros contra la Nación y el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Mi solicitud se refiere concretamente a las fechas respectivas."

Previo informe del Secretario del Tribunal acerca de que aún no se había recibido el exhorto que se había librado a Bogotá para notificar personalmente al Administrador de los Ferrocarriles, el Tribunal dictó el siguiente auto de fecha 20 de septiembre, folio 49 vuelto:

"Dígame al peticionario, doctor Gilberto Alzate Avendaño, que como lo informa el señor Secretario de la Sala, el exhorto dirigido a Bogotá con el objeto de notificar el auto de fecha doce

de julio de este año al señor Administrador de los Ferrocarriles Nacionales, no ha sido devuelto, para expresar las fechas a que ese memorial se refiere.

“Librese oficio al señor Juez comisionado pidiéndole la devolución del exhorto a que se ha hecho mención.”

Este auto fue notificado el 24 de septiembre, sin reclamo. Aunque la Sala considera que son suficientes para apoyar la doctrina que deja sentada en el presente caso especial las razones que al principio de la presente providencia se han expuesto, ha estimado necesario complementirlas, para mayor abundamiento, con lo que se ha expresado en último lugar en relación con lo pedido por el apoderado del actor en su escrito del 17 de septiembre y lo resuelto por el Tribunal en su precitado auto del 20 del mismo mes en relación con tal escrito.

Revela esta nueva circunstancia que el apoderado del demandante si estuvo pendiente de que en tiempo oportuno se le dijera por el Tribunal cuándo podía hacer uso de los términos judiciales en presencia de la notificación personal ordenada al Administrador de los Ferrocarriles en Bogotá por medio de Juez comisio-

nado, y que el Tribunal resolvió en el auto del 20 de septiembre, que aún no se había devuelto por el comisionado el respectivo exhorto *para expresar las fechas a que hacia referencia el apoderado del actor*, quien en su mencionado escrito del 17 de ese mes pedía, precisamente, que se le dijera “cuándo empezó a correr y cuándo se vence el término hábil para pedir pruebas”.

Definida esa situación por el referido auto, no encuentra la Sala que pueda hacerse, razonablemente, ningún cargo de omisión culpable al mencionado apoderado por no haber pedido sus pruebas desde el día siguiente hábil al en que se notificó en Bogotá al Administrador de los Ferrocarriles Nacionales, hecho que no tenía él, forzosamente, por qué conocer en la ciudad de Manizales, donde se seguía el juicio.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, confirma la providencia apelada.

Notifíquese, cópiese, devuélvase y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Anibal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

EMBARGO. — CAUCION DE SANEAMIENTO

Cuando el ejecutado no presenta bienes suficientes para satisfacer lo que se le demanda, dando caución de saneamiento para garantizar que tales bienes le pertenecen y que son de valor suficiente para la cancelación de la deuda y las costas, es legal el embargo que se haga de bienes del mismo ejecutado mediante denuncia del acreedor. La suficiencia del valor de esos bienes la aprecia o califica el Juez ejecutor; pero esto no quiere decir que deba prescindirse de la caución de saneamiento, pues la ley la exige sin distinción alguna. Es esta la recta interpretación de los artículos 999 (numerales 4º y 6º) y 1016 del Código Judicial. Fuera de la caución de saneamiento tiene el ejecutado otro medio para impedir el embargo de bienes y hacer cesar el que se haya hecho: consignar una cantidad suficiente como caución para el pago de la deuda y las costas, como lo dispone el artículo 1018 del mismo Código. Lo dispuesto en el artículo 66 del Decreto número 1020 de 1936, no está en oposición con estas normas del Código Judicial.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, marzo nueve de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

Por medio de la Resolución de catorce de abril de mil novecientos cuarenta y dos, la Sindicatura de Impuestos de Herencias, Asignaciones y Donaciones de Bogotá, libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la Nación y contra el señor Roberto Pineda R., por la suma de dos mil doscientos sesenta y seis pesos con cuarenta y seis centavos (\$ 2.266.46), valor del 50% sobre el impuesto de asignaciones, y contra el señor Guillermo Obregón por la suma de ochenta y nueve pesos con veintiún centavos moneda corriente (\$ 89.21), valor del saldo de ese mismo 50%, sobre la sucesión de la señora María de Jesús Pineda v. de la Puente.

Notificada la providencia anterior al señor Roberto Pineda R., manifestó en el momento de dicha notificación, folio 14, cuaderno número 1, que no pagaba en el acto porque no tenía dinero y porque se le cobraba una suma que no de-

bía; que denunciaba para el pago los bienes afectos a él en la sucesión de la señora María de Jesús Pineda v. de la Puente; que nombraba como depositario y evaluador de dichos bienes al doctor Alejandro Ucrós, vecino de Bogotá, y que no daba fiador de saneamiento. Manifestó que solicitaba reforma del auto ejecutivo por las razones expuestas y con los fundamentos que presentaría el doctor Luis E. Galindo a quien confirió poder para que lo representara en el juicio.

Al notificársele el auto al señor Guillermo Obregón, folio 9, manifestó que no pagaba por no tener dinero, pero que pedía ocho días de plazo para hacerlo. Al folio 20 aparece el recibo de la Administración de Hacienda Nacional por la suma dicha.

En memorial de 26 de junio de 1942, el apoderado del señor Roberto Pineda R., pidió la revocatoria de la Resolución de 14 de abril del mismo año por medio de la cual se libró orden de pago por la vía ejecutiva contra dicho señor Pineda R., por la suma de \$ 2.266.46; basaba dicha reclamación en que se habían hecho dos liquidaciones sobre el mismo asunto. Aceptadas esas razones por la Sindicatura, dictó el auto de fecha nueve de julio de mil novecientos cuarenta y dos, folio 17 vuelto, por el cual reformaba el anterior en el sentido de que la cantidad que debía pagar el señor Pineda R., era sólo de \$ 1.334.81, quedando el mandamiento ejecutivo vigente en todo lo demás.

En memorial que obra a los folios 21 y 22 del cuaderno número 1, el doctor Jorge Campillo Camargo, debidamente apoderado por el señor Guillermo Obregón, denunció unos bienes de propiedad del señor Roberto Pineda R., con el fin de que si la Sindicatura lo tenía a bien decretara su embargo y secuestro. Dicha denuncia la hizo basado en que los bienes que había denunciado el señor Pineda R., pertenecían a terceros.

Por Resolución de fecha 31 de julio de 1942, folio 22, cuaderno número 1, la Sindicatura de Impuesto de Herencias, Asignaciones y Donaciones, no aceptó los bienes denunciados por el señor Roberto Pineda R., porque dichos bienes por "estar en litigio no se pueden denunciar como propios". En cambio ordenó el embargo, depósito y avalúo de las fincas denunciadas en el memorial del señor Guillermo Obregón.

Presentado oportunamente por el señor Roberto Pineda R., el memorial en que pedía la reposición del auto y en subsidio la apelación, la Sindicatura no accedió a la primera y en cambio concedió la segunda y es en ese estado como ha llegado el negocio a esta Superioridad, la que después de agotado el trámite de rigor entra a decidirlo.

Para resolver se considera:

Cuando el ejecutado no presenta bienes suficientes para satisfacer lo que se le demanda, dando caución de saneamiento para garantizar que tales bienes le pertenecen y que son de valor suficiente para la cancelación de la deuda y las costas, es legal el embargo que se haga de bienes del mismo ejecutado mediante denuncia del acreedor. La suficiencia del valor de esos bienes la aprecia o califica el Juez ejecutor; pero esto no quiere decir que deba prescindirse de la caución de saneamiento, pues la ley la exige sin distinción alguna. Es esta la recta interpretación de los artículos 999 (numerales 4º y 6º) y 1016 del Código de Procedimiento Civil. Fuera de la caución de saneamiento, tiene el ejecutado otro medio para impedir el embargo de bienes y hacer cesar el que se haya hecho: consignar una cantidad suficiente como

caución para el pago de la deuda y las costas, como lo dispone el artículo 1018 del mismo Código. Lo dispuesto en el artículo 66 del Decreto número 1020 de 1936, no está en oposición con estas normas del Código Judicial.

El ejecutado al notificársele el auto ejecutivo ofreció como bienes para el pago los bienes inventariados en la sucesión de la señora Maria de Jesús Pineda v. de la Puente, pero manifestó que no daba fiador de saneamiento, porque, según alegó, esos bienes, conforme al avalúo que los peritos les habían dado en ese juicio de sucesión, valían "cuarenta veces más del impuesto que les corresponde".

Con tal motivo, el funcionario ejecutor podía y debía perseguir la efectividad de lo demandado, haciendo efectuar el embargo, secuestro y avalúo de bienes del ejecutado que sean suficientes para el pago de la deuda.

La providencia apelada es, pues, legal, y por ello, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, la confirma.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Anibal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.



Acción para el pago de una suma de pesos. — Alcances.

El alcance, según lo dijo la Corte en otra ocasión, que administrativamente es la cantidad que se deja a cargo del empleado al ser examinada por quien corresponda su cuenta de manejo de fondos por no hallarse debidamente comprobada su inversión, tiene un carácter provisional y está sujeto a rectificaciones a lo largo del juicio de cuentas, y solamente adquiere la calidad de definitivo como crédito exigible en favor de la correspondiente entidad de derecho público, cuando es deducido como tal en el auto en que culmina el procedimiento fiscal que da base al ejercicio de la jurisdicción coactiva. El alcance deducido con observancia y al final de los trámites administrativos pertinentes con carácter de definitivo es lo que propiamente viene a constituir en el campo del derecho civil el crédito de la entidad pública contra el responsable de la cuenta. Antes de esto no hay en realidad obligación cierta y exigible, y mientras no termine el proceso administrativo de comprobación de abonos e inversiones para deducir un saldo final, no hay obligación jurídica configurada.

Para deducir un alcance líquido definitivo es necesaria la observancia de todas las reglas que se prescriben en las leyes y ordenanzas para poder formarse aquél. El alcance deducido en una visita que hace un empleado a otro de manejo, es sólo un alcance provisional, sujeto a las rectificaciones y explicaciones que el visitado pueda hacer en el juicio de procedimiento especial previsto para cada caso, en que una persona que maneja bienes o dineros públicos deba rendir sus cuentas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, marzo doce de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Rubén Uribe Arcila demandó al Departamento de Antioquia para que se le condene a pagarle la cantidad de \$ 2.418.82 moneda legal y los intereses legales desde que el De-

partamento cobró indebidamente esta suma hasta el día en que la devuelva.

El Fiscal del Tribunal contestó la demanda en nombre del Departamento. Vencido el término de prueba y corridos los traslados de rigor, con el fin de que las partes presentaran sus respectivas alegaciones escritas, el Tribunal le puso término a la primera instancia del respectivo juicio ordinario, con la sentencia de fecha 13 de junio de 1941, en que condena al Departamento a pagar la suma demandada, dentro del término de treinta días, más sus intereses desde el vencimiento de este plazo en adelante.

Demandante y demandado interpusieron contra este fallo el recurso de apelación. Y concedido vino el negocio a la Corte, donde ha sufrido la tramitación propia de la segunda instancia. Viene ahora para la Sala el momento de dictar sentencia, la que profiere en seguida, previas las siguientes consideraciones:

Los antecedentes del cobro.

Los hechos básicos de la acción están ampliamente acreditados, y son los siguientes:

1º El señor Antonio Betancourt E. desempeñó en la Administración Departamental de Antioquia el cargo de Cajero Pagador de la Carretera Troncal del Norte, primero por virtud de contrato hasta los primeros meses del año de 1927, y de esta época en adelante por nombramiento oficial hasta el mes de enero de 1931, en que hizo dejación del puesto.

2º En el mes de septiembre del año de 1932, el Visitador Fiscal del Departamento de Antioquia, señor Luis Martínez López, practicó la revisión de las cuentas del señor Betancourt, durante los días 17 a 19 del mismo mes, de la cual resultó que en el movimiento de caudales que manejó arrojaba un alcance de \$ 2.418.82, suma que se le ordenó reintegrar inmediatamente al Departamento. En el acta de visita se dejó constancia de que “en todo caso la verdadera responsabilidad se aclarará en el juicio de cuentas”.

3º El señor Betancourt había garantizado su manejo en el puesto de Cajero que desempeñó con la fianza personal y solidaria del señor Pedro T. Arango E., según documento privado que figura en autos. Noticiado el señor Arango del

alcance que se le dedujo a su fiado entregó al Visitador Martínez el cheque número 60761/7, por el valor del alcance, girado por él a cargo del Banco de Bogotá, Sucursal de Medellín, y a favor de la Dirección General de Carreteras del Departamento, para ser cobrado sesenta días después de su fecha, que es la del 24 de septiembre de 1932.

4º Ante las protestas del señor Betancourt de que sus cuentas estaban corrientes, y de que la revisión que había adelantado el Visitador Martínez López, adolecía de deficiencias, el Gobernador del Departamento ordenó una revisión más detenida y minuciosa la cual efectivamente fue practicada personalmente por el Visitador General del Departamento, señor Ramón Jaramillo, en los días comprendidos del 17 de octubre al 7 de noviembre del supradicho año. Tal revisión, practicada por empleado de mayor categoría que la del primero, después de un prolijo y detallado examen no sólo de las cuentas de Betancourt sino de las de la misma Dirección General de Caminos, para saber si la cantidad que se decía faltaba a Betancourt repercutía sobre las cuentas globales de dicha Dirección, dio esta conclusión, en un todo favorable al empleado de la cual se dejó constancia al terminar el acta respectiva:

“Visto lo que antecede, es preciso llegar a la conclusión de que el dinero que consignó Betancourt, por medio de su fiador, debe, mientras no le resulte cargo distinto, devolversele, toda vez que no ha faltado en la Caja de la Dirección y que, como él lo ha sostenido desde el principio, las sumas recibidas todas fueron pagadas y que en las cuentas de la Dirección debían existir los comprobantes, como en verdad los encontró el suscrito, y que si no hubieran existido era de suponer el alcance al señor Director.”

5º Visto el resultado favorable de la segunda revisión de las cuentas de Betancourt, que infirmó el desfaldo que contra él se había deducido por el Visitador Martínez López, el fiador señor Arango, contraordenó inmediatamente el cheque, antes de haber transcurrido los sesenta días que se estipularon para su cobro.

6º No obstante que la revisión practicada por el Visitador Jaramillo en las cuentas de Betancourt, desvanecía el cargo de desfaldo contra éste, pasados unos meses, la Dirección General de Caminos cobró el cheque el cual le fue pagado por el Banco, merced a la equivocación de su empleado señor Rubén Uribe Arcila, encargado de visar y aceptar los cheques, quien no tuvo en cuenta que el cheque estaba contraordenado por el girador señor Arango.

7º Habiendo sido contraordenado el cheque antes de su presentación para el pago, el pago

que de él hizo el Banco no afectó la cuenta corriente del girador señor Arango, la cual se conservó intacta, sino particularmente los intereses del señor Uribe Arcila, empleado del Banco, sobre quien éste hizo recaer toda la responsabilidad de haber visado y aceptado un cheque cuyo pago estaba contraordenado, por lo cual tuvo él que reintegrarle al Banco el valor del cheque.

8º Según certifica la Oficina de Contraloría del Departamento de Antioquia, en el mes de octubre de 1940, es decir, muchos años, después de la revisión de las cuentas de Betancourt por los Visitadores Martínez López y Jaramillo hasta esa fecha no se había adelantado contra Betancourt ningún juicio de cuentas por razón de las funciones que éste desempeñó como Cajero Pagador de la Carretera Troncal del Norte ni se le había elevado alcance alguno después del examen de las cuentas que practicara el Visitador señor Jaramillo.

9º El Banco de Bogotá, Sucursal de Medellín, le cedió a su empleado señor Uribe Arcila las acciones que el primero tiene contra el Departamento de Antioquia para obtener la restitución de lo indebidamente pagado.

Aplicación del derecho.

Como se dijo al principio los hechos anteriores, que son los básicos de la acción, no dejan ninguna duda, comoquiera que constan todos en documentos públicos. Esto produjo en el ánimo del señor Fiscal del Tribunal la idea de que al demandante le asiste el derecho ejercitado en la demanda, por lo cual al contestar ésta dijo lo siguiente:

“En cuanto al derecho le he manifestado que, de no aparecer en el término del juicio la existencia de otros hechos que desvirtúen la razón de los aducidos por el actor, a éste le asisten el derecho, la justicia, la moral y la ley para la acción que ha instaurado.

“No sobra advertir al señor Magistrado que la respuesta a esta demanda en los términos en que la dejo concebida, es fruto de un estudio maduro del problema que se debate, que para no aparecer desleal con los intereses del Departamento, hube de remitirle por conducto del abogado de esa entidad, el expediente para que fuera estudiado y puesto en manos de un abogado apoderado, en el caso de que considerara el Departamento que era el caso de entrar a debatir la tesis del actor; que sólo después de la nota remitida a esa entidad con fecha 31 de enero del año en curso, cuya copia agregó, me fue devuelto ese expediente sin más orden ni instrucción, ni concepto siquiera.”

En los términos de prueba el Departamento no adujo ningún elemento que modificara la si-

tuación que existía cuando el señor Fiscal contestó la demanda, por cuyo motivo dicho funcionario, al corrersele el traslado para alegar, reiteró su primer concepto, en el sentido de que debía accederse a la solicitud del demandante. En atención a esta opinión del representante en el juicio del Departamento, el señor Gobernador presentó al Tribunal un memorial suscrito por él en el cual se opone a que prospere la demanda alegando como fundamento principal el siguiente:

“Tenemos, pues, que si bien es cierto que por efectos de la visita practicada por el señor Martínez López, como Visitador Departamental, no podía decirse que existiera un alcance definitivo contra el responsable señor Betancourt, tampoco es cierto que en virtud de la visita practicada por el Visitador Jaramillo hubiera desaparecido ese alcance. Los interesados debieron hacer las diligencias para que el juicio de cuentas siguiera su curso de acuerdo con las disposiciones sobre la materia. Una vez agotada esa actuación administrativa, es decir, después de proferida la sentencia por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, si realmente no aparecía ningún alcance en contra de Betancourt, entonces sí tenían derecho con base en esa sentencia del Tribunal de lo Contencioso, para solicitar del Departamento la devolución de lo que se hubiese pagado. Mientras tanto no. Por eso dije antes que esta cuestión se ha llevado prematuramente al conocimiento de la justicia ordinaria. Si la visita de Martínez López no debe tenerse como definitiva para cobrar el alcance, tampoco la del Visitador Jaramillo puede tener ese carácter para solicitar la devolución de ese dinero.”

La Corte para resolver, considera:

Le asistió toda la razón al señor Fiscal del Tribunal cuando se abstuvo de defender al Departamento, en presencia de los hechos invocados y probados desde un principio por el actor, de los cuales se deduce a su favor un derecho indiscutible a repetir lo pagado en razón de una deuda que no alcanzó a tener vida jurídica ni a vincular al empleado a cuyo cargo se declaró.

“El *alcance* —dijo la Corte en sentencia de casación de fecha 23 de noviembre de 1939— que administrativamente es la cantidad que se deja a cargo del empleado al ser examinada por quien corresponda su cuenta de manejo de fondos por no hallarse debidamente comprobada su inversión, tiene un carácter provisional y está sujeto a rectificaciones a lo largo del juicio de cuentas, y solamente adquiere la calidad de definitivo como crédito exigible en favor de la correspondiente entidad de derecho público,

cuando es deducido como tal en el auto con que culmina el procedimiento fiscal, que da base al ejercicio de la jurisdicción coactiva. El alcance deducido con observancia y al final de los trámites administrativos pertinentes con carácter de definitivo es lo que propiamente viene a constituir en el campo del derecho civil el crédito de la entidad pública contra el responsable de la cuenta. Antes de esto no hay en realidad obligación cierta y exigible, y mientras no termine el proceso administrativo de comprobación de abonos e inversiones para deducir un saldo final, no hay obligación jurídicamente configurada. Sobre advertir que estos procedimientos de contabilidad oficial destinados a realizar el control de las inversiones públicas son de privativa competencia administrativa y extraños completamente a la naturaleza y funcionamiento de la jurisdicción ordinaria del Órgano Judicial. “Para deducir un alcance líquido definitivo, es necesaria la observancia de todas las reglas que se prescriben en las leyes y ordenanzas para poder formarse aquél. El alcance deducido en una visita que hace un empleado a otro de manejo, es sólo un alcance provisional, sujeto a las rectificaciones y explicaciones que el visitado pueda hacer en el juicio de procedimiento especial previsto para cada caso, en que una persona que maneja bienes o dineros públicos deba rendir sus cuentas.”

De consiguiente, según la anterior doctrina, si el alcance deducido por el visitador Martínez López contra el Cajero Betancourt, carecía del carácter de obligación cierta y exigible, por ser apenas un cargo provisional contra el empleado, desaparecido este cargo con el nuevo examen de las cuentas que realizó un segundo Visitador, ya no queda subsistente ni la sombra de una relación jurídica que pudiera vincular al empleado con el Departamento. Y no existiendo relación jurídica que obligara a Betancourt a mantener en poder del Departamento la suma de dinero que a esta entidad pagó el fiador Arango, porque ni siquiera subsistía a cargo de Betancourt un alcance con carácter de provisional, el Departamento careció de título para exigir que lo pagado continuara en su poder. Se configuró así la acción por pago de lo no debido a favor del Banco que pagó el cheque; mas como éste le cedió sus acciones a su empleado Rubén Uribe Arcila, que fue quien en realidad vino a sufrir las consecuencias patrimoniales del erróneo pago, en el citado demandante está hoy radicado el derecho para exigir del Departamento la devolución de una suma de dinero que desde que la percibió está sin causa justificativa en su poder.

En la ley da asidero a la acción de Uribe Arcila, el artículo 2313 del Código Civil, según el

cual el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado.

Estas acciones por pago de lo no debido se fundan en el principio de que nadie puede enriquecerse ilegítimamente a costa de otro. En el caso de autos, la justicia y el derecho desautorizan al Departamento para retener una suma de dinero que hasta hoy no le debe su ex-empleado Betancourt, ni el fiador de éste Arango, suma que desembolsó el actor, quien sería la persona sobre la cual recaería el gravamen y que sufriría así una disminución patrimonial patente y manifiesta.

La razón que asiste al demandante es tan manifiesta que la Sala de Casación Civil, cuando conoció de una sentencia del Tribunal de Medellín, dictada en el juicio que el mismo demandante Uribe Arcila le siguió a Pedro Teodoro Arango, en su carácter de fiador de Betancourt, por la misma causa del cobro del cheque que el primero giró a favor de la Dirección de Caminos de Antioquia, juicio en que fue vencido Uribe Arcila por haber encaminado la acción contra persona distinta de la obligada a responder, sugirió en la respectiva sentencia de casación ya citada y de donde se tomó la transcripción que se dejó hecha anteriormente, la existencia del derecho de Uribe Arcila a dirigir la acción de cobro contra el Departamento.

“No da noticia el proceso —dice la sentencia de casación— de si el Banco de Bogotá reconoció en favor de su cliente Pedro T. Arango el valor del cheque pagado por circunstancia de haber sido contraordenado; pero parece deducirse que así sucedió. Este hecho no altera, sin embargo las conclusiones a que hasta aquí se ha llegado, y apenas serviría para dar base a la consideración de que el Departamento de Antioquia se enriqueció indebidamente a costa del Banco por haber cobrado el cheque para cubrirse con su valor de un alcance imputado a uno de

sus empleados de manejo, que por no ser todavía definitivo no tenía la calidad de un crédito jurídicamente conformado y exigible por Antioquia por no haberse agotado en relación con él el procedimiento administrativo correspondiente.

El Tribunal en la sentencia apelada mandó pagar intereses después de vencido el plazo que le concede al Departamento para pagar. Pero en concepto de la Sala los intereses se deben desde que el Departamento cobró indebidamente el valor del cheque, pues desde ese mismo momento incurrió en mora de restituirlo. La naturaleza de la deuda exigía su cancelación inmediata (ordinal 2º del artículo 1608 del Código Civil).

En este sentido el fallo apelado debe reformarse.

Fallo.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

Condenar al Departamento de Antioquia a pagar al señor Rubén Uribe Arcila, dentro del término de cinco días, a partir del recibo del expediente en el Tribunal de Medellín, la suma de dos mil cuatrocientos diez y ocho pesos con ochenta y dos centavos (\$ 2.418.82) más los intereses legales de esta cantidad al 6% anual desde el día cuatro (4) de junio del año de mil novecientos treinta y cuatro (1934), hasta el día en que verifique el pago.

En los presentes términos, se *reforma* la sentencia materia del presente recurso de apelación.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

Anibal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Competencia de los Tribunales Administrativos para conocer de demandas referentes a reparación de daños y perjuicios causados por órdenes o providencias de esas autoridades. — Nulidad.

1. Es doctrina constante de la Corte la de que las demandas sobre reparación de daños y perjuicios causados por órdenes o providencias de autoridades administrativas correspondía, y corresponde hoy fallarlas, a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de la Ley 38 de 1918 y 261 y 262 del nuevo Código Contencioso Administrativo que entró en vigencia el 1º de abril de 1942.

2. El "punto" a que se refiere el numeral 2º del artículo 449 del Código Judicial, es el de que trata el numeral 1º, a saber: "Si la jurisdicción es prorrogable y las partes han intervenido en el juicio sin hacer reclamación oportuna". Las disposiciones sobre jurisdicción y competencia de los Jueces y Tribunales por razón de la naturaleza del asunto y de la calidad de las partes, son de orden público como ya lo ha reconocido esta Sala en anteriores casos, fundada en las disposiciones de carácter especial de los artículos 150 y 151 del Código de Procedimiento Civil (Gaceta Judicial número 1980, página 743), y su falta de observancia da lugar a nulidad insubsanable por la ratificación de las partes, por lo cual, cuando este caso ocurre, se hace innecesario llevar al conocimiento de aquéllas la existencia de tal causal de nulidad, debiéndose entonces decretar ésta de plano. Aunque el numeral 3º del mismo artículo 449 del Código Judicial dice que no puede alegarse nulidad por incompetencia de jurisdicción "si la jurisdicción es improrrogable y se ratifica expresamente lo actuado", considera la Sala que este caso no puede comprender el de prórroga de jurisdicción cuando la competencia se refiere a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes, porque en tal caso, para que deje de ser improrrogable se necesita disposición expresa. (Artículo 151 del Código Judicial).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, marzo diez y siete de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, con fecha 19 de julio de 1934, el doctor Manuel V. Rojas C., presentó demanda contra la Nación, representada por el señor Agente del Ministerio Público, para que previos los trámites de un juicio ordinario, se declarara que la Nación era responsable de los daños y perjuicios ocasionados por la ocupación de las obras de los Ferrocarriles del Pacífico y Nacederos de Armenia de un lote de propiedad de sus mandantes señores Benjamín Gómez y María Elena Restrepo. (Folio 21 del cuaderno número 1).

Tramitado el juicio correspondiente y como durante el curso de él los esposos Benjamín Gómez y María Elena Restrepo hicieron venta de los derechos litigiosos al señor Gregorio Tobón y éste a su vez de la mitad de aquéllos al doctor Milciades Cala, y como tanto el señor Tobón como el doctor Cala pidieron que se reconociera la subrogación, el Tribunal, por medio de fallo del veintiocho de octubre de mil novecientos treinta y siete puso fin al litigio en primera instancia en el sentido de absolver a la Nación de los cargos que le fueron formulados en la demanda, y en el sentido de declarar subrogado al señor Gregorio Tobón en los derechos litigiosos del presente juicio y al doctor Milciades Cala en la mitad de tales derechos en virtud de la cesión que le hizo el señor Tobón. (Folio 44 del cuaderno principal).

Notificada la sentencia al doctor Milciades Cala manifestó en el momento de ella que apelaba para ante la Corte Suprema de Justicia, apelación que le fue concedida por auto de treinta de noviembre de mil novecientos treinta y siete. (Folio 47, cuaderno número 1).

Es en ese estado como ha llegado el negocio a esta Superioridad, la que después de agotado

el trámite de rigor entra a considerar la incompetencia de jurisdicción propuesta por el señor Procurador Delegado en lo Civil en el curso de dicha tramitación.

Se considera:

De acuerdo con constante doctrina de esta Sala (véase *Gaceta Judicial* número 1989, páginas 257 a 261), las demandas sobre reparación de daños y perjuicios causados por órdenes o providencias de autoridades administrativas correspondía fallarlas, y corresponde hoy, a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de la Ley 38 de 1918 y 261 y 262 del nuevo Código Contencioso Administrativo que entró en vigencia el 1º de abril del presente año de 1942.

En el caso de autos pide el actor que se declare que la Nación es responsable de los daños y perjuicios ocasionados por actos de ocupación de los Ferrocarriles del Pacífico y Nacidos de Armenia, entidades administrativas que colocan, por lo tanto, la presente acción bajo la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Se alega que habiendo opuesto en este juicio el Fiscal del Tribunal de Pereira la excepción de incompetencia de jurisdicción, y que habiendo el Tribunal declarado "improcedente" tal excepción por auto ejecutoriado, es el caso del numeral 2º del artículo 449 del Código Judicial, que dice que: "No puede alegarse nulidad por incompetencia de jurisdicción en los casos siguientes: . . . 2º Si habiendo hecho reclamación sobre este punto, se ha declarado improcedente y se ha ejecutoriado tal declaración".

Se observa:

El "punto" a que se refiere el numeral 2º del artículo 449 del Código Judicial, es el de que trata el numeral 1º, a saber: "Si la jurisdicción es prorrogable y las partes han intervenido en el juicio sin hacer reclamación oportuna".

Las disposiciones sobre jurisdicción y competencia de los Jueces y Tribunales por razón de la naturaleza del asunto y de la calidad de las partes, son de orden público como ya lo ha reconocido esta Sala en anteriores casos fundada en las disposiciones de carácter especial de los artículos 150 y 151 del Código de Procedimiento Civil (véase *Gaceta Judicial* número 1980, página 743, marzo de 1942), y su falta de

observancia da lugar a nulidad insubsanable por la ratificación de las partes, por lo cual, cuando este caso ocurre, se hace innecesario llevar al conocimiento de aquéllas la existencia de tal causal de nulidad, debiéndose entonces decretar ésta de plano:

Cierto que el numeral 3º del mismo artículo 449 del Código Judicial, dice que no puede alegarse nulidad por incompetencia de jurisdicción "si la jurisdicción es improrrogable, y se ratifica expresamente lo actuado", pero considera la Sala que este caso no puede comprender el de prórroga de jurisdicción cuando la competencia se refiere a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes, porque en tal caso, para que deje de ser improrrogable se necesita disposición expresa. (Código Judicial, artículo 151).

A todo lo expuesto, debe agregarse, por lo que consta de autos, que el Tribunal de Pereira no decidió nada sobre el fondo de la cuestión de la incompetencia, que estaba planteada por el Fiscal desde cuando dio contestación a la demanda (cuaderno número 1, folio 28). Apenas se limitó el Tribunal a declarar que un nuevo incidente de excepciones propuesto por el Fiscal en su escrito de 31 de octubre, sobre "declinatoria de jurisdicción" no era "admisible" por cuanto ya había propuesto anteriormente el mismo Fiscal otro incidente, el de excepción "de ilegitimidad de la personería del demandante", excepción que el Tribunal había declarado no probada por medio de auto de 17 de octubre de 1934.

Siendo el que queda analizado el caso de que aquí se trata porque no corresponde a la Corte sino a la justicia de lo contencioso administrativo el conocimiento de la presente acción y porque el asentimiento de las partes no puede sanear el vicio de que adolece el proceso, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, declara la nulidad de todo lo actuado en el presente juicio, pues ni ella ni el Tribunal Superior de Pereira pueden conocer de la presente controversia.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Anibal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Recurso de hecho. — Negocios de que conoce la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema.

No de toda providencia de carácter civil que dicten los Tribunales de Distrito Judicial en Sala de Decisión puede conocer la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia. Para que esto pueda tener lugar, es preciso que se trate de una providencia dictada por esas corporaciones como Tribunales de primera instancia, en asuntos contenciosos en que sea parte la Nación o un Departamento, salvo, por supuesto, disposición expresa de ley en sentido contrario. En negocios entre particulares que se ventilen ante dichos Tribunales, no puede intervenir la Sala de Negocios Generales de la Corte. (Artículos 37 y 76, Código Judicial). En asuntos sobre decisión de incidentes sobre competencia, rige el artículo 38 del Código Judicial. La enumeración que hace ese artículo es taxativa y por consiguiente no puede extenderse a casos distintos, los cuales quedan reservados a la competencia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, quienes los deciden en una sola instancia según lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 82 *ibidem*.

La Corte Suprema no puede conocer de las apelaciones que se surtan en los incidentes de competencia entre los Jueces de Tierras y los Alcaldes de Distrito.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, marzo veintitrés de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

Con motivo de un incidente de competencia suscitado entre el Juez de Tierras de Barranquilla y el Alcalde del mismo Municipio para que se decidiera quién de los dos era el competente para conocer de una acción sobre lanzamiento promovida contra Adolfo Gastelbondo y Pedro Quintanía por Hijos de Alberto R. Osorio, Sucesores, asunto en que se discute si la finca de que se trata es un predio rural o una finca urbana, intervino el Tribunal Superior del Distrito Judi-

cial de Barranquilla a petición de los señores Nicolás y Gustavo Rosanía.

El mencionado Tribunal, con un voto disidente, en providencia de fecha veintidós de agosto de mil novecientos cuarenta y dos (folio 7) decidió negativamente la solicitud hecha por los señores Rosanía, alegando que ya estaba la actuación concluida con la providencia por medio de la cual el Alcalde decretó el lanzamiento de los demandados, y como les hubiera sido negada a los señores Rosanía la apelación que interpusieron contra aquella decisión del Tribunal de Barranquilla, se han presentado en recurso de hecho ante esta Superioridad, por medio de escrito de fecha febrero 10 de 1943 (folio 18), en el cual piden que sea admitida la apelación denegada, por considerar que tienen derecho a ella.

Para resolver, se considera:

1º No de toda providencia de carácter civil que dicten los Tribunales de Distrito Judicial en Sala de Decisión puede conocer la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

Para que esto pueda tener lugar, es preciso que se trate de una providencia dictada por esas corporaciones como Tribunales de primera instancia, en asuntos contenciosos en que sea parte la Nación o un Departamento, salvo, por supuesto, disposición expresa de ley en sentido contrario. En negocios entre particulares que se ventilen ante dichos Tribunales, no puede intervenir la Sala de Negocios Generales de la Corte. (Código Judicial, artículos 37 y 76).

2º En lo tocante a la decisión de incidentes sobre competencia, la disposición del artículo 38 del Código Judicial, enumera del siguiente modo los casos y asuntos civiles en que pueden surgir esta clase de incidentes que ella debe resolver, a saber: aquellos que "se susciten entre los Tribunales de dos o más Distritos Judiciales; entre un Tribunal de Distrito Judicial y uno Seccional Administrativo; entre un Tribunal y un Juzgado de otro Distrito Judicial; entre dos Juzgados de distintos Distritos Judiciales".

Esta enumeración es taxativa, y, por consiguiente, la disposición de que se trata no puede extenderse a casos distintos, los cuales quedan reservados a la competencia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, quienes los deciden en una sola instancia al tenor de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 82 ibídem.

3º El artículo 427 del mismo Código no tiene aplicación al presente caso, pues aunque este artículo admite que entre los Jueces y los funcionarios que en ciertos casos están investidos de jurisdicción para conocer de algunos negocios judiciales, puede suscitarse competencia referente a estos asuntos, la que se decide por el respectivo superior del Juez que acepta o provoca la competencia (con lo que sugieren los recurrentes que para el caso debe considerarse como si el Juez de Tierras y el Alcalde de Barranquilla fueran dos Jueces para este fin) se tiene que ni aun así podría la Corte intervenir en este asunto, pues el artículo 38, como ya se vio, requiere que se trate de dos Juzgados de distintos Distritos Judiciales. El Juez de Tierras y el Alcalde de Barranquilla actúan en el mismo

Distrito Judicial, y como el respectivo superior de los Jueces de Tierras, lo es, por disposición expresa del artículo 25 de la Ley 200 de 1936, el Tribunal Superior del respectivo Distrito Judicial donde ejercen sus funciones esos Jueces, es al Tribunal a quien corresponde privativamente, de conformidad con ese artículo y con el 82 del mismo Código, dirimir las competencias referentes a los asuntos de que se trata.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, declara inadmisibile el recurso de hecho de que se trata por no estarle atribuido a ella el conocimiento en segunda instancia de las apelaciones que se surtan en los incidentes de competencia entre los Jueces de Tierras y los Alcaldes de Distrito.

En consecuencia, con copia de la presente providencia dese cuenta al Tribunal para que conste en los autos y luego archívese esta actuación.

Notifíquese y cópiese.

Anibal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Oposición a una propuesta sobre exploración y explotación de petróleo. — Remates verificados antes de 1873 y su registro posterior. — Interpretación de las palabras de la Constitución: “La propiedad es una función social”.

1. Verificado un remate bajo el imperio de la Ley 106 de 1873 o Código Fiscal de esa época, esa situación jurídica debe respetarse.

2. Del artículo 984 del Código Judicial de los Estados Unidos de Colombia, se concluye que las escrituras de protocolización de remates nacionales no se extendían para transmitir un dominio ya transmitido por el remate; sino que el agente o funcionario respectivo las otorgaba para mayor seguridad de los instrumentos transmisores de la propiedad.

3. Para la Corte no existe duda alguna de que el remate, una vez aprobado, constituía fuente perfecta de obligaciones, pero en tratándose de bienes raíces, su transmisión al dominio particular no se operaba sino por el registro, conforme al ordenamiento de nuestro Código Civil. La diligencia de un remate verificado antes del 28 de octubre de 1873 estaba sujeta al registro, según el artículo 2562, inciso 1º, del Código Civil, en relación con el 2637 ibídem. Pero, en el caso de autos, no habiendo sido la Nación tercero, sino parte en dicho remate, es indudable que éste surtió, desde el 8 de octubre de 1873, todos los efectos legales respecto del mismo Estado. Si el registro de esa diligencia se verificó solamente en el año de 1906, hay que considerar que los efectos de ese registro, en cuanto a la tradición del dominio de bienes raíces, se retrotraen a la fecha en que la convención se celebró.

4. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 160 de 1936, puede y debe admitirse que, a falta del título emanado del Estado, otros documentos públicos de origen oficial emanados de autoridades competentes acreditan su existencia.

5. La Sala estima, por el estudio que ha hecho de los antecedentes de la reforma constitucional de 1936, que comprende principalmente el examen del fin perseguido por los reformadores, en lo que mira a la propiedad privada y a su contenido jurídico y filosófico, que tal reforma no significa el desconocimiento o la negación de la propie-

dad particular, para tomar el Estado la que estuviese abandonada o inexplorada, sino que la reforma partiendo de la base como lo declara el propio artículo 26 de la Carta, 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”, declaró también que “la propiedad es una función social que implica obligaciones”, sin expresar cuáles sean éstas, dejando así al legislador la facultad de determinarlas, desde luégo para lo futuro, y también con el deber de garantizar esa propiedad privada adquirida con justo título. No es la propiedad una función social del Estado, porque tal cosa sería la negación de la propiedad privada, y eso no estuvo en la mente de los Constituyentes; ellos quisieron que la propiedad implicase para su dueño la obligación de hacer uso de ella en tal forma que no sólo no se perjudique a la comunidad sino que le sea útil. Si la existencia de tierras inexploradas perjudica a la sociedad, porque entraba su progreso, la ley, como lo hizo la 200 de 1936, irá consagrando normas que conduzcan a la explotación de la tierra o a su paso a otras manos que la hagan fructificar. Tal propósito parece perseguir la prescripción extintiva del dominio, consagrada en el artículo 6º de la Ley 200 de 1936. Al decir el artículo 26 del Estatuto que se garantiza la propiedad privada, es porque la reconoce como institución jurídica, porque la consagra constitucionalmente; y al agregar más adelante que es una función social que implica obligaciones, hay que entender, relacionando esos términos, no únicamente dentro del texto de la disposición, sino principalmente por su fin conocido, que la garantía de la propiedad privada se otorga y alcanza con el bien entendido de que ella tiene una función social que implica obligaciones, debiendo el dueño hacer uso de ella en forma de no perjudicar a la comunidad. El Estatuto

de 1936 no desconoció, por la definición que consagra de la propiedad, el dominio privado garantizado por el mismo Estatuto que con anterioridad a su vigencia se hubiese adquirido con justo título y con arreglo a las leyes civiles. Las extensiones territoriales que se encuentren en tal situación están protegidas por el artículo 26 de la Constitución, pero pueden ser limitadas en el goce y beneficio de sus dueños por las obligaciones que implica la función social de la propiedad para ellos. Entiende la Corte que automáticamente no se produjo el regreso al patrimonio nacional de las tierras incultas que estaban legítimamente en poder de particulares cuando se expidió la reforma constitucional de 1936.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, marzo veinticuatro de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán):

Perfeccionado el trámite del juicio breve y sumario a que en la Corte dio lugar la consideración de las oposiciones presentadas en el Ministerio del ramo a la propuesta de contrato del señor Carlos de Narváez para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional en un lote de terreno situado en los Municipios de La Victoria y La Dorada, Departamento de Caldas, es la oportunidad de proferir el fallo decisorio de la controversia.

PRIMERA PARTE

La propuesta de contrato.—Sus linderos.

Expresa el memorial que por medio de apoderado elevó al Ministerio el señor Carlos de Narváez, que en los Municipios de La Victoria y La Dorada, hay una porción de tierras baldías, con fundaciones y haciendas que pertenecen a colonos y que no han obtenido adjudicación del Estado, en su gran mayoría, y que solamente los fundos América, Pintoresco, Mulatos y La Libertad se han titulado por particulares con posterioridad al año de 1873; y que sobre tal zona hace a la Nación propuesta de contrato para explorar y explotar petróleo de su propiedad en una área de 36.014 hectáreas 5.000 metros, comprendida dentro de estos linderos: "Partiendo de la desembocadura de quebrada o río Doña Juana en el río Magdalena, punto arcifinio bien conocido, fácilmente identificable y que se halla marcado en el plano con la letra A, se sigue en recta con rumbo S 79° 22' W y longitud de 5.200 metros a dar a la desembocadura de la quebrada San Antonio en la quebrada Pontoná, aguas arri-

ba, hasta llegar a la unión de esta quebrada con la quebrada Jamaica, punto marcado en el plano con la letra C. La recta que une los puntos B y C tiene un rumbo S 82° 53' W y una longitud de 10.760 metros. Del punto C, se sigue en línea recta, con rumbo S 30° 38' W y longitud de 11.030 metros, a dar a la desembocadura de la quebrada Arenosa en la quebrada Doña Juana, punto marcado con la letra D; de aquí se sigue en línea recta con rumbo S. 10° 52' E y longitud de 9.840 metros, a dar a la unión de la quebrada Pome o Castañita con el río Purnio, punto marcado con la letra E; de aquí se sigue en línea recta con rumbo S 67° 57' E y longitud de 2.890 metros, a dar a la boca de una zanja que cae al río Guarín a unos 360 metros abajo de la boca de la quebrada Casanguilla y que se halla marcado en el plano con la letra F. De aquí se sigue por dicha zanja arriba hasta el punto marcado con la letra G; la recta que une los puntos F y O, tiene un rumbo N 70° 46' y una longitud de 800 metros. Del punto G se sigue en línea recta con rumbo S 66° 52' E, y longitud de 4.930 metros, a dar al punto marcado con la letra H; de aquí se sigue en línea recta con rumbo N 42° 30' W y longitud de 2.540 m. a dar a un punto marcado con la letra I y que está situado en el extremo SW del cerro Golilludo, de la Ermita o del Español (que por todos estos nombres se conoce). De aquí, se sigue en línea recta con rumbo N 33° 11' E y longitud de 1.170 metros a dar al pico más elevado situado en el extremo NE del mencionado cerro, punto marcado con la letra J. De aquí se sigue en línea recta, con rumbo N 80° 25' E y longitud de 7.810 metros, y pasando por la cima del cerro Berrocal, a dar a la orilla izquierda del río Magdalena, en el punto marcado con la letra K. De este punto, por la orilla izquierda del río Magdalena, aguas abajo, hasta llegar a la boca de la quebrada Doña Juana, punto de partida. La recta que une este último punto K con el punto inicial A tiene una longitud de 20.710 metros y un rumbo de N. 13° 59' E. Todos los puntos están dados con referencia al meridiano verdadero o astronómico."

Las oposiciones.

Alegando ser las tierras respectivas de dominio privado anterior a la reserva petrolífera en favor del Estado, se formularon varias oposiciones al Ministerio del ramo, de las cuales fueron remitidas a la Corte, para su estudio y fallo, las que en seguida se indican:

a) Oposición de la Richmond Petroleum Company sobre las tierras denominadas Arado y Conejo y de la misma Compañía, y de los señores Jorge Orozco Valencia, Félix Estrada, Pedro Luis Álvarez, Elvira Barriga de Calderón, Julio Barriga Páez, Eduardo Noguera S. y Eduardo An-

gel Montoya sobre los terrenos denominados *La Egipciaca*;

b) Oposición de los señores Luis Antonio Noriega y Juan Bautista Neira, y

c) Oposición de la sociedad denominada Guarinocito, S. A., y de los señores Rafael Luna Ponce, Horacio Luna P. e Isabel Luna de Ospina.

La resolución del Ministerio.

La providencia administrativa que recayó sobre las oposiciones dichas y sobre otras, concluye así:

"En virtud de lo anteriormente expuesto, el Ministerio de la Economía Nacional, *resuelve*: Primero. Admitense las oposiciones que han formulado, las siguientes personas a la propuesta de contrato hecha por el señor Carlos de Narváez: la Richmond Petroleum Company, Jorge Orozco Valencia, Félix Estrada, Pedro Luis Alvarez, Elvira Barriga de Calderón, Julio Barriga Páez, Eduardo Noguera S., Eduardo Angel Montoya, 'Guarinocito, S. A.', Rafael Luna Ponce, Isabel Luna de Ospina, Horacio Luna Pardo, Isabel Angel de Castaño, Luis Antonio Noriega y Juan Bautista Neira. En tal virtud, y en armonía con lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, pásese este expediente, con las mencionadas oposiciones, a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia para que por esta corporación se decida si son o no fundadas.—Segundo. No se admite la oposición referente al lote 'Guarinó Segundo o Rincón Playa de Vaca' por no hallarse comprendido dentro de los terrenos solicitados en concesión. Tampoco se admiten las oposiciones de Eduardo Sánchez, Mario Rodríguez, Luis Vásquez, Francisco Restrepo Vélez, Ricardo Saldaña, Luis F. Isaza, Isidro Eliécer Rubio, Daniel López, Adolfo Jaramillo, José Isabel Jaramillo, Ramón Acevedo, Pedro Martínez, Victor Ayala y Casimiro Molina por no alegarse en ellas la propiedad privada del petróleo."

SEGUNDA PARTE

Hace la Corte a continuación el estudio que impone el resolver sobre las oposiciones que deben ser objeto del presente fallo, teniendo en cuenta en cada una de ellas las razones esenciales aducidas por las partes.

Oposición de la Richmond sobre los terrenos de "Arado," y Conejo" o "El Japón".

Los terrenos así denominados están comprendidos, en parte, por el área que abarca la propuesta del señor De Narváez, como así lo explicó, con un plano ilustrativo la Compañía opositora, al momento de formular su oposición, hecho que sirvió de base al Ministerio para aceptarla.

Respecto a la validez jurídica de la titulación particular que se aduce, el Ministerio repitió las razones que había tenido para estimar, en oportunidad anterior, cuando consideró una propuesta del señor Jaime Gutiérrez, que aquellos títulos no acreditan dominio privado del petróleo. El señor Procurador Delegado en lo Civil presenta también, para negar el derecho a la oposición, los argumentos que entonces hizo valer con idéntico objeto, y al efecto expresa: "La titulación presentada por esta Compañía remonta al 29 de septiembre de 1873, fecha en que fue adjudicado en licitación pública al señor Luis Peña, 'un globo de tierra que consta de ocho estancias de extensión, llamadas *Arado* y *Conejo*, en Honda'...."

Obsérvase en primer lugar que en aquel acto de remate no se señalaron linderos de demarcación al globo de terreno rematado y sólo después, en el otorgamiento de la escritura de venta hecha por el Estado al rematador Luis Peña el 13 de febrero de 1874, se vino a demarcar por linderos el terreno de que se trata. Aquella adjudicación fue, pues, un acto imperfecto en cuanto a la enajenación del inmueble a que se refiere.

En segundo lugar, observa desde ahora la Procuraduría que habiendo seguido al remate de 29 de septiembre de 1873 el otorgamiento de la escritura de venta, hecha por el Estado al rematador Luis Peña el 13 de febrero de 1874, el verdadero título de dominio privado del terreno de que se trata en esa venta, y de consiguiente no puede afirmarse que dicho terreno salió legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, para los efectos del artículo 1º de la Ley 160 de 1936.

Por tratarse de los mismos terrenos y de los mismos títulos a los cuales se refirió el estudio de la Corte hecho en el negocio que se recuerda, y por no alegarse razones distintas a las que entonces se examinaron, reitera a continuación la Sala, en sus partes principales, las consideraciones que en la oportunidad referida le sirvieron de fundamento a su decisión. (*Gaceta Judicial*, tomo LI, página 368).

Afirma el opositor que el terreno denominado *Arado* y *Conejo*, hoy *El Japón*, no es baldío y pertenece a la Richmond Petroleum Company of Colombia con títulos anteriores a la reserva del subsuelo petrolífero para la Nación. Tal terreno, dice el apoderado, no volvió nunca al patrimonio del Estado después de haber salido de él en virtud del remate que se hizo el 29 de septiembre de 1873 a favor del doctor Nicolás Pereira Gamba.

Los hechos de la oposición los resume la Corte así:

1º El 29 de septiembre de 1873 se remató a favor de Luis Peña un globo de tierra que consta de ocho estancias de extensión llamadas *Arado* y *Conejo*, en Honda, que según la correspondiente diligencia de remate se halla comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el frente, hacia el Oriente, con el río Magdalena, por el costado derecho acia (sic) el Sur, con los terrenos llamados *La Egipciaca*, de los señores París; por el costado izquierdo hacia el Norte, con terrenos que se dice son baldíos y por el fondo con terrenos también baldíos". 2º El remate referido fue aprobado por el Secretario del Tesoro y Crédito Nacional el 8 de octubre de 1873. 3º Por instrumento número 789, de 13 de febrero de 1874, de la Notaría 3ª del Circuito de Bogotá, Luis Peña declaró que el remate de que se trata fue llevado a cabo por cuenta de Nicolás Pereira Gamba y que cede, endosa y traspasa a éste todos los derechos que como rematador pueda tener en el globo de tierra indicado. 4º Los terrenos de *El Japón* no han sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución ni por cualquiera otra causa legal, como se demuestra con la titulación presentada con la oposición, en la cual aparecen las traslaciones de dominio operadas desde Pereira Gamba hasta su adquisición parcial mediante escritura número 253, de 14 de febrero de 1939, de la Notaría 5ª de Bogotá, por la Richmond Petroleum Company of Colombia.

Pidió el opositor, fundado en lo expuesto, que se suspendiera la tramitación de la supradicha propuesta del señor Jaime Gutiérrez en lo que toca al terreno de *El Japón*, situado en jurisdicción del Municipio de La Dorada, deslindado así: "Por el frente, hacia el Oriente, con el río Magdalena; por el costado derecho hacia el Sur, con los terrenos denominados *La Egipciaca*, de los señores París, hoy de Eduardo Noguera S. y otros; por el costado izquierdo hacia el Norte, con los terrenos denominados *Chorrea Manteca*, de propiedad del Colegio de San Simón, de Ibagué, y por el fondo u Occidente, en parte con los mismos terrenos de *Chorrea Manteca* y en parte con terrenos que se dice ser baldíos", y que en la forma y vía legales se declare fundada la oposición de la Richmond en su calidad de copropietaria o comunera a los terrenos a que la misma oposición se refirió.

El señor Procurador y el señor Abogado del Ministerio consideraron que demostró como está que el remate de esos terrenos se efectuó el 29 de septiembre de 1873, que fue elevado a escritura pública el 13 de febrero de 1874 bajo el número 789 de la Notaría 3ª de Bogotá, y que por esa escritura se registró el 19 de septiembre de 1906, cabe preguntar si en tales condiciones el dicho terreno salió del patrimonio nacional con

anterioridad al 28 de octubre de 1873. Contestan que no, porque tratándose de la adquisición de un bien raíz, ella no se podía efectuar sino de acuerdo con el Código Civil de la Unión Colombiana adoptado por la Ley 84 de 1875 y sancionado el 26 de mayo del mismo año, y por consiguiente, el primer adquirente no se pudo considerar dueño de la cosa rematada en septiembre de 1873, hasta tanto no se hubiese llenado la formalidad dispensable del registro de la escritura que tenía que otorgar la Nación.

El señor Abogado del Ministerio afirma, además, que ni la diligencia de remate de un bien nacional, ni la aprobación que le impartiera el Poder Ejecutivo sacaba a aquél del patrimonio nacional. Tales diligencias no daban otro derecho que el de obtener que el Estado otorgara la correspondiente escritura de traspaso, y como ésta no fue extendida sino en febrero de 1874, sólo en esa fecha (y no en la del remate) el terreno dicho dejó de ser propiedad nacional para entrar al dominio privado.

La Sala considera:

Los dos argumentos, presentados en forma subsidiaria el segundo del primero, se excluyen recíprocamente: si sólo el registro tenía entidad jurídica suficiente para transferir el dominio, no la podía tener la escritura de febrero de 1874; pero si se considera como lo afirma en su segundo argumento el abogado del Ministerio que sí podía verificarse el tránsito por la simple escritura sin el registro, entonces el primer argumento pierde toda fuerza desde que el dominio de bienes raíces puede adquirirse por otro modo distinto a la tradición operada por la inscripción del título.

Aparece acreditado que el 29 de septiembre de 1873, ante la Junta General de Bienes Desamortizados, el señor Luis Peña adquirió de la Nación, por remate, el dominio del terreno denominado *Arado* y *Conejo*, situado entonces en la jurisdicción de Honda, por los linderos descritos en la diligencia respectiva. Nueve días después, o sea el 8 de octubre de 1873, el Poder Ejecutivo Nacional impartió su aprobación a dicho remate.

En la diligencia respectiva se dijo lo siguiente: "... Se declaró cerrada la licitación quedando adjudicado el globo de tierra referido al expresado Luis Peña, quien firma la presente diligencia con el señor Agente General y el infrascrito Secretario, quedando advertido que este remate no será perfecto hasta que obtenga la aprobación del Poder Ejecutivo Nacional...." El remate, como está dicho, se perfeccionó el 8 de octubre de 1873.

El dicho remate tuvo como fundamento las disposiciones del Código Fiscal (Ley 106 de 15

de junio de 1873), en el Título 13, referentes a los bienes raíces desamortizados, el cual, por razón del Decreto de 7 de julio de 1873 dictado por el Poder Ejecutivo Federal (*Diario Oficial* número 2901) en desarrollo de la autorización conferida por el artículo final del citado Código, entró a regir desde el 1º de septiembre de 1873.

El artículo 1032 de dicho Código dice: "Las adjudicaciones se harán en el mejor postor después de dados tres pregones en alta voz y de concluido el término señalado para la duración de cada remate; pero tales adjudicaciones no serán definitivas hasta que no obtengan la aprobación de la Secretaría del Tesoro, si los bienes a que se refieren fueren raíces". Igualmente el artículo 1037 dispone: "El Agente abrirá registros de actas o diligencias de remate que se extenderán por orden cronológico, expresándose en cada diligencia: . . . 6º Que el remate no será perfecto hasta que obtenga la aprobación de la Secretaría del Tesoro". Y el artículo 1041 establece: "La resolución del Poder Ejecutivo se pondrá al pie de la copia de la diligencia de remate; y se devolverá al Agente Principal respectivo, quien, si aquella resolución fuere aprobatoria, elevará el remate a escritura pública, pasando al Notario la copia devuelta por la Secretaría del Tesoro. . . ."

Estas disposiciones del Código Fiscal de 1873 son concretamente reguladoras de una situación jurídica especial y, a ellas debe atenerse la Corte para precisar el punto controvertido, o sea, si el dicho terreno salió del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

De ellas se desprende que una vez obtenida la aprobación del Poder Ejecutivo (Secretaría del Tesoro) la adjudicación en remate tenía el carácter de definitiva; lo cual implica que el remate de los terrenos de *Arado* y *Conejo* fue un remate definitivo y perfecto desde el 8 de octubre de 1873, fecha de la aprobación del Poder Ejecutivo.

El artículo 984 del Código Judicial de los Estados Unidos de Colombia, en vigor desde el 16 de mayo de 1873, dispuso:

"La copia de la diligencia de remate de una o más fincas o bienes comprados en almoneda, es suficiente título de propiedad a favor del comprador, quien además tiene expedida su acción para obligar al deudor ejecutado a que le trasmita las escrituras o los documentos, si los tuviere, y en cuya virtud poseía los bienes rematados; la copia será firmada por el Juez y por el Secretario. La copia de que trata este artículo se equiparará a una escritura pública; y, por consiguiente, no hay necesidad de otorgamiento de ésta para la transmisión de la propiedad. Cuando el remate haya sido de bienes inmue-

bles, bastará que ese título se registre en la oficina respectiva, si la ley exige esa formalidad en los instrumentos públicos sobre transmisión de esta clase de bienes."

De esta norma se concluye que las escrituras de protocolización de remates nacionales no se extendían para transmitir un dominio ya transmitido por el remate; sino que el agente o funcionario respectivo las otorgaba para mayor seguridad de los instrumentos transmisores de la propiedad.

La venta en remate pasa ante el funcionario y el rematador. Ella, como acto judicial o administrativo que es, sale de las reglas generales que establecen las solemnidades de la venta de bienes raíces. La solemnidad de este contrato consiste en otorgarlo por escritura pública, o sea, haciendo intervenir en él al Ministro de la fe pública que es el Notario; pero en tratándose de remates de bienes raíces el Juez, o en el presente caso, el Agente de Bienes Desamortizados, reemplaza al Notario. Desde que existe acuerdo entre el funcionario y el rematador en la cosa y en el precio, se extiende la respectiva diligencia de remate, se aprueba ésta y se registra, el contrato deviene perfecto. Hay analogía y más que analogía semejanza, entre el título resultante de un remate y el título constituido por una escritura pública, sea que se les mire desde el punto de vista de la solemnidad o se les considere como adelantos probatorios.

Dice el señor Abogado del Ministerio que el terreno objeto del remate no salió del patrimonio nacional sino en 1906, al verificarse el registro de la escritura pública a que se elevó el acta de remate.

Para la Corte no existe duda alguna de que el remate una vez aprobado constituía fuente perfecta de obligaciones, pero en tratándose de bienes raíces su transmisión al dominio particular no se operaba sino por el registro, conforme al ordenamiento de nuestro Estatuto civil. Para el caso es indiferente que el bien fuese adquirido a título de compraventa entre particulares o a igual título operado en pública subasta.

La tradición, enseña el Código Civil, es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad o intención de transferir el dominio y por otra la capacidad o intención de adquirirlo. Cuando se trata de bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en la Oficina de Registro. Estas normas estaban contenidas igualmente en el Código Civil de la Nación sancionado el 26 de mayo de 1873.

No aparece controvertido el hecho de que la escritura pública a que se elevó el acta de remate se registró el 19 de septiembre de 1906.

En estas circunstancias procede averiguar si por haberse efectuado el registro con posterioridad al 28 de octubre de 1873 pueden considerarse los terrenos de *Arado* y *Conejo*, hoy *Japón*, como salidos del patrimonio nacional con anterioridad a aquella fecha.

En cuanto a los efectos del registro en remates como el de *Arado* y *Conejo*, es de estricta aplicación el artículo 2674 del Código Civil de 1873, igual en número y texto al actual, que dice: "Ningún título sujeto al registro surte efecto legal respecto a *terceros*, sino desde la fecha de inscripción o registro." La diligencia de remate de los terrenos estaba sujeta al registro, según lo ordenado por el artículo 2562, inciso 1º, del Código Civil, en relación con el artículo 2637 *ibídem*. Pero no habiendo sido la Nación *tercero* sino *parte* en dicho remate, es indudable que éste surtió, desde el 8 de octubre de 1873, todos los efectos legales respecto del mismo Estado.

La tesis sostenida por el señor Procurador y el señor Abogado del Ministerio al afirmar que sólo hasta la fecha del registro se operó la transmisión del dominio, se aparta de ciertos principios de derecho civil relativos al mismo. La inscripción del título de compraventa de bienes raíces —y en el caso de autos era título de la misma el acta de remate conforme a la norma del Código Judicial de 1873 antes transcrita—, es acto que, siendo necesariamente posterior al contrato o al remate, tiene en cuanto a la tradición del dominio, efectos que se retrotraen a la fecha en que la convención se celebró. Está visto que el remate se celebró el 29 de septiembre de 1873 y que quedó perfeccionado por la aprobación de la Secretaría del Tesoro, impartida el 8 de octubre de 1873. Por manera que, aun habiéndose efectuado el registro en el año de 1906, sus efectos se retrotraen a la fecha del remate o convención. No podría ser de otra manera, si se tiene en cuenta que desde la mencionada fecha se creó para la Nación la obligación clara y precisa de transmitir el dominio pleno al adjudicatario. En igual forma se pronunció la Corte en casación del 24 de mayo de 1920, *Gaceta Judicial* número 1442, tomo XXVIII.

Agrega la Corte que no encuentra apoyo en los autos la afirmación del señor Procurador Delegado en lo Civil, de que "en el acto de remate no se señalaron linderos de demarcación al globo de terreno rematado y sólo después, en el otorgamiento de la escritura de venta hecha por el Estado al rematador Luis Peña el 13 de febrero de 1874, se vino a demarcar por linderos el terreno de que se trata". El acta de remate de fecha 29 de septiembre de 1873, transcrita en la escritura 789 de 13 de febrero de 1874, sí contiene linderos, y para que así se vea, se reproduce en seguida lo pertinente de ella: "En este

estado siendo las tres de la tarde, hora señalada para terminar el remate, y no habiendo presentado otra persona a mejorar esta propuesta, previos los tres pregones ordenados por la ley, verificados en alta e inteligible voz, se declaró cerrada la licitación quedando adjudicado el globo de tierra referido al expresado señor Luis Peña, quien firma la presente obligación (diligencia) con el señor Agente General y el infrascrito Secretario, quedando advertido de que este remate no será perfecto hasta que obtenga la aprobación del Poder Ejecutivo Nacional, y de que la finca que se le vende, se halla comprendida dentro de los siguientes linderos: Por el frente, hacia el Oriente, con el río Magdalena; por el costado derecho hacia el Sur, con los terrenos llamados *La Egipciaca*, de los señores París; por el costado izquierdo hacia el Norte, con terrenos que se dice son baldíos; y por el fondo con terrenos también baldíos.—El Agente General, *J. Herrera. Luis Peña*. El Secretario, *Lucio Gómez*."

Por lo expuesto, la Corte ha de declarar fundada la oposición.

Oposición de la Richmond y otros sobre los terrenos llamados "La Egipciaca".

Manifestó el apoderado de los opositores ante el Ministerio que dentro del lote de terreno a que se refiere la propuesta del señor Carlos de Narváez está el globo denominado *La Egipciaca*, que no es baldío y que pertenece a sus poderdantes, tanto en el suelo como en el subsuelo, con el petróleo y demás hidrocarburos que en ellos se encuentren o existan; que ese terreno nunca volvió al patrimonio del Estado después de haber salido de él en virtud del remate que con las formalidades legales se hizo a favor de Manuel Ortiz de la Torre en el mes de agosto de 1873 por la Junta Municipal de Temporalidades de Honda. La identificación de estos terrenos denominados *La Egipciaca* fue ilustrada por la oposición con los planos que al efecto acompañó a ella, números 1 y 2, agregados al cuaderno número 2 de documentos, y que fueron aceptados por el Ministerio y le sirvieron para hacer los estudios técnicos pertinentes al establecimiento de la ubicación de las tierras y el área relacionada en los títulos.

Para explicar el apoderado el origen de las tierras llamadas *La Egipciaca*, anota cómo la Real Cédula de Carlos III, de 27 de marzo de 1767, ordenó la confiscación de todos los bienes raíces y muebles pertenecientes a la Compañía de Jesús y que en cumplimiento de dicha Cédula todos los que pertenecían a los Jesuitas pasaron a la Corona Española; que hay que suponer que tales bienes habían perdido la calidad de baldíos y al volver al patrimonio de la Corona ad-

quirían el de bienes fiscales; y que entre dichos bienes se encontraba el terreno *La Egipciaca*, que, ocupado por la Junta de Temporalidades de Honda, fue rematado por la misma Junta en el año de 1783, saliendo en esa forma del patrimonio del Estado. Y explicando los hechos que dieron nacimiento a la propiedad privada en que se funda la oposición, expresó el apoderado: "1º (documento número 1). El documento de fecha 26 de agosto de 1784 de la Junta Municipal de Temporalidades de Honda refiere que dicha Junta envió a la Junta Provincial de Temporalidades de Santa Fe, la aprobación del remate de la hacienda de *La Egipciaca*, que se hizo en don Manuel Ortiz de la Torre, en cantidad de ocho mil pesos a censo redimible, y que dicha finca se mandó entregar por dicha Junta Provincial de Santa Fe en diciembre de 1784. Resulta de este documento la existencia del remate hecho por la Junta Municipal de Temporalidades de Honda a favor de Manuel Ortiz de la Torre, de la hacienda de *La Egipciaca*. 2º El globo de terreno denominado *La Egipciaca*, a que se refiere el hecho anterior, dejó de ser, si es que para esa época todavía lo era, tierra baldía desde el año de 1783, en que ocurrió el remate a favor de Manuel Ortiz de la Torre, y desde entonces salió del patrimonio del Estado según aparece de documentos que presento."

Uno de los documentos allegados por el opositor para establecer el área del título de *La Egipciaca*, es una escritura de abril de 1840, que más adelante se analiza, y respecto a la cual el Ministerio de la Economía Nacional dijo al admitir la oposición y enviar el expediente a la Corte: "La circunstancia de que en la escritura de 11 de abril de 1840 aparezca una alinderación de *La Egipciaca*, que según la Sección Técnica del Departamento, duplica en la realidad la extensión de la hacienda en relación con la determinada por los linderos dados en 1776 y 1833, y ello sin causa legítima conocida y sin intervención del Estado, da margen para considerar que una enorme cabida de esas tierras no salió legalmente del dominio de la Nación con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y que, por lo mismo, una gran parte actualmente indeterminada del petróleo en ellas contenido es de propiedad de la Nación".

Ya el asunto en la Corte, el señor Procurador Delegado en lo Civil dice, refiriéndose a la titulación que se estudia, que "según aparece de los informes de la Sección Técnica del Ministerio, lo que hoy se reclama bajo este nombre *La Egipciaca* como de propiedad privada de varios opositores, incluyendo el subsuelo, no corresponde en su extensión a lo que fue objeto de los títulos antiguos, pues en un título particular del año de 1840 se cambiaron sustancialmente los primiti-

vos linderos en forma que casi se duplicó la extensión de la antigua hacienda, y que mientras no se aclare este hecho de modo que pueda saberse con certeza qué porción determinada de dicha finca se halla comprendida en lo que fue objeto de los títulos que se exhiben como emanados de la Corona Española no podrán prosperar las oposiciones referentes a *La Egipciaca*."

Observa la Sala que la cuestión controvertida acerca del título de que se trata, radica en saber si lo que se posee con la calidad de dominio privado y con origen en el título primitivo, cabe realmente en el área abarcada por aquél, o si existe una parte de esas tierras de propiedad particular actualmente que no se hallan en el perímetro que corresponde al remate que sirve de origen al título.

Como antecedentes de la Resolución ministerial en el punto que se examina, puede leerse, en el informe del Abogado Auxiliar de la Sección Jurídica del Departamento de Petróleos, fechado el 28 de diciembre de 1939, lo que sigue:

"... En 1776, en los inventarios que se hicieron para efectuar la entrega de la hacienda al rematante José Ignacio Palacio se señala así a *La Egipciaca*; Se halla en el valle de Purnio, jurisdicción de esta Villa (Honda), compónese de arboleda de cacao, y un hato de ganado vacuno, cuyos linderos comienzan desde una zanja que coge desde la orilla del río Grande por la banda de arriba del monte del Salitre hasta dar con el cerro de Cocorná, y por la banda de abajo... (roto) de la quebrada de Purnio, y por la quebrada de arriba hasta dar con el cerro del Boquerón, cuyas tierras por la parte de arriba lindan con las tierras de *Playa de Vaca*, y por la parte de abajo con tierras de don Pedro Bravo, que registradas de punta a punta, se le reputan dos y media leguas poco más o menos...."

"Al evaluar las tierras de *La Egipciaca* en 1833, a efecto de constituir una hipoteca especial, para garantizar el manejo del señor Benito de Palacio en la Factoría de Ambalema, se expresa lo siguiente: 'Iten. Se dio vista de la tierra, que comprende desde la quebrada del Salitre, por la banda de arriba, y por la banda de abajo con el río de Purnio, por el frente con el río de la Magdalena; y por la banda de atrás, por toda la cuadrillera del río Purnio, la que se calculó (sic), y se habuó (sic) por lo menor por ser tierras de (roto) en cantidad de dos mil pesos (\$ 2.000). El documento a que nos estamos refiriendo obra en la oposición sobre *Guarinocito*.'

"Por escritura de 11 de abril de 1840 de la Notaría 3ª de Bogotá, registrada, Barrionuevo acepta, por apoderado, una obligación sobre *La*

Egipciaca para asegurar un principal de capellanía que estaba a cargo de la finca *Huerta de Jaime*. La operación se verificó previo permiso de la Curia Metropolitana de Santa Fe. En la escritura se expresa que se tuvieron a la vista los títulos de propiedad y los documentos de libertad de la finca. Se dan los siguientes linderos: 'De la boca de la quebrada de Las Burras, que desemboca en el río Magdalena en la punta del salto o chorro de pretel, río Magdalena, abajo hasta llegar a la quebrada o río de Doña Juana; aguas arriba por dicha quebrada hasta su nacimiento que sale y lo tiene en el cerro del Moro, camino de Sonsón; del cerro del Moro mirando al Sur a dar con la punta norte de la Mesa de Victoria que está también en el camino de Sonsón; de aquí derecho al nacimiento de la quebrada de Casanguilla; y de éste al de la quebrada de Las Burras, quebrada abajo hasta salir otra vez al río Magdalena.'

"La alinderación transcrita está en desacuerdo con las lindes que se dan en 1776 y 1833, pues por aquélla casi se duplica la extensión de las tierras, hecho éste en verdad extraño y del cual no hay explicación alguna en el expediente. El cambio consistió en lo siguiente, según el informe de la Sección Técnica del Departamento: los límites de 1840 se extienden hacia el Sur hasta la quebrada de Las Burras, e invadiendo los terrenos de *Playa de Vaca*... y abarcando hacia el Norte hasta la quebrada de Doña Juana, en vez de hasta de Purnio o Purno. Inaceptable resulta pues, esa desmesurada ampliación del área primitiva, sin causa justificativa."

Claramente plantea el estudio hecho en el Ministerio de la Economía un problema que se traduce en determinar si es lícita la ampliación de linderos y de área que resulta al poner en relación los del remate de 1776 con los que aparecen en la escritura de 1840.

Hay que observar, en primer término, que los autos demuestran haberse verificado dos remates de tierras por la Junta de Temporalidades de Honda, el uno en 1776, por José Ignacio Palacio, y el otro en 1783, por Manuel Ortiz de la Torre, ambas referentes a las tierras llamadas *La Egipciaca*. Respecto del primero, se conocen los linderos que aparecen en los inventarios de 1776; en relación con el segundo remate no se conocen linderos tomados de la diligencia respectiva y se aducen en su lugar los de la escritura de 11 de abril de 1840. Esta circunstancia, de haberse verificado dos remates sobre las mismas tierras, cada uno de los cuales puede ser origen legítimo de titulaciones posteriores, le merece a la Corte especial atención.

Se ha pretendido, desde los primeros exámenes que se hicieron de este punto en el Ministerio del ramo y después por el señor Procurador,

que el segundo de los remates, el verificado en 1783, debió necesariamente tener como base cierta y única el remate anterior llevado a cabo en 1776, y que como en este último si se hicieron figurar linderos, el remate de las tierras de *La Egipciaca* hecho en 1783 ha de referirse también necesariamente a las tierras que fueron alinderadas en el acto de enajenación realizado en 1776 ante la Junta Municipal de Temporalidades de Honda.

Para la Corte este razonamiento no está firmemente cimentado. Si se parte de la base de la existencia de los dos remates —y ello no es siquiera asunto controvertido— no hay por qué negar su eficacia intrínseca e independiente a cada uno de ellos en relación con el otro, y así toda la cuestión se reduce a dilucidar si el remate de 1783, existiendo como acto independiente del anterior, pudo trasladar del patrimonio de la Corona al del rematador las tierras de *La Egipciaca*, con el área que después vino a figurar en el título de 1840.

No hay prueba en el expediente de que la finca rematada en 1776 a favor de José Ignacio Palacio sea la misma que después remató Manuel Ortiz de la Torre en 1783. Los remates fueron dos; los linderos del de 1783 pudieron ser distintos de los del primer remate, porque ese era un nuevo acto de la Junta de Temporalidades, y si los ampliaba, en relación con los del primero, la ampliación era legítima. Si hubiera linderos conocidos del remate de 1783, que estuviesen en desacuerdo con los de la escritura de 1840, habría razón para considerar que los de la última son acomodaticios y que fueron adulterados los del remate a Ortiz de la Torre al extenderse la escritura del año de 1840. Pero como los linderos del remate de 1783 no se conocen, no hay oposición entre la escritura de 1840 y aquel remate, en lo concerniente a linderos.

Se ha dicho que para la Corte no es cuestión que aparezca dudosa la de haberse verificado el remate de 1783. Los opositores no han traído al expediente el documento que contenga la diligencia respectiva de enajenación, pero estima la Corte que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 160 de 1936 puede y debe admitirse, que a falta del título emanado del Estado, otros documentos públicos de origen oficial emanados de autoridades competentes acreditan su existencia. Se trata, en primer lugar, de la relación que el 26 de agosto de 1784 hace la Junta Municipal de Temporalidades de Honda de los asuntos que tenía pendientes, en que menciona la aprobación del remate de la hacienda de *La Egipciaca* que se hizo a don Manuel Ortiz de la Torre, en cantidad de \$ 8.000 a censo redimible, de que se dio cuenta a la Superior Junta de Santa Fe, y la relación que el

26 de mayo de 1785 pasó la Junta de Temporalidades de Honda a la Junta Provincial de Santa Fe, en la que, refiriéndose a los asuntos que había pendientes el 26 de agosto anterior, dice que "solamente hay que rebajar la aprobación del remate de la hacienda de *La Egipciaca* que se mandó entregar por dicho superior en diciembre de dicho año". En segundo lugar, aparece que José de Palacio, Oficial Real, Juez de los Puertos de la Villa de Honda, informa al Alcalde Ordinario el 25 de septiembre de 1793: "que la hacienda denominada *La Egipciaca* se halla a cargo del tutor y curador de los menores hijos de don Manuel Ortiz de la Torre, a quien le fue rematada y se halla aprobado dicho remate por la Superior Junta de Temporalidades" y "que desde el 88 por la menor edad de los hijos del enunciado Ortiz se halla dicha hacienda al cargo y cuidado del curador que se les nombró por la Real Justicia, sin que como es notorio se reconozca atraso ni dilapidación en sus bienes, pues a más de dicha hacienda tienen los menores la de Periquitos, como es constante y que con la puntualidad debida se satisfacen los réditos de la primera". Los documentos transcritos fueron presentados por el apoderado de los opositores, y forman los números 1 y 2 del cuaderno respectivo. Tales documentos, emanados de autoridad competente, demuestran, a juicio de la Corte y por aplicación del precepto de la Ley 160 de 1936, artículo 5º la existencia del título originario de remate y de la adjudicación correspondiente a Ortiz de la Torre en 1783. La Junta de Temporalidades de Honda da testimonio, en los años inmediatamente posteriores, de 1784, 1785 y 1793, de haberse rematado la finca y aprobado el remate por la entidad superior correspondiente y de hallarse *La Egipciaca* al cuidado del curador de los menores hijos del rematador.

Considerados aisladamente el remate de 1783 y la escritura de 1840, ninguno de esos actos puede producir efectos suficientes a demostrar la propiedad particular de *La Egipciaca*, anterior a 1873, porque la comprobación del remate sin el conocimiento al propio tiempo de los linderos a que él se refirió, no sirve para acreditar dominio sobre una extensión determinada de tierra, que no se sabe cuál es, a la luz del remate, por la ausencia de alindamiento; y la escritura de 1840, por la cual un sucesor del rematante de 1783, el señor José María Barrionuevo, constituye gravamen en esa hacienda para garantizar el pago de una capellanía, por versar sobre actos entre particulares en que no estuvo presente la Nación, tampoco sirve para deducir, de ella sola, que los linderos que contiene, referentes a *La Egipciaca*, son los que señalaron el bien rematado en 1783. Pero una concatenación de pruebas

y datos que figuran en el expediente, lleva una conclusión distinta.

El 27 de junio de 1801 y el 26 de marzo de 1802, el señor Luis Rieux adquiere, por escrituras pasadas en esas fechas ante el escribano público de la Villa de Honda, de los herederos de Manuel Ortiz de la Torre, la propiedad de la hacienda *La Egipciaca*, como así se deduce de los documentos marcados con los números 3 y 4, cuaderno número 1º, presentados por la Richmond Petroleum Company of Colombia. Las escrituras que en copia aparecen en tales documentos dan noticia de hallarse los originales correspondientes muy deteriorados por causa de la polilla, pero una atenta lectura de las partes que en ellos reproduce la copia auténtica, permite concluir que el señor Rieux figuró como adquirente, y en todo caso como compareciente en las escrituras mencionadas, de los años de 1801 y 1802.

El 17 de septiembre de 1825 el Coronel Luis Rieux vende a José María Barrionuevo la hacienda *La Egipciaca*, por instrumento pasado en la ciudad de Bogotá ante el escribano público. En ese instrumento expresó el otorgante: "que da en venta y enajenación perpetua desde ahora y para siempre al Sor. Tente. Coronel José María Barrionuevo, es a saber: la hacienda nombrada *La Egipciaca* en jurisdicción de Mariquita la que hubo por traspaso que de ella la hicieron los herederos de dn. Manuel Ortiz como consta en dos escrituras otorgadas en la Villa de San Bartolomé de Honda ante el Escribano Juan Npno. Franqui su fecha veinte y siete de junio de mil ochocientos uno y veinte y seis de marzo de ochocientos dos las que en testimonio autorizado por el Escribano de la misma Villa de Honda Juan Bautista Reyna, a veinticinco de abril del presente año, se me ha manifestado y le devuelvo a la parte de que doy fé". (Documento número 5 ibidem).

El 11 de abril de 1840 el señor Joaquín Paris, obrando como apoderado de José María Barrionuevo, constituye el gravamen sobre la hacienda *La Egipciaca*, ante el escribano público de Bogotá, y al hacerlo declara que "hipoteca especialmente la expresada hacienda *La Egipciaca*, ubicada en el feligresado de la Villa de Honda, la cual hubo su poderdante pr. venta que de ella le hizo el señor Coronel Luis Rieux por escritura otorgada ante el Escribano Eugenio de Lorga con fecha 17 de septiembre de 1825 por testimonio legalizado se me ha puesto de manifestó, de lo cual doy fé". Y en esa escritura se lee: "Advirtiéndose que los linderos de dicha hacienda de *La Egipciaca* son los siguientes: 'Le la boca de la quebrada de Las Burras que desemboca en el río Magdalena en la punta del salto o chorro de pretel, río Magdalena abajo hasta llegar a la

quebrada o río de Doña Juana; aguas arriba por dicha quebrada hasta su nacimiento que sale y lo tiene en el cerro del Moro camino de Sonsón; del cerro del Moro mirando al Sur a dar con la punta norte de La Mesa de Victoria que está también en el camino de Sonsón; de aquí derecho al nacimiento de la quebrada de Las Burras, quebrada abajo hasta salir otra vez al río Magdalena." (Documento número 6 *ibidem*).

El Ministerio de la Economía Nacional y con él el señor Procurador Delegado, admiten que los linderos de la hacienda *La Egipciaca* pueden ser los que se consignaron en el título de 1776, los que no llegan por el Norte hasta la quebrada de Doña Juana, sino hasta la de Purnio o Purneo, y que por el Sur no se extienden hasta la quebrada de Las Burras. Ya se vio por qué la Corte considera injurídico vincular obligatoriamente el primer título de 1776, en cuanto a linderos, al segundo, de 1783. Ahora pasa la Corte a examinar dos actos también de remates de tierras, hechos en 1872 y 1873, precisamente en las zonas limítrofes del norte y del sur de los terrenos de *La Egipciaca* alinderados según la escritura de 1840 por la contribución que ellos aportan al esclarecimiento del asunto controvertido.-

La Agencia General de Bienes Desamortizados remató en Bogotá, el 29 de septiembre de 1873, a favor de Luis Peña, los terrenos llamados *Arado* y *Conejo*, hoy *El Japón*, del cual remate da testimonio la escritura 789 de 13 de febrero de 1874, examinada en otra parte de esta sentencia. En ella el compareciente doctor Julián Herrera, Agente General de Bienes Desamortizados, de cuyo conocimiento personal y carácter oficial da fe el Notario, declara "que habiéndose dispuesto por la ley, la aplicación de algunos bienes nacionales a la amortización de la deuda pública, se ordenó también su enajenación en pública subasta y surtidas todas las reglas prescritas en las disposiciones vigentes, se remató en favor del señor Luis Peña un globo de tierra en jurisdicción de Honda, en el Estado Soberano del Tolima, según consta de la diligencia de remate que original se agrega, y dice: '... N.º 119. Diligencia de remate. . . . quedando adjudicado el globo de tierra referido al expresado señor Luis Peña, quien firma la presente diligencia con el señor Agente General y el infrascrito Secretario, quedando advertido que este remate no será perfecto hasta que obtenga la aprobación del Poder Ejecutivo Nacional y de que la finca que se le vende se halla comprendida bajo los siguientes linderos: 'Por el frente, hacia el Oriente, con el río Magdalena; por el costado derecho acia (sic) el Sur, con los terrenos llamados *La Egipciaca* de los señores París; por el costado izquierdo hacia el Norte, con terrenos que se dice

son baldíos; y por el fondo con terrenos también baldíos'. 'La declaración aquí consignada de que el terreno de *Arado* y *Conejo* rematado a favor de Luis Peña limita hacia el Sur con los terrenos llamados *La Egipciaca*, de los señores París, tiene indudablemente grande importancia porque el remate fue un acto de la autoridad pública encargada especialmente de la venta de bienes nacionales para la amortización de la deuda pública, y es de presumir que al hacerse en aquel acto tal declaración, ella estuvo precedida del estudio que la entidad que celebraba la venta de bienes desamortizados debió hacer para deducir que podía enajenar como de la Nación los que remató el señor Peña y que los otros, los colindantes hacia el Sur, los de *La Egipciaca*, no eran bienes desamortizados en ese momento y pertenecían a los señores París. Esta última afirmación, de pertenecer *La Egipciaca* a los París, coincide con lo que consta en la escritura número 1327 de 11 de noviembre de 1874, según la cual dicha hacienda era entonces de propiedad de los señores Pedro María, Mariano y Virginia París'."

El 10 de abril de 1873 se pasó en la Notaría de Honda la escritura número 45, en que aparece la enajenación que hace el Estado al doctor Carlos Chaves de las tierras denominadas *Rincón* y *Playa de Vaca*, en virtud del remate celebrado el 7 de marzo de 1872, ante el Agente Fiscal del Circuito de Honda y al Agente Subalterno de Bienes Desamortizados. Allí corren estos linderos: "Linda por el frente, hacia el Oriente, con el río Magdalena; por el costado derecho hacia el Sur con una zanja denominada quebrada Seca que los divide de los terrenos de Guarinó, que pertenecen a los herederos de Julián San Miguel; por el costado izquierdo hacia el Norte con los terrenos denominados *La Egipciaca*, que pertenece a los señores París". Aquí también en un acto de la autoridad pública, encargada de la venta en remate de bienes desamortizados, al hacerse el de *Rincón* y *Playa de Vaca* a favor del doctor Carlos Chaves, se dijo que la tierra rematada limita por el Norte con los terrenos de *La Egipciaca*, pertenecientes a los París. Cabe aquí hacer idéntica observación a la ya consignada respecto a la otra declaración en el remate de *Arado* y *Conejo*. En ambos remates se hace la misma manifestación, por los funcionarios encargados del manejo y venta de los bienes desamortizados, de que las dos fincas limitan con los terrenos de *La Egipciaca*, la una en el Norte, la otra en el Sur.

La coincidencia exacta de los linderos Norte y Sur del terreno correspondiente a *La Egipciaca*, señalados a ella en la escritura de 11 de abril de 1840, con los linderos dados a las fincas que se remataron en 1872 y 1873, y la cir-

cunstancia de expresarse en ambos remates la colindancia de lo que se remataba con las tierras de *La Egipciaca*, pertenecientes a los señores París, no dejan duda alguna de que los funcionarios que hicieron los remates de *Arado* y *Conejo* y de *Rincón* y *Playa de Vaca* reconocieron como linderos norte y sur de *La Egipciaca* los mismos que se expresan en la escritura de 1840. Este hecho tiene innegable importancia para fijar el contenido territorial del título expedido en 1783, al rematarse el globo denominado *La Egipciaca*, pues apareció respetado por la autoridad pública en dos actos de enajenación verificados en 1782 y 1783, es decir en un tiempo relativamente cercano al otorgamiento de la escritura de 1840; y como los linderos reconocidos al hacerse los remates de *Arado* y *Conejo* y de *Rincón* y *Playa de Vaca*, de que se ha tratado, coinciden con los relacionados en la escritura de 1840, hay fundamento bastante para pensar que estos últimos fueron tenidos en cuenta y estimados válidos por las autoridades que hicieron los remates de las porciones situadas al Norte y al Sur de *La Egipciaca*, cuando por la proximidad relativa de que se ha hecho mención al tiempo en que fue otorgada la escritura de 1840, era de esperarse que quiénes manejaban los bienes nacionales desamortizados e intervenían en las ventas por medio de remate, en la zona situada sobre el río Magdalena a que todos los títulos aludidos se refieren, pudieron haber tenido conocimiento muy razonablemente, de cualquier ilicitud o vicio en los títulos referentes a *La Egipciaca* o sobre su contenido, y sin embargo no hubo reato para hacer dos declaraciones de reconocimiento de aquella propiedad como perteneciente al dominio privado de los París, con los linderos Norte y Sur señalados en la escritura de 1840.

Para la Corte la conoatenación de esos varios hechos examinados, el remate de Ortiz de la Torre en 1783, las ventas en 1801, 1802, 1825 y la constitución de la hipoteca en 1840 sobre la hacienda *La Egipciaca* hasta llegar a los remates de *Arado* y *Conejo* y *Rincón* y *Playa de Vaca*, forman un conjunto de acontecimientos que contribuyen a fijar la conclusión muy sólida de que los linderos consignados en la escritura de 1840 debieron ser la traducción real y auténtica de los que se expresaron en el título originario de 1783, y que debe por consiguiente reconocerse, para las consecuencias del presente juicio sumario, que el título aducido por los opositores es bastante a acreditar el dominio, privado de la hacienda *La Egipciaca* con origen en el remate de 1783, o sea con anterioridad a la reserva del subsuelo petrolífero en favor de la Nación.

Sin que se oponga válidamente a esta deducción el reparo que, contra la titulación de *La Egipciaca* formuló el Ministro y que sustenta la Procuraduría sacado de la semejanza de la alinderaación consignada en una escritura de 1833, referente a dicha finca, con la alinderaación de 1776. En este particular la Sala halla muy acertada la explicación que del asunto hace el señor apoderado de los opositores cuando al referirse a la cuestión expresa:

“El documento de 1833 consiste en una diligencia de avalúo de la hacienda de *La Egipciaca*, diligencia que figura en el cuerpo de la escritura de fecha 11 de febrero de 1833, otorgada en Honda, por medio de la cual Vicente Roche, como apoderado de José María Barrionuevo, dueño de dicha hacienda, constituyó fianza hipotecaria sobre aquélla, a favor de la Hacienda Pública, para responder del manejo del Benito de Palacio como Factor de Tabacos de Ambalema. *Tal diligencia de avalúo no fue pedida ni por Barrionuevo, ni por su apoderado; fue solicitada por el interesado Benito de Palacio; y en la práctica de ella no intervinieron ni Barrionuevo ni su apoderado.* Por otra parte, los peritos que llevaron a cabo la vista de ojos para el avalúo, no dicen haber tenido a la vista los títulos de propiedad de la finca; de modo que los linderos que ellos hacen figurar en su diligencia no puede decirse que fueran los que aparecían en tales títulos. Y como se trata de una diligencia que no interesaba a Barrionuevo, si se omitió parte de tierra en ese avalúo esto en nada perjudicaba a Barrionuevo; por el contrario, tal omisión podía considerarla él como favorable porque quedaría gravada menor parte de su finca. Llama la atención en esa diligencia de avalúo la partida inmediatamente anterior a la referente al justiprecio de las tierras de *La Egipciaca*. Tal partida dice: *Item.—Se calcularon haber en la dicha hacienda dos mil matas de plátano, para el sombrío del cacagual, y el fruto de él para mantención de los esclavos de la otra hacienda* (subrayo), y por lo mismo no se le da aprecio ninguno. Según esto, el avalúo se concretó a una parte de los terrenos de Barrionuevo probablemente por exceder en mucho el valor de esa parte de su hacienda al monto de la fianza que era de \$ 3.000; y sin duda alguna Barrionuevo tenía también allí, a continuación de la parte avaluada por los peritos, sus otros terrenos, o sea la extensión comprendida entre el río Purnio y la quebrada de Doña Juana, donde existían esclavos de Barrionuevo y para el mantenimiento de los cuales se destinaban los frutos de las 2.000 matas de plátano a que se refiere la partida de avalúo copiada antes.”

Oposición referente a las tierras de Guarinocito.

Por hallarse estas tierras comprendidas dentro de la extensión total que formó primitivamente el globo de *La Egipciaca*, como así se estableció desde el estudio que realizó el Ministerio, las conclusiones sobre traspaso de la propiedad de la Corona a los particulares a que se llegó respecto de *La Egipciaca* se extienden al lote de *Guarinocito*, en cuanto a la salida de estas tierras del patrimonio del Estado con anterioridad a 1873.

Oposición de Luis Antonio Noriega y Juan Bautista Neira.

Se refiere a la propiedad del suelo y subsuelo petrolífero de dos lotes que hacían parte de la antigua hacienda *La Egipciaca* y cuyos linderos señalan los opositores en su memorial de 29 de marzo de 1939 en que presentaron la oposición al Ministerio. Se hallan por tanto estas tierras en idéntica situación a la contemplada en el acápite anterior.

Función social de la propiedad.

Bajo este título el señor Procurador Delegado en lo Civil presenta al análisis de la Corte algunas consideraciones sobre el concepto de propiedad después de expedido el Acto legislativo número 1º de 1936, según el cual "La propiedad es una función social que implica obligaciones" y que aparece contrapuesto a la definición que de la propiedad da el Código Civil diciendo que es "el derecho real, en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno." Considera el señor Procurador que la reforma constitucional implica la modificación de la norma consignada en el Código Civil y que los Jueces, teniendo en cuenta que la Constitución prevalece sobre la ley, han de aplicar aquélla y no ésta cuandoquiera que se ocupen en fallar cuestiones sobre dominio. Y concretamente, aludiendo a lo que deba entenderse por propiedad territorial, con la base de ser ella una función social, estima que tal función consiste en la explotación económica de ésta, y que cuando se deja de cumplir esa función social como cuando las tierras se quedan inactivas y abandonadas, se quebranta el precepto constitucional, y por ende no pueden los Jueces en tales casos reconocer la existencia del pretendido derecho de propiedad privada. "Le bastan al Juez —dice— para admitir y reconocer que fulano de tal es *propietario*, unos papeles de los cuales puede resultar que en años más o menos remotos la Corona de España le hizo merced de unas tierras a X. X., que las vendió luego a N. N., de quien las adquirió por herencia otro N. N.?"

Entiende el señor Procurador que la función social de la propiedad consiste en la explotación económica de ésta y que las tierras que se mantienen improductivas, o más propiamente, las que lo han estado en muchos años de abandono, no son propiedad privada de sus titulares, pues tal reconocimiento implicaría la violación de la norma constitucional citada, y parece invitar a la Corte a que haga una declaración de desconocimiento de la propiedad que se asienta en títulos antiguos y que no ha merecido la explotación o aprovechamiento económico de sus dicentes dueños.

La Sala estima, por el estudio que ha hecho acerca de los antecedentes de la reforma constitucional de 1936, que comprende principalmente el examen de la finalidad perseguida por los reformadores, en lo que mira a la propiedad privada y a su contenido jurídico y filosófico, que tal reforma no significó el desconocimiento o la negación de la propiedad particular, para tomar el Estado, la que estuviese abandonada o inexplorada, sino que la reforma, partiendo de la base, como lo declara el propio artículo 26 de la Carta, 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", declaró también que "la propiedad es una función social que implica obligaciones", sin expresar cuáles sean éstas, dejando así al legislador la facultad de determinarlas, desde luego para lo futuro, y también con el deber de garantizar esa propiedad privada adquirida con justo título. El Ministro de Educación Nacional, doctor Darío Echandía, propugnador el más destacado de la reforma de 1936, expresó un día, el 24 de febrero de ese año, en la Cámara de Representantes:

"Lo que nosotros hemos querido es, pues, aflojar la traba que la Constitución de 86 le puso al legislador respecto de propiedad privada, teniendo como finalidad el concepto de que la propiedad es una función social. Esto es, que quien tiene una propiedad debe hacer uso de ella en forma tal que no sólo no perjudique a la comunidad sino que sea útil a ella."

No es, pues, la propiedad una función social del Estado, porque tal cosa sería la negación de la propiedad privada, y eso no estuvo en la mente de los constituyentes; ellos quisieron que la propiedad implique para su dueño la obligación de hacer uso de ella en tal forma que no sólo no se perjudique a la comunidad sino que le sea útil. Si la existencia de tierras inexploradas perjudica a la sociedad, porque entraba su progreso, la ley, como lo hizo la 200 de 1936, irá consagrando normas que conduzcan a la explo-

tación de la tierra o a su paso a otras manos que la hagan fructificar. Tal propósito parece perseguir la prescripción extintiva del dominio consagrada en el artículo 69 de la Ley 200 de 1936.

Al decir el artículo 26 del Estatuto que se garantiza la propiedad privada, es porque la reconoce como institución jurídica, porque la consagra constitucionalmente; y al agregar más adelante que es una función social que implica obligaciones, hay que entender, relacionando esos términos, no únicamente dentro del texto de la disposición, sino principalmente por su finalidad conocida, que la garantía de la propiedad privada se otorga y alcanza con el bien entendido de que ella tiene una función social que implica obligaciones, debiendo el dueño hacer uso de ella en forma de no perjudicar a la comunidad.

El Estatuto de 1936 no desconoció, por la definición que consagra de la propiedad, el dominio privado garantizado por el mismo Estatuto que con anterioridad a su vigencia se hubiese adquirido con justo título y con arreglo a las leyes civiles. Las extensiones territoriales que se encuentren en tal situación están protegidas por el artículo 26 constitucional, pero pueden ser limitadas en el goce y beneficio de sus dueños por las obligaciones que implica la función social de la propiedad para ellos. Entiende la

Corte que automáticamente no se produjo el regreso al patrimonio nacional de las tierras incultas que estaban legitimamente en poder de particulares cuando se expidió la reforma constitucional de 1936.

FALLO

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide que SON FUNDADAS LAS OPOSICIONES a la propuesta de contrato del señor Carlos de Narváez, para explorar y explotar petróleo en terreno situado en los Municipios de La Victoria, Departamento de Caldas, hechas por la Richmond Petroleum Company of Colombia, Jorge Orozco Valencia, Félix Estrada, Pedro Luis Alvarez, Elvira Barriga de Calderón, Julio Barriga Páez, Eduardo Noguera S., Eduardo Angel Tamayo, Guarinocito, S. A.; Rafael Luna Ponce, Isabel Luna de Ospina, Horacio Luna Pardo, Isabel Angel de Castaño, Luis Antonio Noriega y Juan Bautista Neira.

Publiquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

Aníbal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Nulidad por incompetencia de jurisdicción.—Improcedencia de la acción ejecutiva en ciertos casos

1.—Ya ha dicho la Corte en anteriores decisiones que lo primero que deben hacer los Jueces al decidir un juicio o un recurso, es asegurarse si tienen o nó competencia para ello, pues si no la tuvieren, razones de economía procesal y de orden público, ya que las disposiciones relativas a la competencia de los Jueces y Tribunales, por razón de la naturaleza de la causa o por la calidad de las partes, son de esta índole, y, por ende, irrenunciables, les imponen el deber de abstenerse de seguir conociendo y de anular lo que se hubiere actuado subsistiendo tal vicio. No importa que se trate de un juicio ejecutivo. Si el ejecutado no ha reclamado sobre la incompetencia de jurisdicción del respectivo Juez, debe éste proceder oficiosamente a decretar la nulidad de que en tal caso estaría afectado el procedimiento en forma insubsanable.

2.—El cumplimiento de las obligaciones que emanan de un contrato bilateral, no puede exigirse ejecutivamente en casos como el detallado ampliamente en el auto de la Sala, sin que antes se hayan reconocido tales obligaciones por el mismo deudor o por los Jueces competentes. En tales circunstancias, el reconocimiento de un Recaudador de Rentas a cargo del presunto deudor del Fisco, considerado en su materialidad, puede referirse a una suma expresa, clara y líquida, pero no exigible, calidad ésta que es tan necesaria como las tres primeras, para que sea viable legalmente la ejecución por esta vía excepcional.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, marzo veinticinco de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

Con fecha 10 de noviembre de 1935, el señor Manuel Antonio Torres, en su carácter de Administrador General de Rentas del Departamento de Boyacá y el señor Carlos Buitrago Roa, celebraron un contrato, por medio del cual el segundo de los nombrados, conocido en el cuerpo del contrato con el nombre de *Recaudador*, se obligaba a adquirir del Gobierno de Boyacá y por con-

ducto de la Recaudación de Rentas de Tunja, licores destilados en cantidades no menores de cien pesos mensuales. En el mismo contrato se le fijó como lugar para vender dichos licores la hoya del Magdalena, dentro del territorio boyacense. (Folio 1, cuaderno número 1).

Aparece en la cláusula tercera de dicho contrato que el Recaudador-contratista tiene la facultad de percibir los impuestos sobre licores extranjeros, tabaco y degüello en el territorio comprendido bajo la denominación de *Hoya del Magdalena*, y por esta autorización pagará al Departamento en la Recaudación de Rentas de Tunja y por mensualidades anticipadas, la cantidad de \$ 3.600 anuales o sean \$ 300 mensuales, más el 10% sobre el impuesto de tabaco, y el 5% sobre el impuesto de licores extranjeros que vayan con destino a esa región. En la cláusula cuarta, el Gobierno se reservó la facultad de dar por terminado el contrato, administrativamente, sin necesidad de recurrir a autoridad ninguna distinta, cuando se incumpla alguna de las cláusulas, se estén perjudicando los intereses departamentales, o en los casos previstos en el Código Fiscal. El Recaudador-contratista dio como fiador solidario al señor Pablo Palacios Mantilla, quien firmó en tal calidad el contrato.

Del estudio verificado por la Visitaduría del Circulo del Centro, folio 5, del contrato entre el Gobierno y los señores Buitrago R. y Palacios Mantilla, Recaudador y fiador, respectivamente, se llegó a la conclusión de que se había incumplido el contrato por parte de los señores nombrados, ya que debiendo haber comprado licores por valor de \$ 866.66, solamente lo habían hecho por \$ 501.60, y segundo, que la liquidación del 10% y 5% sobre el producto del impuesto de licores extranjeros había producido \$ 3.326.31 y el contratista sólo había consignado \$ 2.000.00, por lo que la Administración General de Rentas Departamentales de Boyacá, dictó con fecha 26 de julio de 1940 la resolución por la cual se ordenó pasar copia del contrato y del informe al señor Recaudador de Rentas Departamentales de Tunja para que procediera a verificar los embargos preventivos contra los obligados solidariamente y librarles el correspondiente mandamiento ejecutivo por las sumas que salgan a deber al Fisco Departamental.

A folio 10 del mismo cuaderno aparece el reconocimiento número 1 de la Recaudación de Rentas Departamentales de Tunja, y que lleva fecha 5 de agosto de 1940, por medio del cual se decretó reconocimiento que preste mérito ejecutivo contra el señor Carlos Buitrago Roa y su fiador solidario Pablo Palacios Mantilla, por la suma de \$ 1.326.31 y por los intereses de ese capital a la rata del 1% mensual desde el 1º de junio de 1940 hasta el día del pago efectivo. En el mismo reconocimiento se decretó el embargo preventivo de los derechos reales de dominio, posesión, accesión y usufructo que el señor Pablo Palacios Mantilla tiene en un lote de terreno situado en el barrio de Chapinero en el Municipio de Bogotá. En el mismo se ordenó comunicarle al Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá, para lo de su competencia.

Adicional al reconocimiento número 1, se decretó otro que lleva fecha agosto 21 de 1940, folio 30, y en el que considerando que eran insuficientes los bienes embargados primitivamente, se decretó el embargo de otros que aparecen relatados en el reconocimiento.

Notificadas las providencias y habiendo apoderado el señor Buitrago Roa al doctor Ignacio Ruiz Ospina para que lo representara en el juicio, presentó el día 6 de noviembre de 1940 el memorial que aparece al folio 87, en el cual pedía que suspendiera todo el procedimiento, decretara sin valor todo lo actuado y el levantamiento del embargo contra varios bienes de su poderante. Entre otras razones expuso el peticionario las siguientes:

1º Que según el artículo 648 del Código Judicial, los documentos que deben servir de base para una acción preventiva han de presentarse originales, excepto en cuatro casos, ninguno de los cuales es el presente; por lo tanto, no existiendo el documento original, es nulo todo lo actuado sobre dicha pieza inhábil.

2º Que el señor Recaudador de Rentas Departamentales dejó transcurrir el término señalado por el numeral 3º del artículo 293 del Código Judicial sin que hubiera iniciado la correspondiente acción ejecutiva, y, por lo tanto, debe levantarse el embargo preventivo ya que dicho numeral 3º dice claramente que debe levantarse el embargo. . . . "3º Si se practican antes del juicio y no se promueve demanda dentro de los seis días siguientes al último de la diligencia. . .", y

3º Decía el peticionario que el señor Recaudador carecía de jurisdicción para conocer del juicio.

Posteriormente y en vista de que el doctor Ruiz Ospina no pudo continuar conociendo del negocio, fue llamado su apoderado sustituto doctor Rafael Humberto Bernal, quien se posesionó y fue debidamente reconocido. Al notificársele al

doctor Bernal todos los autos que se habían dictado en el curso del juicio, manifestó que apelaba de todos a excepción de aquellos en que se habían reconocido los apoderados.

Al folio 101 aparece un memorial del señor Buitrago Roa en el cual pide que se decrete la caducidad del contrato celebrado por él con el Departamento de Boyacá en vista de que la situación que se ha presentado en la región donde le toca actuar le impide cumplir con las obligaciones que tiene para con el Departamento de Boyacá. El señor Administrador de Rentas le contestó para informarle que la Junta de Gobierno sólo estudiaría si era el caso de rescindir o nó el contrato cuando el señor Buitrago Roa se pusiera al día en el pago de las cuotas que adeuda al Departamento.

La Recaudación de Rentas Departamentales de Tunja, por medio de resolución que lleva fecha 12 de julio de 1941, declaró que no había lugar a decretar la nulidad ni la suspensión de las presentes diligencias, ni el desembargo de bienes ni la cancelación de las inscripciones. Concedió la apelación en el efecto devolutivo para ante el Tribunal Superior de los autos apelados y libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor del Tesoro del Departamento de Boyacá y contra los señores Carlos Buitrago Roa y su fiador solidario señor Pablo Palacios M., por la suma de \$ 1.326.31, y los intereses a razón del 1% mensual desde el 1º de junio de 1940, hasta el día del pago efectivo, y a pagar las costas del presente juicio. (Folio 107). Notificado al curador *ad litem* de Pablo Palacios M., manifestó que no sabía qué bienes tuviera el señor Palacios M., y que nombraba para los cargos de perito y secuestre al señor Melquisedec Amézquita y Avila, y que apelaba del auto que se le acababa de notificar. En los mismos términos que el anterior, se dio por notificado el doctor Rafael Humberto Bernal, quien nombró para los cargos de perito y secuestre al señor Olimpo Roa, y quien también apeló del auto ejecutivo.

La Recaudación de Rentas Departamentales de Tunja, por medio de auto de 23 de septiembre de 1941, folio 122, declaró desierto el recurso de apelación interpuesto contra algunas providencias, que fue concedido por auto de 12 de julio, por no haber suministrado lo necesario para compulsar las copias, y concedió la apelación en el efecto devolutivo para ante el Tribunal Superior de dicho auto de 12 de julio. A los folios 136 y siguientes, aparecen las diligencias de avallúo y secuestro de los bienes existentes en las ciudades de Bogotá y Venadillo, embargo y secuestro que se había decretado previamente.

Durante el término de traslado a las partes de dichas diligencias, el doctor Aníbal de J. Medi-

na, debidamente apoderado por el señor Buitrago Roa presentó un memorial en el cual pidió reposición, y en subsidio apelación, de dicho auto. Peticiones ambas que le fueron negadas por auto de 13 de noviembre de 1941. (Folio 155 v.)

En el cuaderno número 2 figuran las excepciones propuestas por el doctor Rafael Humberto Bernal, las cuales dijo que eran: declinatoria de jurisdicción; pleito pendiente e inexistencia de la obligación.

Tramitadas las excepciones en el Tribunal Superior de Tunja dictó sentencia que lleva fecha 29 de mayo de 1942, folio 8 v., cuaderno número 4, por medio de la cual declaró no probadas las excepciones y ordenó que se llevara adelante la ejecución. Notificada la sentencia al señor Buitrago Roa, manifestó en el momento de firmarla que apelaba, recurso que le fue concedido por auto del 9 de junio de 1942, que figura al folio 10 del mismo cuaderno.

En ese estado llegó el negocio a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, la que después de agotado el trámite de rigor entra a considerar:

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al hacer referencia el citado juicio, cuando se le corrió en traslado, expuso sus razones para considerar justo el fallo apelado, ya que, decía el señor Procurador, la excepción de declinatoria de jurisdicción no cabe en el juicio ejecutivo, por cuanto ella lo que afecta es el procedimiento, y las excepciones en esta clase de juicios deben dirigirse a conseguir la liberación del deudor.

Al referirse a las excepciones de pleito pendiente e inexistencia de la obligación por cuanto el contrato base de ella adolece de nulidad, dijo que la primera no tiene cabida en los juicios ejecutivos y respecto a la segunda que no es nulo el contrato por cuanto las prohibiciones legales se refieren al arrendamiento de las rentas de degüello y consumo de tabaco, y a la administración delegada de la renta de licores, y el contrato en referencia no se refiere a ninguno de los dos.

El doctor José del C. Mesa, apoderado del señor Buitrago Roa, en su alegato ante la Corte aceptó la improcedencia de las excepciones propuestas, pero insiste en que debe decretarse la nulidad por incompetencia de jurisdicción, basado en que la fuente de la obligación cuyo cumplimiento se persigue ejecutivamente, emana de un contrato bilateral, y por lo tanto, es a la justicia ordinaria a la que le toca conocer del negocio.

Sobre este particular, el señor Procurador Delegado en lo Civil, en la vista de folios 5 a 7 del cuaderno número 6, dice lo siguiente: "No es admisible como excepción en juicio ejecutivo la *declinatoria de jurisdicción*, ni otra que sólo

pueda afectar el procedimiento. Las excepciones alegables en juicio ejecutivo sólo pueden consistir en hechos que produzcan total o parcialmente, perpetua o temporalmente, la *liberación del deudor*. Lo alegado por el excepcionante bajo la denominación dicha puede traer, al estar de acuerdo con la realidad procesal, consecuencias de índole distinta".

Observa la Corte:

Ya en anteriores decisiones ha expuesto esta Sala la doctrina de que lo primero que deben hacer los Jueces al decidir un juicio o un recurso, es asegurarse si tienen o no competencia para ello, pues si no la tuvieren, razones de economía procesal y de orden público, ya que las disposiciones relativas a la competencia de los Jueces y Tribunales por razón de la naturaleza de la causa o por la calidad de las partes, son de esta índole, y, por ende, irrenunciables, les imponen el deber de abstenerse de seguir conociendo y de anular lo que se hubiere actuado subsistiendo tal vicio.

No importa que se trate de un juicio ejecutivo. Si el ejecutado no ha reclamado sobre la incompetencia de jurisdicción del respectivo Juez, debe éste proceder oficiosamente a decretar la nulidad de que en tal caso estaría afectado el procedimiento en forma insubsanable.

Esto aclarado se pasa a examinar qué aplicaciones pueden tener estas normas al caso de autos.

Como ya quedó expuesto al principio de esta providencia, el fundamento del presente juicio por jurisdicción coactiva, es el reconocimiento de 5 de agosto de 1940 (cuaderno número 1, folio 10) hecho por el Recaudador de Rentas del Departamento de Boyacá a cargo de Carlos Buitrago Roa y de su fiador, Pablo Palacios Mantilla, con base en el contrato de 10 de noviembre de 1939 sobre compra por dos años al mencionado Departamento, de licores nacionales monopolizados, y sobre "recaudación y percepción, por el mismo plazo, de los impuestos de licores extranjeros, tabaco y degüello, pagando al Departamento en esta Recaudación, a razón de \$ 300 mensuales, y el 5% sobre el de licores extranjeros que vayan con destino a dicha región, dentro de la jurisdicción del expresado territorio."

Fundado en el acta del Visitador del Circulo, quien dedujo como deuda a cargo del contratista Buitrago Roa la suma de \$ 1.326.31, el Recaudador se expresó así: folio 10, cuaderno número 1: "De consiguiente, desde la fecha del estudio de la cuenta, el contratista está en mora de consignar en esta Oficina la cantidad de \$ 1.326.31; ha violado la convención que debe ser ley de obligatorio cumplimiento; no ha constituido el apoderado que lo represente en Tunja, y no ha indicado el lugar de su domicilio.

“Corresponde al suscrito verificar y reclamar el cobro de la deuda en forma coactiva, con la jurisdicción de que se halla investido de acuerdo con las leyes, bien entendido que, conforme a las disposiciones vigentes, las deudas a favor de las entidades de derecho público devengan intereses a la rata del doce por ciento anual y que en el estudio sobre la cuenta de que se ha hecho mérito, no se incluyen tales intereses ni el saldo de \$ 361.06 provenientes de las adquisiciones mínimas mensuales de licores destilados nacionales de que habla la cláusula 1ª del contrato, habida consideración a este último respecto de que tales especies no fueron retiradas y que en el caso de que lo sean, ello se prestaría a fraudes si los obligados resultan insolventes.

“Se requiere, por tanto, un instrumento base de la acción ejecutiva que preste mérito, en conformidad con el numeral 2º del artículo 1059 del Código de Procedimiento Civil, sin necesidad de ocurrir previamente al Órgano Judicial para saber quién ha violado el contrato, porque sería absurdo pretender que un instrumento de deber fuese primeramente calificado en juicio ordinario para exigir el pago de una contribución, ya que no otra cosa es lo referente a impuestos departamentales, a especies monopolizadas.

“En fuerza de lo expuesto, teniendo a la vista una copia del contrato y del examen de la cuenta, junto con las instrucciones recibidas de la Administración General, la Recaudación de Rentas Departamentales de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta reconocimiento que preste mérito ejecutivo contra el señor Carlos Buitrago Roa y su fiador solidario Pablo Palacios Mantilla, varones, mayores y vecinos de Bogotá, por la suma líquida de mil trescientos veintiséis pesos treinta y un centavos (\$ 1.326.31) y por los intereses de esta cantidad a la rata del uno por ciento mensual desde el 1º de junio de mil novecientos cuarenta (1940) hasta el día del pago efectivo. Estas cantidades se consignará (sic) en este Despacho inmediatamente le sea notificado el presente reconocimiento, con advertencia de que si así no lo hacen, se procederá coercitivamente.”

En concepto de la Corte, la actuación del Recaudador y la del Tribunal que la prohibió en la providencia apelada del 20 de mayo de 1942, carecen de fundamento legal.

Para la Sala es indudable que se trata de una convención de carácter bilateral celebrada entre el Departamento de Boyacá y el señor Carlos Buitrago Roa, que hace nulo, por incompetencia de jurisdicción, el procedimiento ejecutivo, mientras por la justicia ordinaria no se haya reconocido previamente que el contratista Buitrago vio-

ló el contrato de que se trata y mientras no se hayan establecido a cargo de este señor las obligaciones resultantes de tal violación.

Que el Gobierno Departamental de Boyacá, como reza el contrato, se hubiera reservado la facultad de darlo por terminado administrativamente cuando a su juicio se faltara al cumplimiento de alguna de sus cláusulas, o cuando se estuvieran perjudicando los intereses departamentales, o en los casos previstos en el Código Fiscal, de ninguna manera significa que tal facultad vaya más allá de lo que ella claramente expresa —no perseverar el Departamento en el contrato, darlo por terminado— para fijar unilateralmente lo que el mismo Departamento entienda que el contratista deba pagarle por esa violación.

En estipulaciones de esta índole, ni nada impide que por el órgano competente se decida luego si en realidad hubo o nó la violación de que se acusa al contratista ni, en caso afirmativo, que por ese mismo órgano competente, se establezca y fije, concretamente, la suma que corresponde pagar a aquél por razón del incumplimiento de sus obligaciones, o la clase y extensión de éstas.

Los artículos 982 y 1059 del Código Judicial dicen así, respectivamente:

“Artículo 982. Puede exigirse ejecutivamente toda 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 él, o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse. Se requiere, además, que del documento o la decisión judicial resulte a cargo del demandado una obligación expresa, clara y actualmente exigible de hacer, o de entregar una especie o cuerpo cierto, o bienes de género, o de pagar una cantidad líquida de dinero. Entiéndese por cantidad líquida, la que se puede expresar en un guarismo determinado sin estar sujeta a deducciones indeterminadas, aunque ciertas”.

“Artículo 1059. Además de los actos y documentos mencionados en el artículo 982 en estos juicios prestan también mérito ejecutivo:

“1º Los alcances líquidos y definitivos deducidos contra los responsables del Erario por el Departamento de Contraloría, los demás Tribunales de cuentas nacionales, departamentales o municipales. 2º Las copias de los reconocimientos hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores de impuestos. 3º Las copias de las resoluciones definitivas ejecutoriadas, proferidas por funcionarios competentes en ejercicio de sus funciones, sobre multas que deben ingresar al Tesoro Nacional, Departamental o Municipal.”

En concepto de la Sala el caso que se ventila se halla fuera de la órbita señalada en estas disposiciones.

Se está en presencia de un contrato bilateral celebrado entre Carlos Buitrago Roa y el Departamento de Boyacá sobre determinadas prestaciones. Este último ha alegado que aquél faltó al cumplimiento de ese contrato, y, en tal virtud, lo declaró administrativamente resuelto. Hasta ahí podía y debía proceder ese Departamento en forma unilateral. Mas no podía proceder a establecer en la misma forma ni a perseguir por medio de juicio ejecutivo el saldo que a su juicio debiera pagarle el contratista por razón del incumplimiento de sus obligaciones, si éste no las había reconocido previamente, para que así quedara claramente establecida su calidad de deudor del Fisco Departamental de Boyacá.

El contratista Buitrago no ha reconocido ningún alcance líquido y definitivo a su cargo, ni es empleado de manejo, ni se le acusa de deber una multa que deba ingresar al Tesoro Departamental de Boyacá, ni es deudor de impuestos, pues al hacerse cargo de la recaudación y percepción de los impuestos de licores extranjeros, tabaco y degüello, no lo hizo en la forma obligatoria y general en que por un acto del poder público —ley, ordenanza o acuerdo municipal— se imponen y se pagan los tributos, sino en la forma voluntaria que consta en un contrato, forma que, por ser contractual, se regula o gobierna por las leyes pertinentes de los actos y declaraciones de voluntad, sobre todo, cuando, como en el presente caso, tales actos son de carácter bilateral.

El cumplimiento de las obligaciones que emanan de un contrato bilateral no puede exigirse ejecutivamente, sin que antes se hayan reconocido tales obligaciones por el mismo deudor o por los Jueces competentes.

En tales circunstancias, el reconocimiento de un Recaudador de Rentas a cargo del presunto deudor del Fisco, considerado en su materialidad, puede referirse a una suma expresa, clara y líquida, pero no exigible, calidad ésta última que es tan necesaria como las tres primeras, para que sea viable legalmente la ejecución por esta vía excepcional.

En razón 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 providencia apelada, y en su lugar declara que es nulo todo lo actuado en el presente juicio por incompetencia de jurisdicción, y que en consecuencia, debe cesar la ejecución y levantarse el embargo y secuestro de los bienes.

Condénase en las costas, las cuales serán pagadas en la siguiente forma:

La mitad, por los señores Magistrados que suscriben la providencia recurrida, y la otra mitad, por el Recaudador de Rentas Departamentales de Tunja, que dictó el mandamiento ejecutivo. (Código Judicial, artículo 458).

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

PENSIONES

En materia de pensiones ha expresado la Corte en varias ocasiones su concepto de que es preciso distinguir dos categorías de aquéllas: las que proceden de un acto gratuito, de una liberalidad, y las que son compensatorias y emanan de un estatuto general e impersonal. Las primeras son de inclusión facultativa en el presupuesto, ya que son gracias en el estricto sentido de la palabra; las segundas sí pueden generar vínculos de derecho y su cumplimiento obliga a las entidades que las decretan.

Sobre el punto a que se refiere el Tribunal sentenciador debe decirse que la Corte no ha declarado, en forma general, que las pensiones no sean derechos adquiridos. Al dictar sentencia en los casos que cita el Tribunal, no ha generalizado su doctrina a toda clase de pensiones, sino a aquellas que no han sido otorgadas mediante el lleno de las formalidades legales que se requieren para que ellas no sean actos de pura liberalidad. Se refería a la facultad dada por la Ley 71 de 1916, en su artículo 16, a las Asambleas Departamentales para decretar pensiones de jubilación a los maestros y maestras oficiales que hubieren servido por el tiempo que las mismas Asambleas podrán determinar y que no será menor de quince años. "Pero esta facultad —expresó la Corte— sólo la podrán ejercer en ordenanzas de carácter general e impersonal, contentivas de los reglamentos necesarios para que los favorecidos justifiquen el derecho a la pensión. De consiguiente, cuando las Asambleas decretan pensiones de jubilación fuera de los términos que por la anterior Ley les están permitidos, otorgan únicamente, no un derecho de carácter obligatorio, sino una concesión a título gratuito, que en cualquier momento se puede retirar por la entidad que la haya otorgado".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veinticinco de marzo de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Anibal Cardoso Gaitán).

El doctor Armando Martelo Capurro, como apoderado del señor Sixto Soto, promovió juicio

ordinario contra el Departamento de Bolívar para que por sentencia definitiva se obligue a pagar a esa entidad y a favor del mencionado señor, por concepto de una pensión que se le decretó, la suma de setecientos noventa y cinco pesos, correspondientes a unos saldos que no le fueron cubiertos, según la relación siguiente:

"Saldo insoluto desde julio de 1933 a diciembre de 1936 a razón de diez pesos (\$ 10.00) mensuales, durante 42 meses"	\$ 420.00
Saldo insoluto desde enero de 1937 a junio de 1938, a razón de \$ 15 mensuales en 18 meses	270.00
Saldo insoluto desde julio de 1939 a enero de 1940 a razón de \$ 15 mensuales, durante 7 meses	105.00

Total de los saldos insolutos \$ 795.00"

Solicita además el demandante, el abono de los intereses de las diversas partidas insolutas, a razón del 2% mensual, desde el día de sus respectivos vencimientos hasta la fecha en que se verifique el pago.

El actor fundamenta la demanda en la Ordenanza número 71 de 1929, que le asigna al señor Sixto Soto la suma de veinticinco pesos mensuales, durante todo el tiempo que permanezca incapacitado para ganarse la vida; y en la Ordenanza número 29 de 1939, por la cual se aumenta a cuarenta pesos mensuales la pensión vitalicia decretada en la Ordenanza anterior.

La sentencia del Tribunal absuelve el Departamento, porque considera que la suma a que se refiere el demandante no fue incluida en la Ordenanza de presupuesto, y porque además, no existía un estatuto general e impersonal que autorizara la pensión, la cual es una mera liberalidad que en modo alguno obliga a la administración departamental.

Notificada la sentencia al señor Martelo Capurro, interpuso apelación ante la Corte Suprema de Justicia, recurso que se procede a decidir.

El señor Procurador Delegado en lo Civil se abstiene de emitir concepto, pues la parte demandada constituyó un apoderado particular, que descarta, como bien lo dice el señor Procurador, la intervención del Ministerio Público en el juicio.

Tratando de este tópico la Corte, en oportunidades anteriores ha expresado su concepto,

que ahora reitera, de que es preciso distinguir dos categorías de pensiones: las que proceden de un acto gratuito, de una liberalidad, y las que son compensatorias y emanan de un estatuto general e impersonal. Las primeras son de inclusión facultativa en el presupuesto, ya que son gracias en el estricto sentido de la palabra; las segundas sí pueden generar vínculos de derecho y su cumplimiento obliga a las entidades que las decretan.

El Tribunal Superior de Bolívar transcribe y comenta algunos conceptos de la Corte, pero al hacerlo emite apreciaciones que no están de acuerdo con el pensamiento de la misma sobre esta materia.

Dice el Tribunal en su sentencia:

“Las razones jurídicas del apoderado del mandante en el sentido de que el Departamento está obligado a pagar la suma arriba estipulada, no las comparte la Sala debido a que no fue incluida dicha partida en la Ordenanza de presupuesto; y, además, en el carácter de liberalidad que tienen dichas pensiones, que no son otorgadas mediante el lleno de un estatuto impersonal, que señalara normas generales, sino en una forma nominal. Esta corporación, con un sentido de justicia en casos similares, había fallado en sentido favorable tales peticiones; pero la honorable Corte Suprema de Justicia, por sentencias de fecha once de noviembre de mil novecientos cuarenta y de veintiséis de septiembre del mismo año, revocó las sentencias dictadas por este Tribunal Superior, en los juicios instaurados por Constanza M. Pinedo y Raquel Sánchez de Hernández, en el sentido de que las pensiones no son derechos adquiridos y, por lo tanto, no generan obligaciones.”

La Corte no ha declarado, en forma general, que las pensiones no sean derechos adquiridos.

Al dictar sentencia en los casos que cita el Tribunal no ha generalizado su doctrina a toda clase de pensiones, sino a aquellas que no han sido otorgadas mediante el lleno de las formalidades legales que se requieren para que ellas no sean actos de pura liberalidad. Se refería a la facultad dada por la Ley 71 de 1916, en su artículo 16, a las Asambleas Departamentales para decretar pensiones de jubilación a los maestros y maestras oficiales que hubieren servido por el tiempo que las mismas Asambleas podrán determinar y que no será menor de quince años.

“Pero esta facultad —expresó la Corte— sólo la podrán ejercer en ordenanzas de carácter general e impersonal, contentivas de los reglamentos necesarios para que los favorecidos justifiquen el derecho a la pensión”. De consiguiente, cuando las Asambleas decretan pensiones de jubilación fuera de los términos que por la anterior ley les está permitido, conceden únicamente no un derecho de carácter obligatorio, sino una concesión a título gratuito, que en cualquier momento se puede retirar por la entidad que la haya otorgado.

Por la observación detenida de las ordenanzas que constituyen el fundamento de la demanda, se puede concluir y de hecho se concluye que se trata de una gracia o liberalidad en el puro sentido de la palabra. Dichos estatutos singularizan en la persona del señor Sixto Soto un reconocimiento como antiguo servidor de la Policía departamental, en calidad de Agente; pero no se encuentra una norma general anterior que autorice y reglamente esta clase de pensiones para todos aquellos Agentes de la Policía que se hallen en iguales circunstancias a las del señor Soto.

Ahora bien: siendo este reconocimiento un acto unilateral, estrictamente gratuito, pues no se ha traído al juicio la ley u ordenanza de carácter general que le dé fundamento a la pensión de que se trata, tampoco es obligatorio para la Asamblea incluir en su Ordenanza de presupuesto una partida destinada al pago de esta gracia, que debe estar, como ya se dijo en sentencia anterior, condicionada a las posibilidades del Fisco Departamental. Y como es una norma de derecho público administrativo la de que no puede hacerse pago alguno mientras no exista la asignación correspondiente en el presupuesto, no puede, por tanto, exigirse en estas condiciones el pago de la pensión a que se refiere el presente juicio.

En vista de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia apelada.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Anibal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

ACCION DE PERJUICIOS.—CONCURRENCIA DE CULPAS

Quien maneja a sabiendas un vehículo en mal estado de servicio, no sólo expone su vida imprudentemente al peligro, sino la de terceros, con las consecuencias legales que por tal imprudencia se siguieren o derivaren. Pero si la obligación de la víctima era la de advertir el mal funcionamiento de su vehículo y la de dar cuenta de ello a sus superiores para que el daño fuera reparado, obligación también era de éstos la de conocer, directamente o por conducto de los mecánicos del taller de reparaciones de la Dirección de Circulación y Tránsito, como en el caso de autos, tanto para seguridad del Agente motociclista, como para la del público en general, que las motocicletas destinadas a la fiscalización y organización del tránsito estaban en condiciones de normal funcionamiento. El silencio de parte de los conductores sobre este particular, puede atenuar y dividir la culpa y la consiguiente responsabilidad entre la entidad encargada de ese servicio público y los Agentes encargados de ponerlo en acción, pero de ninguna manera exonerarla en absoluto de esa responsabilidad para hacerla recaer sobre aquellos que obraron en servicio y a nombre de la primera. No se trata aquí, en concepto de la Corte, de los casos en que de acuerdo con los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, cesa la responsabilidad de las personas allí mencionadas por un comportamiento impropio de sus subordinados que ellos no pudieron prever ni impedir. De lo que aquí se trata es de una concurrencia de culpa de la víctima con la del autor del daño, conforme al artículo 2357 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, marzo veintiséis de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

Con fecha 16 de junio de 1936, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la señora Waldina Suárez de De Francisco demandó a la Nación y al Municipio de Bogotá, para que, con audiencia de sus respectivos representantes, se hicieran las siguientes declaraciones:

“1º Que la Nación colombiana o el Municipio de Bogotá o ambas entidades conjuntamente son civilmente responsables de la muerte de mi hijo el señor Jorge de Francisco, la cual tuvo lugar el día 31 de julio de 1933, a consecuencia del accidente que le ocurrió el día anterior en momentos en que como Agente motociclista de la Oficina de Circulación y Tránsito prestaba sus servicios, en el sitio comprendido entre las poblaciones de Mosquera y Fontibón, del Departamento de Cundinamarca, en la carretera de Occidente.

“2º Que la Nación o el Municipio de Bogotá o ambas entidades deben pagarme la indemnización correspondiente por los perjuicios que me han sido causados con la muerte de mi hijo Jorge de Francisco, de acuerdo con la estimación que de esos perjuicios se haga en este juicio o en la ejecución de la sentencia.”

Los hechos fundamentales de la demanda son los siguientes:

“1º Jorge de Francisco era mi hijo legítimo.

“2º El mencionado hijo fue nombrado por el Director de la Policía Nacional Agente motociclista de la Sección XIII de la Oficina de Circulación y Tránsito por Decreto número 192 de 15 de julio de 1932, nombramiento que fue aprobado por Decreto del Poder Ejecutivo número 1243, de 23 de julio de 1932.

“3º Mi citado hijo tomó posesión del cargo y lo desempeñó desde julio de 1932 hasta el día 31 de julio de 1933, fecha en la cual ocurrió su muerte.

“4º El día 30 de julio de 1933 mi hijo Jorge de Francisco fue víctima del accidente a que me he referido, en momentos en que cumplía órdenes de la Oficina de Circulación.

“5º A consecuencia de las heridas sufridas en el accidente, mi hijo Jorge de Francisco murió el día siguiente, es decir, el 31 de julio de 1933, en el hospital de San José de esta ciudad.

“6º Cuando el accidente ocurrió, mi hijo montaba la motocicleta distinguida con la placa número 10 de la Oficina de Circulación, marca Harley Davids, motor número 14.244, de propiedad de la Oficina mencionada, del Municipio de Bogotá o de la Nación, y en todo caso, suministrada por la Oficina de Circulación para el servicio de la regulación del tráfico.

"7° La máquina había sido suministrada a mi hijo para el desempeño de sus funciones de Agente motociclista, dependiente de la Oficina de Circulación.

"8° La máquina fue adquirida por el Municipio de Bogotá, por compra hecha a una casa extranjera, para el servicio de la Circulación.

"9° La Oficina de Circulación fue dependencia municipal hasta la fecha en que por virtud del Acuerdo número 19 de 1931 del Concejo Municipal de Bogotá, dicha Oficina pasó o ser dependencia de la Policía Nacional.

"10. El accidente se sucedió porque con anterioridad, la motocicleta estaba dañada y así se le suministró a mi hijo.

"11. Soy muy pobre y mi citado hijo Jorge subvenia a mis necesidades y sostenimiento.

"12. Cuando mi hijo murió, apenas tenía cumplidos 21 años de edad y tenía un organismo sano y robusto."

En cuanto al derecho dijo lo siguiente:

"En derecho fundo esta demanda en el Título XIV del Código Civil y en toda otra disposición que favorezca mis derechos."

Después de decidido tanto por el Tribunal *a quo* como por la Corte un incidente de nulidad, en el sentido de que el Tribunal podía conocer del presente juicio aunque la acción estuviera dirigida contra el Municipio de Bogotá por cuanto que también se había promovido contra la Nación (cuaderno número 6, folios 6 y 7), siguieron los demás trámites del juicio hasta finalizar por medio de la sentencia del citado Tribunal, de fecha octubre 6 de 1938, contra la cual se alzó en apelación para ante esta Superioridad la parte actora.

Agotada aquí la tramitación de rigor, se procede a fallar, mediante las consideraciones que se pasa a expresar.

Los hechos comprobados.

Conforme a las pruebas aducidas y practicadas en la primera y en la segunda instancia, aparece acreditado en el proceso lo siguiente, en síntesis:

Jorge de Francisco, hijo legítimo de la demandante, era Agente motociclista de la Oficina de Inspección de Circulación y Tránsito, que estaba a cargo de la Policía Nacional conforme a contrato celebrado entre la Nación y el Municipio de Bogotá.

En ejecución de órdenes superiores para la organización del tránsito con motivo de una revista militar y aérea que se efectuaba en el vecino Municipio de Madrid, el joven De Francisco salió de esta capital el día 30 de julio de 1933 con otros compañeros motociclistas, y al regresar hacia esta ciudad, marchando a velocidad

moderada por la carretera entre Fontibón y Mosquera, la motocicleta en que montaba al dar con un desnivel del camino "dio un vuelco de campana" quedando debajo de ella gravemente lesionado De Francisco con una fractura del cráneo, a consecuencia de la cual falleció al día siguiente.

Tanto por las declaraciones de los señores Miguel Calvo, Augusto B. Urrego, Germán Lara y Carlos Cervantes, testigos que presenciaron el accidente de que fue víctima De Francisco (cuaderno número 4, folios 2 y siguientes), como por el dictamen de los peritos Jorge Orozco y José Galvis (cuaderno número 1, folios 2 y 3 v.), se sabe que el accidente se produjo porque debido al mal estado en que se hallaba la motocicleta desde mucho tiempo atrás, al frenar rozaba bruscamente la llanta delantera con el guardafango, anomalía que consistía o que se producía porque "el tenedor de la máquina estaba un poco torcido, motivo éste más que poderoso —exponen los citados peritos— para que la rueda no tuviera su perfeccionamiento perfecto (sic) y se produjera el roce de ella contra el guardafango".

Encontraron también los peritos que la motocicleta de que se trata "tenía dañados por el uso los resortes amortiguadores (cedidos), lo que hacía que al dar con un desnivel en el camino, el resorte amortiguador por su mal estado, cedía demasiado y frenaba la llanta contra el guardafango". Se agrega que los balancines de la máquina "se hallaban muy gastados por el uso, razón poderosa para que en (sic) el mal funcionamiento de los resortes amortiguadores, ayudaran a que la rueda en un desnivel se frenara con mayor violencia, y a más, desestabilizan (sic) la dirección de la máquina produciendo todo esto un grave peligro para el que la manejaba".

Que el accidente tuvo como causa el mal funcionamiento de la motocicleta en que montaba De Francisco es, pues, un hecho que aparece plenamente comprobado, no sólo por el dictamen pericial, sino por lo que refieren los testigos presenciales del accidente, señores Calvo, Urrego, Lara y Cervantes, acordes en cuanto que fue la brusca y anormal trabazón de los frenos con una de las ruedas, lo que ocasionó el vuelco del vehículo.

La culpa y responsabilidad por el accidente.

Está probado, en consecuencia, que la muerte de De Francisco no se ocasionó por un caso fortuito, sino por virtud de hechos conocidos, y, por ende, previsibles.

En tales circunstancias, ¿a quién corresponde la culpa de lo sucedido, y, por tanto, la obligación de responder civilmente por los perjuicios

que se hubiere ocasionado? Es lo que pasa a investigarse.

Concepto del señor Procurador.

Hace el señor Procurador Delegado en lo Civil un extenso examen de las circunstancias en que tuvo lugar el accidente en que perdió la vida el motociclista De Francisco y de los antecedentes que le precedieron, para deducir, en conclusión, que la culpa la tuvo el mencionado joven por haberse expuesto voluntariamente al peligro, omitiendo lo que de su cargo era para que la máquina hubiera sido reparada oportuna y convenientemente, y que, por tanto, se impone un fallo absolutorio.

Sobre el particular se expresa de este modo el señor Procurador:

"Así planteado el problema en el caso de autos, hemos de proceder a establecer si hubo de parte del agente De Francisco una iniciativa bien caracterizada y encaminada a que la máquina 'Harley Davics' número 10 fuera debidamente reparada, por lo cual, no habiendo sido acometida tal reparación por parte de la Jefatura de Circulación y Tránsito, la culpa de lo acaecido y la responsabilidad consiguiente sean imputables *íntegra y exclusivamente* a esta última entidad.

"Dos de los testigos, los señores Miguel Calvo y Augusto Bernardino Urrego (folios 23 a 25 del cuaderno de pruebas de la segunda instancia), deponen *con una singularísima exactitud en las palabras*: 'Séptimo. Es verdad y me consta por recordarlo que el señor De Francisco le había manifestado al Comisario, señor Germán Lara, el mal estado de su motocicleta'. Y añaden al unísono: 'También me consta que no podía ser reparada (la máquina) por no existir repuestos necesarios ni personal para ello en el taller de Circulación'.

"Tales declaraciones, consideradas superficialmente, son convincentes. Pero hay que analizar más en su fondo.

"Está demostrado que ese 'Comisario' señor Germán Lara, que citan los testigos, ¿era el funcionario a quien debía acudir el motociclista De Francisco por cuanto era el competente para ordenar la reparación de la motocicleta o para proceder él mismo a realizarla?

"El informativo no arroja la constancia de tal demostración. Eu cambio, nos ofrece datos en contrario, como vamos a verlo.

"El mismo señor Germán Lara depone como testigo (a folios 25 y 26 *ibidem*) y dice que él, en la época del accidente, era 'empleado del Departamento de Circulación de la Policía Nacional *en calidad de motociclista*' (subrayo). Esto es, el señor Lara era un simple motociclista. Su empleo, y debe concluirse, a falta de otra prue-

ba, que sus funciones eran unas mismas que las de De Francisco. No es dable concluir de otra manera. No es dable dar por sentado que el 'motociclista' Lara si era efectivamente el funcionario capacitado para resolver la solicitud que se dice fue hecha por De Francisco. Es más, el señor Lara en su deposición, en contestación al punto séptimo, dice: 'Es verdad y me consta personalmente que De Francisco había manifestado en diferentes ocasiones que la motocicleta que le habían dado para su uso y servicio estaba dañada, etc.' Pues bien: en primer término, Lara no dice que tal queja o solicitud le hubiera sido dirigida a él en su carácter de funcionario competente para resolverla. En segundo término, es una respuesta sumamente vaga, que no concreta a quién, a qué funcionario se dirigió la queja o solicitud de De Francisco, y si el tal era el llamado a resolverla, habiendo incurrido en negligencia y descuido culpable al no hacerlo.

"Por otra parte si está comprobado que el Departamento de Circulación y Tránsito estaba más o menos preparado para resolver tales emergencias, pues tenía un 'taller de reparaciones' en aquella época, como aparece del certificado de la Dirección General, aducido como prueba por el demandante, y que corre a folios 20 y vto. del cuaderno citado'.

"No, señores Magistrados. Persisto en recalcar el punto de que la Dirección de Circulación si tenía un taller de reparaciones más o menos preparado para resolver esta clase de emergencias. Hay que concluir que ese taller era capaz de realizar el arreglo de una simple torcedura del tenedor de una motocicleta. Luego, por este aspecto, tendríamos que concluir dando por demostrada la *ausencia de culpa* de la Dirección de Circulación.

"Por otro aspecto, ¿qué evidencia, qué verdad lógica fluye de todo lo anterior? No es ella otra que la culpa grave, de enormes proporciones, del Agente o motociclista De Francisco. Es que De Francisco no sólo por razón de sus funciones y conocimientos estaba obligado a *cooperar* con la entidad de que era una parte u órgano substancial, en la diligencia y cuidado en cuanto al funcionamiento de la motocicleta; es que sólo de él debía partir la *iniciativa* en cuanto a tal diligencia y cuidado. Lo realmente grave de su culpa es que, con su actitud, acusa un inusitado desprecio del principio psicológico que se conoce con el nombre de *instinto de conservación*. De Francisco se entregó, entregó su vida, a un riesgo tremendo. Lo hizo a sabiendas, temeraria o imprudentemente. Se entregó, él, en los brazos de la fatalidad que le estrangularon.

"Su culpa es de tal magnitud que, al lado de ella, también tendríamos que empalidece, falla, desaparece esa presunción de culpa que la doc-

trina y la ley harían gravitar en el caso de autos sobre la entidad de que De Francisco dependía. Se impone, pues, aplicar *hasta el máximo* la letra y el espíritu del artículo 2357 del Código Civil, declarando que la Dirección de Circulación y Tránsito no es responsable de la muerte del motociclista De Francisco.”

La Corte deplora no compartir el anterior concepto en su totalidad. Acepta ella que el motociclista De Francisco, bajo cuyo inmediato control estaba la motocicleta, tenía la obligación, tanto como conductor de ella, como empleado o dependiente de la Dirección de Circulación y Tránsito, de conocer el mal estado en el funcionamiento de ese vehículo y la de dar cuenta de ello a sus superiores para que se le hicieran las necesarias reparaciones. No era preciso para cumplir estas obligaciones que De Francisco fuera mecánico; pues no se trataba de que él mismo hiciera esas reparaciones ni de que conociera técnicamente en qué consistía el daño de la máquina: bastaba que advirtiera, y esto si era fácil de conocerlo como conductor, que ella no funcionaba normalmente.

Más aún: era su deber conocerlo y hacer lo conveniente para evitarlo, pues quien maneja a sabiendas, un vehículo en mal estado de servicio, no sólo expone su vida imprudentemente al peligro, sino la de terceros, con las consecuencias legales que por tal imprudencia se siguieren o derivaren.

Pero si obligaciones de la víctima eran, las de advertir el mal funcionamiento de su vehículo y la de darles cuenta de ello a sus superiores para que el daño fuera reparado, obligación también era de éstos conocer, directamente o por conducto de los mecánicos del taller de reparaciones de la Dirección de Circulación y Tránsito, tanto para seguridad de los Agentes motociclistas, como para la del público en general, que las motocicletas destinadas a la fiscalización y organización del tránsito estaban en condiciones de normal funcionamiento. El silencio de parte de los conductores sobre este particular, puede atenuar y dividir la culpa y la consiguiente responsabilidad entre la entidad encargada de ese servicio público y los agentes encargados de accionarlo, pero de ninguna manera descartarlas de ésta en absoluto para desplazarlas solamente hacia aquellos que obraron en servicio y a nombre de la primera. No se trata aquí, en concepto de la Corte, de los casos en que de acuerdo con los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, cesa la responsabilidad de las personas allí mencionadas por un comportamiento impropio de sus subordinados que ellos no pudieron prever ni impedir. Por la misma negligencia que acusara el

empleado al omitir dar a sus superiores el aviso oportuno del caso para que éstos hicieran reparar los desperfectos de sus vehículos, serían ellos responsables, pues les comprendería la presunción de que hicieron como empleadores una mala elección de su dependiente o empleado.

En el caso de autos, y por cuanto no se trata de un accidente causado a terceros, sino de uno sufrido por uno de los miembros o agentes de la misma entidad u organismo encargado de accionar el servicio de fiscalización del tránsito público, agente que tenía también la obligación de cooperar al buen funcionamiento de ese servicio en razón de las funciones que ejercía y por su propia seguridad, es de justicia declarar que se configura aquí claramente el caso de concurrencia de culpa de la víctima con la del autor del daño, de que trata el artículo 2357 del Código Civil, y que en consecuencia, en el accidente que ocasionó la muerte de Jorge de Francisco, la responsabilidad corresponde tanto a éste como a la Nación, a cuyo cargo estaba por contrato de 22 de julio de 1933 (cuaderno número 9, folios 26 a 38), la Dirección de “la Circulación y Tránsito urbano de la ciudad, por medio de la Policía Nacional”, cuando falleció De Francisco en cumplimiento de órdenes de esta institución.

Los perjuicios.

Dilucidada la cuestión relativa a la responsabilidad por el accidente de que fue víctima Jorge de Francisco, en la forma que arriba queda expuesta, resta ahora saber cuáles son los perjuicios materiales y morales objetivados que el fallecimiento de dicho joven ocasionó a su señora madre, la demandante.

Sobre este particular, la Sala anota que aquélla nada ha comprobado ni en la primera ni en esta instancia.

Con efecto, al folio 4 del cuaderno número 9, consta que en escrito de fecha 20 de junio de 1939 se pidió por su apoderado lo siguiente:

“11. Que por medio de peritos se establezca el valor de los perjuicios materiales y morales causados a la madre y familiares con la muerte del señor Jorge de Francisco. Para rendir su dictamen los peritos tendrán en cuenta la edad de la víctima; el estado de su salud antes del accidente; su posición social y la de su familia; las pruebas que obran en este juicio; el sueldo que devengaba Jorge de Francisco; el que actualmente devengan los motociclistas de la Oficina de Circulación y Tránsito; la supervivencia posible de De Francisco y todo otro elemento que estimen conveniente.

“Nombro como perito al doctor Enrique Madero Paris, quien es mayor de edad y vecino de esta ciudad, y pido se señale término a la parte

contraria para designar el perito que le corresponde y para que se posesionen y rindan su dictamen."

Con el mismo escrito se pidió las declaraciones de los señores Víctor A. Borrero Falla, Eduardo Forero Mariño y Alberto García Maldonado sobre los siguientes puntos: "...e) Si por el examen que en esa ocasión hicieron de Jorge de Francisco como por haberlo conocido con anterioridad les consta a los declarantes personalmente que era un muchacho sano, robusto y llamado a disfrutar larga vida; y si igualmente les consta que De Francisco era un muchacho de magníficas condiciones de honorabilidad y buen juicio y ayudaba a su madre en el sostenimiento de la casa, entregándole religiosamente lo que ganaba."

Y por último, en el mismo escrito también se solicitó las declaraciones de los señores Jorge Jaramillo, José María Jaramillo y Francisco de la Peña, acerca del siguiente punto:

"...f) Si les consta por conocimiento personal que Jorge de Francisco era un muchacho de fuerte complexión, muy robusto y sano y si igualmente les consta que era muy buen hijo y ayudaba con su sueldo al sostenimiento de su madre la señora Waldina Suárez de De Francisco."

Aunque tales pruebas fueron decretadas por auto de junio 16 de 1941 de esta Sala, no fueron practicadas.

No puede, la Corte, en tales circunstancias, reconocer que el hecho que produjo el fallecimiento del hijo de la actora le ocasionó perjuicios de la clase anotada a dicha señora, porque como queda dicho, las pruebas solicitadas y que habrían sido conducentes para evidenciar este hecho, fueron pedidas y decretadas pero no practicadas. No hay elemento de convicción ni siquiera para fijar las bases de una condenación *in genere*.

Pero si los hechos aislados del parentesco de De Francisco con la demandante y el fallecimiento de éste, por sí solo no son suficientes para estructurar la existencia y cuantía del perjuicio de carácter material y del meral objetivado que el daño hubiera ocasionado a su se-

ñora madre, no sucede lo mismo con el perjuicio moral de carácter subjetivo. Este se presume que ha existido y existe por la estrecha relación de consanguinidad entre la víctima y la actora, por los lazos de afecto que tal parentesco crea y por el sufrimiento moral que la pérdida de su hijo debió ocasionarle. La Corte sin embargo de tratarse de un caso de fallecimiento en que debiera condenar al máximo de \$ 2.000, de que trata el artículo 95 del Código Penal, reducirá esta suma a sólo un mil ochocientos pesos a cargo de la Nación en atención a que considera que hubo también culpa por parte de la víctima, según lo que de autos consta y se ha examinado.

Fallo.

Por las consideraciones que se dejan hechas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada y en su lugar *falla* el presente juicio, del siguiente modo:

a) La Nación colombiana es civilmente responsable, en la forma y términos que se han expuesto en la presente sentencia, por la muerte violenta del señor Jorge de Francisco, y en consecuencia se le condena a pagar a la demandante, señora Waldina Suárez de De Francisco la suma de un mil ochocientos pesos (\$ 1.800.00) en concepto de perjuicios morales subjetivos.

b) No se accede a condenar al pago de perjuicios materiales y morales objetivados porque no se ha demostrado la existencia de ellos ni su cuantía. En consecuencia, se absuelve a la Nación por este concepto.

c) De la suma que la Nación deba pagar por razón del presente fallo, se descontará cualquiera otra que la actora hubiere recibido de dicha entidad por auxilio con motivo del accidente de su hijo Jorge de Francisco.

Publiquese, notifíquese, cópiese, dése cuenta al Gobierno y devuélvase el expediente.

Anibal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Acción sobre pago de perjuicios.—Responsabilidad de las empresas de transporte en cuanto a la conducción de pasajeros.—Doctrina sobre cómputo de perjuicios

1.—Las entidades públicas o privadas que tienen a su cargo los servicios de transporte de personas adquieren con éstas la obligación de conducir las a su destino en las mismas condiciones que las reciben, y si ello no ocurre, entonces se hacen responsables de los perjuicios que causen, conforme se desprende de los mandatos contenidos en los artículos 2072 del Código Civil, 322 del Código de Comercio y 26 de la Ley 76 de 1920. De esta responsabilidad solamente se libra la empresa o entidad transportadora cuando demuestra que tomó la diligencia y cuidado suficientes y que el accidente sufrido tuvo su origen en la fuerza mayor o caso fortuito, o que se debió a culpa de la víctima, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1604 y 1557 del Código Civil.

2.—La Corte está de acuerdo con el Tribunal sentenciador en que hay que atender, en casos como el que contempló el juicio, a la circunstancia de ser el daño sucesivo, debiendo por lo mismo ser periódica la indemnización. La obligación sucesiva debe satisfacerse periódicamente y no en un solo acto. Si esto último se realiza, anticipándose las prestaciones sucesivas, haciéndose de ellas una sola, es lo natural que se deduzcan las utilidades, a las cuales no se extiende la condena, que ese capital anticipado va a producir si se le supone depositado en un banco y listo para que de él se desprendan, en sus distintas oportunidades, las sumas correspondientes a cada una de las sucesivas obligaciones. La indemnización debe limitarse al pago de la renta periódica, y si para hacerlo se anticipa un capital que se entrega al beneficiario, es claro que lo que exceda a esa indemnización periódica sobrepasa los cálculos y los dictados de la justicia, la que si no acepta que un perjuicio quede sin satisfacción económica adecuada, tampoco quiere ir más allá, enriqueciendo indebidamente el patrimonio del lesionado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, abril dos de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Anibal Cardoso Gaitán).

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, la señora Marta Helena Montoya viuda de Moreno, propuso demanda ordinaria con el fin de que se hagan contra el Departamento de Antioquia las declaraciones que en seguida se relacionan:

Primera. Que el Departamento de Antioquia, como dueño de la empresa del Ferrocarril de Antioquia —Sección Cauca— es responsable y debe pagar los perjuicios ocasionados por la muerte del señor Julio Moreno, marido de la demandante, acaecida el 22 de julio de 1937 a consecuencia del accidente ferroviario que tuvo lugar el mismo día en el paraje quebrada de La Paja, jurisdicción del Municipio de Amagá.

Segunda. Que la entidad demandada debe pagar la suma de \$ 12.000, o la cantidad que determinen los peritos, como perjuicios por la muerte del señor Julio Moreno, más los perjuicios morales, gastos de clínica, atención médica y entierro.

Tercera. Que el valor de tales perjuicios debe pagarlo el Departamento de Antioquia a la demandante en su carácter de cónyuge sobreviviente y a la sucesión del expresado señor Moreno, representada por sus hijos Marta Elena, Julio Enrique, Antonio Jesús, María Gabriela, Luis Bernardo, Luis Gonzalo, Libia del Socorro, Berta Inés y José Jesús Moreno.

Cuarta. Subsidiariamente, que los perjuicios debe pagarlos el Departamento a la sucesión del señor Moreno, representada por los hijos relacionados en el punto anterior, y

Quinta. Que se declare, también subsidiariamente, que los perjuicios de que se trata, debe pagarlos el Departamento a los herederos de Julio Moreno.

Los hechos alegados por la parte actora para apoyar las anteriores peticiones son, en síntesis, los siguientes:

Que la demandante, señora Moreno, fue casada con el señor Julio Moreno y durante el matrimonio procrearon los hijos relacionados en la petición tercera.

Que el señor Julio Moreno, viajando como pasajero en el último carro de segunda categoría del tren que en la mañana del jueves veintidós de julio de 1937 hacia su recorrido entre la estación de La Pintada (Cauca) y la ciudad de Medellín, tuvo que colocarse en el estribo, porque el interior de dicho carro estaba completamente lleno, y fue arrojado de allí en el sitio conocido con el nombre "Quebrada La Paja", debido a que se reventó el enganche central que unía a los carros.

Que antes de cruzar la locomotora la quebrada *La Paja*, se desadaptó el carro de segunda categoría del carro de primera clase, quedando unido únicamente por dos largas y débiles cadenas, hecho éste que produjo un fuerte pánico entre los pasajeros debido al peligro provocado por la trepidación e imputable a la falta del enganche central, y en esas circunstancias el señor Moreno fue arrojado con violencia a tierra, por el trepidar de los carros, siendo recogido después en estado agónico, con un pie triturado y un fuerte traumatismo en la cabeza.

Que el señor Julio Moreno fue conducido a la estación de Caldas para prestarle los primeros auxilios médicos, y luego a la ciudad de Medellín donde murió en la Policlínica Municipal, siendo la causa principal de dicha muerte un shock traumático y la secundaria una anemia intensa, todo lo cual fue resultado del referido accidente ferroviario.

Que el Departamento de Antioquia es dueño de la empresa del Ferrocarril de Antioquia, y que es un hecho notorio la desorganización de dicho Ferrocarril en la Sección Cauca, pues los carros son insuficientes para transportar pasajeros; y

Que el señor Moreno se ocupaba en el cultivo del tabaco y café que le daba una renta de más de \$ 1.500 anuales y que dejó, como fruto de las nupcias legítimas con la demandante, a los menores hijos Marta Elena, Julio Enrique, Antonio Jesús, María Gabriela, Luis Bernardo, Luis Gonzalo, Libia del Socorro, Berta Inés y José Jesús.

Una vez surtidos los trámites propios de la primera instancia el Tribunal Superior de Medellín desató la litis condenando a la entidad demandada a pagar a favor de la señora Marta Elena Montoya y sus menores hijos, la suma de \$ 3.884.80 como valor de los perjuicios causados por la muerte del señor Julio Moreno. La deci-

sión fue apelada por ambas partes para ante esta Sala de Negocios Generales, y agotadas como están las ritualidades de la segunda instancia, se procede a dictar sentencia, teniendo en cuenta las consideraciones que a continuación se exponen:

Según se desprende del relato de los hechos y de las pruebas que obran en autos, el señor Julio Moreno falleció por causa del accidente que sufrió cuando viajaba como pasajero del Ferrocarril de Antioquia en la mañana del jueves 22 de julio de 1937.

Como por ese hecho el juzgador *a quo* condenó al Departamento de Antioquia a resarcir los perjuicios sufridos por la parte actora, ésta en su alegato de conclusión sostiene la legalidad del fallo recurrido, pero al mismo tiempo solicita que dicha providencia se modifique en razón de que ella atribuye parte de la responsabilidad a la víctima, y rebaja por ese concepto, la cuantía de los perjuicios. En cambio, el señor Procurador Delegado en lo Civil, representante de la entidad demandada, alega que la empresa del Ferrocarril de Antioquia no incurrió en imprudencia, negligencia o descuido capaz —frente a la imprudencia de la víctima— de fundar la responsabilidad de aquélla en el accidente ocurrido; que si la empresa es responsable, lo es igualmente la víctima, que se expuso imprudentemente al daño, y que, por consiguiente, es de estricta aplicación el precepto contenido en el artículo 2357 del Código Civil, tal como lo hace el Tribunal en el fallo recurrido; que la cuantía de la indemnización por perjuicios materiales debe reducirse a la mitad, en razón de la deducción que corresponde a los gastos personales de Moreno; y que la indemnización por daño moral (no objetivado) no debe totalizar una suma mayor del máximo legal. (Artículo 95 del Código Penal).

La responsabilidad que se pretende deducir, como lo expresa el Tribunal en su providencia de fondo, es de carácter contractual, porque nace de un contrato de transporte de personas, el celebrado entre el Ferrocarril de Antioquia y el señor Moreno, para conducir a éste de Amagá a la ciudad de Medellín, pagando el pasajero el precio correspondiente a dicho transporte.

Responsabilidad civil del demandado.

Las distintas declaraciones traídas con la demanda y las producidas durante el juicio demuestran la existencia del contrato de transporte celebrado entre el señor Julio Moreno y el Ferrocarril de Antioquia, y esas mismas pruebas, junto con los certificados de defunción y la declaración del conductor del ferrocarril, señor José Agudelo, acreditan también que el pasajero

señor Moreno, durante el desarrollo del contrato, fue víctima de un accidente a consecuencia del cual falleció el mismo día de acaecido el suceso.

Hay en el expediente testimonios plurales de personas que declaran contradictoriamente sobre el hecho, importante en el juicio, de la manera como viajaba el señor Moreno cuando el accidente se produjo. Numerosas declaraciones, las primeras que se recibieron a raíz del acontecimiento afirman que Moreno se vió precisado a viajar en la plataforma del carro de segunda clase por no haber encontrado sitio dentro de él para permanecer durante el recorrido (Miguel Rivera, Enrique Soto, Dionisio Adarve, folios 45, 48 y 49, cuaderno número 1). Estos testimonios, ratificados durante el juicio, habían sido recibidos en los últimos meses del año de 1937. El presbítero Francisco A. Ramírez y los señores Julio Correa Echeverri, Efraim Valencia y Clemente Rave, declararon sobre el hecho de que se trata, en un sentido opuesto al de los anteriores testimonios. Correa dijo que él ayudó personalmente al señor Moreno a acomodarse en un asiento en el carro de segunda clase; Rave afirma que vio a Moreno en dicho carro y que dentro de él había campo suficiente para los pasajeros, sin que fuese preciso acudir a las plataformas o estribos por falta de cupo; y Valencia dijo que cuando Moreno tomó el tren en los carros había suficiente cupo para conseguir asiento sin necesidad de viajar en los estribos y plataformas. Pero aunque se pidió a la Corte y ella ordenó la ratificación de estas tres últimas declaraciones, que se habían recibido extrajuicio, y se libraron los despachos correspondientes, ninguna de esas ratificaciones se produjo en el término respectivo de la segunda instancia, lo que no permite tenerlas como pruebas. El presbítero Ramírez, cuyo testimonio si fue ratificado en el juicio, afirma que el señor Moreno viajaba dentro del carro de segunda clase "porque desde asiento (sic) en el carro yo lo había observado o visto que me quedaba a todo el frente". Contra la aseveración de los testigos mencionados al principio de este comentario, de que Moreno tuvo que viajar en la plataforma del carro por no haber encontrado asiento dentro de él, hay pues, solamente el testimonio del presbítero Ramírez, al cual no puede desconocerle su importancia y autoridad, por la respetabilidad de su autor, en atención a su investidura sacerdotal. Sin embargo su declaración no es bastante para destruir la afirmación uniforme de los primeros tres testigos mencionados.

Se pretendió probar, pero no está acreditado, que el señor Moreno después de haber tomado asiento dentro del carro, al sentir el ruido o la trepidación que se produjo, salió a la plataforma y que de ella se arrojó a tierra, seguramente por

el temor de peores consecuencias para él si continuaba en el tren, por el peligro de un descarrilamiento que parecía inminente.

Sobre el otro hecho conexo con el que se acaba de examinar, del ruido o la trepidación producidos por el desenganche parcial de los carros, el señor Procurador Delegado en lo Civil solicitó la práctica de una inspección ocular y pericial para que se estableciera lo siguiente: "a) Si es verdad que los carros de segunda clase que el Ferrocarril de Antioquia emplea para el transporte de pasajeros están dotados de su enganche principal consistente en un grueso pasador que une a los demás carros y además, para su máximo de seguridad, están igualmente dotados de sendos doble-enganches laterales consistentes en fuertes cadenas; b) Si es verdad que la zafada de uno de los doble-enganches de que están dotados dichos carros (y se provocará al efecto la zafada de uno de los del carro en que se verifique la inspección), no ocasiona desadaptación alguna ni ofrece el más mínimo peligro o riesgo para los pasajeros, ni produce trepidaciones, sacudidas ni movimientos de ninguna naturaleza que motive la caída de éstos, ni accidente cualquiera que pueda justificar alarma en los mismos; y c) Que se constate igualmente si es verdad que zafado dicho doble-enganche que, como se ha dicho, consiste en una fuerte cadena, sólo se produce el natural ruido que hace ésta al rozar con los polines de la vía férrea, pero el carro continúa sólida y firmemente unido al tren por medio de su enganche principal, sin que aquello pueda implicar el más remoto riesgo para la seguridad de los pasajeros".

Practicada la inspección por el Juez Tercero Civil de Circuito de Medellín y los peritos que él designó al efecto, produjo este resultado: "Se constató: La zafada de uno de los doble-enganches, conexión central en la parte inferior de los carros, provoca durante la marcha de la locomotora y la tracción respectiva, un ruido estridente, descompuesto y de trepidación, capaz de inferir en el ánimo de una persona normal un estado de zozobra o alarma por la expectativa del acaecimiento de un accidente ferroviario... La caída del doble-enganche puede determinar —y en efecto acaeció durante la inspección— la desconexión de la moñonera, lo que da por resultado que los vagones queden exclusivamente unidos por las cadenas laterales de que se habló en la cuestión anterior; por ende, los mismos carros quedan solucionados entre sí por una distancia de cincuenta y cinco centímetros y sujetos, por lo menos en el cuerpo de la sección más posterior a la locomotora, a la natural oscilación provocada por la marcha y el juego recíproco de los eslabones respectivos. Naturalmente esta situación fija un estado de desadaptación

tación al enganche ordinario y regular de las carrocerías, puesto que con la concurrencia general del triple enganche, las secciones se hallan unidas en forma inmediata que permite el desarrollo de la tracción en condiciones normales. Sumados estos acaecimientos a los primeros esbozados, lógicamente contribuyen a intensificar el estado de alarma entre los que correspondan soportarlos. Como se dijo, la caída del doble enganche, del cual no todos los carros están provistos, produce un ruido de naturaleza estridente, y no propiamente de roce con el otro cuerpo sino de golpes y contragolpes causados posiblemente por aquél. Tampoco puede asegurarse que a la zafada del doble enganche, las secciones queden unidas por su enganche principal (moñonera) porque, como se constató, éste puede desconectarse, fácilmente”.

Está establecido, en opinión de la Corte y en virtud del dictamen pericial, que el desenganche, en parte, del carro en que viajaba el señor Moreno pudo producir un ruido estridente, descompuesto y de trepidación, capaz de causar en el ánimo de una persona normal un estado de zozobra o alarma por la expectativa del acaecimiento de un accidente ferroviario. El tren no se descarriló, pero su funcionamiento irregular, susceptible de producir alarma, debió ocasionar la resolución del pasajero Moreno de arrojarlo a tierra. No está comprobado que el señor Moreno dejase su asiento dentro del carro para buscar la plataforma, y antes bien, el análisis de los testimonios conducentes y de otras pruebas, como la de ser de uso frecuente la venta superior de tiquetes en el Ferrocarril con relación al cupo de pasajeros en los carros, hace verosímil que la situación del mal funcionamiento del carro se produjese cuando Moreno viajaba en la plataforma por no haber encontrado asiento en él. Y en estas circunstancias, el acto de Moreno al arrojarlo del tren va acompañado de otro hecho que se traduce en responsabilidad de la empresa del Ferrocarril, de no haber prestado debidamente el servicio, poniendo los medios propios para que el pasajero Moreno viajara dentro del carro y no en la plataforma o en el estribo de éste. Si Moreno hubiese ocupado asiento, es muy posible que así como los demás pasajeros se mantuvieron en sus sitios dentro del carro, él hubiese permanecido dentro del mismo, con lo cual el accidente de que fue víctima se habría evitado.

La prueba pericial es clara en el sentido de que el ruido estridente, descompuesto y de trepidación pudo producir en una persona normal la sensación de la inminencia del accidente ferroviario. El instinto de la propia conservación de la vida lleva al hombre a ejecutar actos como el de Moreno, procurando ponerse a salvo de

peores consecuencias. No parece natural, por los elementos de juicio de que se dispone, pensar que después de producida esa situación de alarma, por la inminencia del accidente, el pasajero Moreno hubiese estado, como hombre prudente, en la necesidad de permanecer en la plataforma del carro a la espera de un descarrilamiento, en el cual no llevaba posibilidades de salir indemne, como si las tenía si lograba descender del tren en un acto afortunado.

El señor Procurador Delegado en lo Civil sostiene en su alegato algunos puntos de vista relacionados con las circunstancias en que se hace el enganche de los carros del ferrocarril, y considera que la desadaptación que se produjo no era bastante a ocasionar en una persona prudente la resolución de lanzarse del tren. Para la Sala, el concepto de los peritos es muy claro y preciso en el sentido contrario al que plantea el señor Procurador.

Hace este distinguido funcionario notorio hincapié en el hecho de que el pasajero Moreno ocupase la plataforma del carro, o el estribo en ella, habiendo podido colocarse de pie dentro de él, en el supuesto de no hallarse asientos, lo que acusa una imprudencia, máxime cuando las empresas ferroviarias prohíben viajar en las plataformas. Después de lo expresado antes por la Corte, ha de agregarse que reconociéndole mucha importancia a la apreciación del señor Procurador y siendo evidente, como éste lo anota, que el pasajero Moreno pudo proteger su integridad corporal ocupando el carro en la forma que él apunta, influye en el juicio de la Sala la circunstancia ya analizada, de la venta de pasajes en exceso con relación al cupo de los vagones del ferrocarril, y la de que tampoco puede afirmarse que sea obligatorio para los pasajeros viajar de pies dentro del carro, si no hay asientos disponibles, pues bien puede ocurrir que un pasajero, para no incomodar a las personas que ocupan puesto, resuelva trasladarse a las plataformas. Desde que no existen asientos en disponibilidad, el pasajero queda en libertad de situarse donde lo considere conveniente; la prohibición de ocupar las plataformas no rige razonablemente cuando la empresa no cumple con el deber en que está de suministrar asientos a los pasajeros. Hacia ellas se desplazan de ordinario los viajeros en tales casos.

Las entidades públicas o privadas que tienen a su cargo los servicios de transporte de personas, adquieren con éstas la obligación de conducirlos a su destino en las mismas condiciones que las reciben, y si ello no ocurre, entonces se hacen responsables de los perjuicios que se causen, conforme se desprende de los mandatos contenidos en los artículos 2072 del Código Civil, 322 del Código de Comercio y 26 de la Ley 76

de 1920, responsabilidad de la que solamente se libra la empresa o entidad transportadora cuando demuestra que tomó la diligencia y cuidado suficientes y que el accidente sufrido tuvo su origen en la fuerza mayor o caso fortuito, o que se debió a culpa de la víctima, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1604 y 1557 del Código Civil.

No se halla acreditado en el proceso que la empresa transportadora —el Ferrocarril de Antioquia— hubiese empleado la diligencia y cuidado a que estaba obligada en la conducción del pasajero Moreno, ni que éste hubiese tenido culpa de que deba responder, en el accidente, ni que él se hubiese ocasionado por fuerza mayor o caso fortuito. La responsabilidad del demandado se encuentra establecida.

INDEMNIZACION POR EL DAÑO

Perjuicios materiales.

Refiriéndose la sentencia del Tribunal a la estimación del daño expresa lo que sigue, haciendo un análisis, que la Corte estima acertado, de las pruebas que obran en el juicio:

“En cuanto a los perjuicios que deben pagarse existen estas probanzas: declaraciones de Germán Lalinde, Jesús Correa, José J. Montoya, Arturo Montoya y Libardo Quintero quienes afirman que les consta, por conocimiento personal y directo, que Julio Moreno fue un magnífico trabajador en el ramo de agricultura y experto productor de tabaco en abundantes cantidades, y que pueden asegurar que las utilidades anuales que obtenía, excedían de ochocientos pesos.

“Los peritos doctores Lázaro Jaramillo G. y Jorge Cock Quevedo conceptúan que el promedio de edad de los adultos en nuestros climas tropicales, propios para el cultivo del tabaco, puede estimarse en cincuenta y cinco años; y tomando ese promedio deducen que Moreno pudo haber trabajado en bien de su familia, durante unos quince años si no hubiese ocurrido el accidente; y aceptando como promedio de utilidades anuales la de ochocientos pesos, conceptúan que dejó de producir para su familia la cantidad de doce mil pesos (\$ 12.000), en la cual fijan los perjuicios valuosos sufridos por la viuda e hijos de Moreno.

“En la sentencia dictada por este Tribunal, de que atrás se habla, se dan las razones por las cuales puede desatenderse el dictamen de los peritos en exposiciones semejantes a la presente, en cuanto al promedio de la vida del finado, y también en cuanto al modo de hacer los cálculos para las indemnizaciones correspondientes a esta clase de reclamaciones; razonamientos que se dan por reproducidos en este fallo, para no

alargarlo demasiado. No obstante que de acuerdo con las Tablas de Vida Probable de la Compañía de Seguros allí transcritas, la vida probable de Julio Moreno, quien tenía 39 años y medio al morir, era de 26 años, el Tribunal acepta los 15 años de supervivencia de que hablan los peritos, porque no se trajo una prueba adecuada de su buena salud. Además, por el clima donde le tocaba actuar y porque se aceptara igualmente el promedio de los ochocientos pesos anuales como perjuicios anuales sufridos por su viuda e hijos, sin descontarle parte alguna de la que él hubiera invertido en sus gastos personales.

“Teniendo en cuenta esta base de ochocientos pesos de perjuicios anuales, por el término de los 15 años de la supervivencia, y aplicando las Tablas de descuento indicadas en aquel fallo, porque se van a pagar de una vez los contados de ochocientos pesos que debían cubrirse sucesivamente durante ese período, debiera consignarse en el Banco una cantidad de \$ 9,712, o sea, la suma de \$ 7.789.60 para los \$ 800 durante los quince años.

“Ya se dijo arriba que la culpa fue mutua o compensada y que por lo mismo sólo ha de pagar el demandado la mitad de los perjuicios e indemnización, por lo cual resulta que la cantidad que el Departamento debe como indemnización es la de tres mil ochocientos ochenta y cuatro pesos con ochenta centavos (\$ 3.884.80).”

“El apoderado de los demandados en la Corte, al admitir la reducción que el Tribunal hace para fijar el *quantum* del perjuicio, atendiendo a la entrega anticipada de las quince anualidades, se expresa así: ‘Aceptando la base científica de que para recibir un peso anual durante quince años, es preciso consignar \$ 9.712, se tiene que para recibir \$ 800.00 hay que consignar \$ 7.769.60 y no \$ 7.789.60, como dice el Tribunal, y aquello será, pues, el valor de los perjuicios materiales que debe pagarse de una vez ya que no se demostró la culpa concurrente de Julio Moreno.’”

Observa la Sala, en primer lugar, que es fundado el reparo del señor Procurador Delegado en lo Civil a la estimación que hacen los peritos, de ochocientos pesos anuales como monto del perjuicio causado a la familia de Moreno con su muerte, porque los propios peritos admiten que esa suma representa “las utilidades por él obtenidas”, pero sin deducir lo que de ellas hubiese tenido que aplicar a su propio sostenimiento. Es preciso, atendiendo a esa justa observación, que se deduzca del cómputo anual de ochocientos pesos lo que correspondería razonablemente a tales gastos personales de Moreno; deducción que la Corte estima en un veinticinco por ciento (25%) de aquella cantidad anual, considerando que el setenta y cinco por ciento

restante apenas alcanzaría, proporcionalmente, para sostener a una familia formada por la señora de Moreno y nueve hijos, en condiciones de estrechez notoria para todos, de las cuales habría de participar el mismo Moreno. Por consiguiente, la prestación anual será de seiscientos pesos (\$ 600), en vez de la de ochocientos pesos (\$ 800.00) señalada por los peritos y aceptada por la sentencia de primera instancia.

Sentada esta cuestión previa del monto anual de la prestación, debe examinar la Corte las demás disposiciones de aquella sentencia relacionadas con el pago de los perjuicios.

Está de acuerdo la Corte con el Tribunal en que hay que atender, en casos como el presente, a la circunstancia de ser el daño sucesivo, y por consiguiente periódica la indemnización. El Tribunal da por reproducidos en el fallo que se revisa los razonamientos que consignó en otra sentencia cuya dictada en el juicio ordinario de Víctor Vélez contra el Municipio de Medellín, particularmente las consideraciones que hace tocantes con el modo de fijar la cuantía de la indemnización y su pago. La sentencia del Tribunal de Medellín, que contiene un amplio estudio de la materia, aparece publicada en el número 272 de la "Crónica Judicial del Tribunal Superior de Medellín", a las páginas 2162 a 2202. A ella pertenecen los siguientes pasajes:

"*Cómputos.* Estima también el Tribunal que no es acertado ni equitativo el sistema adoptado por nuestras autoridades judiciales y por los señores peritos para fijar la cantidad global que ha de pagarse, multiplicando el promedio mensual de perjuicios por el número de meses de vida probable. Como esa cantidad total se entrega desde un principio, es lo razonable y equitativo que se deduzcan los intereses correspondientes a los anticipos periódicos que integran esa suma.

"En efecto: la responsabilidad legal en estos casos se reduce a la indemnización de los perjuicios causados, o cantidades que dejaron de ganarse, pero en ningún caso puede ser motivo de utilidad económica para los reclamantes. Y éstos obtendrían un fuerte provecho pecuniario si en lugar de cubrirles cada mes, durante veintinueve años, por ejemplo, lo que dejaron de percibir debido a la muerte del padre, madre, etc., consiguieran que se les anticipasen todas esas rentas mensuales.

"Lo mismo ocurre respecto a la indemnización que ha de pagarse a la persona que sufre una lesión, por lo que deja de ganar a virtud de la incapacidad total o parcial. Lo equitativo es que si de un principio se van a pagar, en una cantidad total, las cuotas que debieron ganarse por mensualidades, durante cuarenta años, por

ejemplo, se haga el descuento de los intereses correspondientes al tiempo por el cual se anticipa el pago de cada cuota mensual.

"En el presente caso, por ejemplo, se tiene que la niña Juana María Vélez U., que dejará de ganar, cuando cumpla quince años, una cantidad de 0.30 centavos diarios, o sean \$ 9.00 pesos mensuales, durante cuarenta años, según cálculos de los peritos, recibiría la cantidad de \$ 4.380.00, de acuerdo con el sistema general del citado cómputo, lo cual es inequitativo.

"En efecto: aceptando el interés legal del 6% anual, que es módico, rata a la cual podría fácilmente colocarse la citada suma de \$ 4.380.00, ocurriría que dicha niña recibiría mensualmente la cantidad de \$ 21.90, en lugar de \$ 9.00, por dichos cuarenta años, y con la circunstancia de que al vencerse este periodo, tendría íntegro el referido capital. Todo lo cual redundaría para ella en un fuerte beneficio económico e injurídico, puesto que iría en perjuicio del demandado, que tendría que pagar ese enriquecimiento sin causa.

"Lo equitativo en estos casos es que el demandado pague por indemnización de perjuicios una cantidad igual a la que tendría que consignar en un banco, para que con esa cantidad y los intereses al 6% anual que ella debe producir en los años de vida probable, fuese pagando mensualmente a los actores de la renta mensual, por el término de dicha supervivencia. Para la liquidación en esta forma, que parece muy complicada, existen fórmulas matemáticas y cuadros que facilitan las operaciones, que se transcriben en seguida para orientación de las personas que acepten estos puntos de vista.

"En el *Formulario del Ingeniero*, por Egidio Garuffa, pág. 37, se encuentra la fórmula matemática para estos casos, que es así:

"Valor actual C que ha de imponerse para obtener una anualidad o renta a , durante n años, al tanto por 1 anual, r :

$$C = a \frac{(1+r)^n - 1}{r(1+r)^n}$$

"Para facilitar el uso de esta fórmula, y evitar las complicaciones de los logaritmos que ella requiere, el mismo *Formulario del Ingeniero* Garuffa, página 38, trae las Tablas siguientes que indican el valor actual o cantidad que debe imponerse en un banco, al interés del 6% anual, para obtener una renta de un peso anual (\$ 1.00), durante el número de años que allí figuran.

"Años que se dará \$ 1	Suma que debe consignarse.	Años que se dará \$ 1.	Suma que debe consignarse.
2	1-533	22	12-002
3	2-673	23	12-305
4	3-465	24	12-550
5	4-212	25	12-783
6	4-917	26	13-003
7	5-582	27	13-211
8	6-202	28	13-406
9	6-802	29	13-590
10	7-360	30	13-765
11	7-887	31	13-911
12	8-324	32	14-057
13	8-353	33	14-204
14	9-295	34	14-350
15	9-712	35	14-498
16	10-106	36	14-907
17	10-477	37	14-716
18	10-828	38	14-826
19	11-158	39	14-936
20	11-470	40	15-046
21	11-764		

"Nota: El modo de cobrar con este sistema es así: conocida la edad de la víctima y la del reclamante, se busca la vida probable de ambos en las tablas respectivas; y en el cuadro precedente se busca la cantidad que debe consignarse por cada peso, correspondiente a los años de esa vida probable menor. Esta cantidad se multiplica por la renta anual que dejó de recibir el reclamante debido a la muerte de la víctima. La cantidad que arroje esa operación, es la suma que debe pagarse como indemnización.

"Veamos con un ejemplo las diferencias entre estos sistemas de cómputos de indemnizaciones: Supongamos un padre de familia, de 30 años de edad, sano, que ganaba \$ 150.00 mensuales, de los cuales gastaba \$ 30.00 en asuntos personales y los otros \$ 120 en sostener a su mujer y dos hijos, y que muere por un accidente ferroviario. Su vida probable sería de 32 años. De acuerdo con el sistema que ha venido imperando, se multiplica \$ 120.00 por 12, y da \$ 1.440.00 como sueldo anual. Multiplicado ese sueldo por los 32 años de supervivencia, da \$ 46.080.00 como indemnización.

"De acuerdo con el nuevo sistema, de deducir los intereses de cuotas anticipadas, se tiene: Vida probable, 32 años. Cantidad que debe depositarse para obtener \$ 1.00 cada año, durante 32 años, \$ 14-057; pero como en lugar de un peso (\$ 1.00) la renta anual era de \$ 1.440, se multiplica por esta cantidad, y viene a dar la suma de \$ 20.242.00 como indemnización. Resulta así, en este caso, que aplicando el antiguo sistema, se obligaría al demandado a pagar una cantidad de \$ 25.848.00 más de lo debido; y así en los demás. Se ve la importancia de estas cuestiones, de

tanta ocurrencia, y se justifica la extensión que ha habido que darle a este fallo, para procurar esclarecer estos asuntos y hacer justicia estricta."

Está de acuerdo la Corte con el Tribunal en que hay que atender, en casos como el que se contempla en el presente juicio, a la circunstancia de ser el daño sucesivo, debiendo por lo mismo ser periódica la indemnización. El sistema aplicado por la sentencia del Tribunal de Medellín que se revisa, significa un notable avance en el campo de la equidad de las prestaciones, pues con ese procedimiento se reduce de manera notoria la cuantía de la indemnización, con bases de evidente justicia. La obligación sucesiva debe satisfacerse periódicamente y no en un solo acto. Si esto último se realiza, anticipándose las prestaciones sucesivas, haciéndose de ellas sola, es lo natural que se deduzcan las utilidades, a las cuales no se extiende la condena, que ese capital anticipado va a producir si se le supone depositado en un banco y listo para que de él se desprendan, en sus distintas oportunidades, las sumas correspondientes a cada una de las sucesivas obligaciones. La indemnización debe limitarse al pago de la renta periódica, y si para hacerlo se anticipa un capital que se entrega al beneficiario, es claro que lo que exceda a esa indemnización periódica sobrepasa los cálculos y los dictados de la justicia, la que si no acepta que un perjuicio quede sin satisfacción económica adecuada, tampoco quiere ir más allá, enriqueciendo indebidamente el patrimonio del lesionado.

La entrega a un beneficiario del monto total y anticipado de varias prestaciones periódicas correspondientes a distintos lapsos de una indemnización sucesiva, en la forma en que viene haciéndose, ha tenido y tiene como justificación el deseo de asegurar en forma completa el pago de esas sumas en sus debidas oportunidades. Tal sistema conduce a extremos de visible inequidad, como así resalta de la sentencia del Tribunal de Medellín, la cual propone y aplica un medio acertado y plausible para destruir esa situación de desequilibrio entre lo que se debe realmente como indemnización y lo que se ordena pagar para satisfacerla.

Al entregarse por anticipado el capital que corresponde a las futuras prestaciones periódicas deduciendo el valor de los intereses que ese capital va a producir, se aligera la carga del obligado, rebajándose la cuantía de la indemnización a un plano de equidad, que asegura al propio tiempo el pago, ya que éste se hace de una vez y en un solo acto. No ha de merecer, por tanto, reparo alguno ese procedimiento, que así consulta la justicia y que atiende a la seguridad que naturalmente debe buscarse, de que la

persona responsable del daño lo satisfaga en su totalidad.

Acoge la Corte, por todas estas consideraciones, el sistema de cómputo del perjuicio aplicado por la sentencia que se revisa, y de conformidad con él se profiere el presente fallo en cuanto dispone la manera como puede el Departamento de Antioquia satisfacer por anticipado y en forma definitiva su obligación.

El Departamento de Antioquia, dueño del ferrocarril del mismo nombre, debe pagar a los demandantes según el avalúo pericial y la rebaja que sobre él ha encontrado procedente la Sala, una prestación anual de seiscientos pesos (\$ 600) en quince años. Aplicando el sistema de cómputo que empleó la sentencia del Tribunal al pago en un solo acto de las quince anualidades anticipadas, y teniendo en cuenta que para cubrir un peso anual durante ese término, hay que consignar la cantidad de \$ 9.712, para obtener \$ 600 anuales durante quince años debe consignarse la cantidad de \$ 5.827.20, que resulta de multiplicar a \$ 600.00 por \$ 9.712. Esta será la suma que debe entregarse en dinero, en una sola vez.

Perjuicios morales.

En el caso de este pleito la demanda comprendió los perjuicios materiales y los morales, pero el Tribunal declaró que la condena a perjuicios materiales lleva envuelta los morales y por ello estimó que no había lugar a reconocer por separado los últimos.

Como lo tiene declarado la Corte en varias de sus últimas decisiones, los perjuicios morales proceden independientemente de los materiales, en sus dos subdivisiones de subjetivos y objetivos, por la índole particular de las lesiones hechas en el patrimonio moral, distintas de las que afectan el patrimonio material.

En atención a no existir motivos para el cambio de esta jurisprudencia, la Sala ha de aplicarla, y por lo mismo considera separadamente el pedimento del libelo acerca del daño moral.

Los demandantes no demostraron que exista daño moral objetivado. Se limita, pues, su acción

al moral subjetivo. Por las relaciones de familia y los vínculos de afecto de Julio Moreno con su mujer y sus hijos, y por no haber en el proceso datos en contrario, hay que suponer existentes al fallecer Moreno, los vínculos naturales de afecto entre él, su esposa y sus hijos, los que se han lesionado con su muerte. Haciendo uso la Sala de la facultad de prudente apreciación que le da la ley para estos casos, estima en doscientos cincuenta pesos (\$ 250) el daño moral subjetivo causado a cada uno de los demandantes.

Fallo.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reforma la sentencia de primera instancia así:

Primero. Condénase al Departamento de Antioquia en su calidad de dueño del Ferrocarril de Antioquia —Sección Cauca— a pagar a la señora Marta Montoya v. de Moreno y a sus hijos menores Marta, Julio Enrique, María Graciela, Antonio Jesús, Luis Bernardo, Luis Gonzalo, Libia del Socorro, Berta Inés y José Jesús Moreno Montoya, como indemnización de los perjuicios materiales que sufrieron con la muerte de Julio Moreno, esposo de la primera y padre de los demás, la cantidad de cinco mil ochocientos veintisiete pesos veinte centavos (\$ 5.827.20).

Segundo. Condénase al Departamento de Antioquia a pagar como perjuicios morales subjetivos la cantidad de doscientos cincuenta pesos (\$ 250.00) moneda legal a cada uno de los demandantes, señora Marta Montoya v. de Moreno, y a los menores Marta, Julio Enrique, María Graciela, Antonio Jesús, Luis Bernardo, Luis Gonzalo, Libia del Socorro, Berta Inés y José Jesús Moreno Montoya.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Anibal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Perjuicios causados por actos u omisiones de autoridades administrativas

No es competente la justicia ordinaria para el conocimiento de acciones que tienen por objeto la reparación de perjuicios provenientes de lesiones patrimoniales privadas procedentes de actos estrictamente administrativos, sobre cuya legalidad o ilegalidad no puede decidir el Organismo Judicial por estar atribuido ese poder jurisdiccional a los Tribunales Administrativos. La reclamación por ilegalidad debe llevarse, en consecuencia, ante ellos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, abril tres de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Anibal Cardoso Gaitán).

Amelia Torres Suárez demandó en juicio ordinario al Departamento de Santander, ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, para que mediante los trámites correspondientes a esta acción y en sentencia definitiva se declare que el Departamento mencionado debe pagar a la demandante, dentro del término que fije la providencia que ponga fin al litigio, por concepto de indemnización de perjuicios materiales, la suma de novecientos cuarenta y cinco pesos (\$ 945.00) moneda colombiana, o sea el sueldo que el Departamento ha debido pagarle en el tiempo comprendido entre el 15 de febrero y el 31 de diciembre del año de 1940, a razón de noventa pesos mensuales, como Directora del Curso de Información de Maestras Rurales que funcionó en la ciudad de Bucaramanga y que fue suprimido por la Junta de Gobierno.

En subsidio, pide que se condene al Departamento a pagar la cantidad de setecientos ochenta y siete pesos cincuenta centavos (\$ 787.50), o sea el valor de los sueldos que hubiera devengado como maestra de primera categoría en el escalafón nacional, durante el tiempo comprendido entre las fechas arriba mencionadas, a razón de setenta y cinco pesos (\$ 75.00) mensuales, del cual fue privada por no habersele nombrado para puesto alguno en el ramo.

La acción se funda, en síntesis, en los siguientes hechos:

Por la Ordenanza 62 de 1937 fue creado el curso de información para maestras rurales del Departamento, de que fue Directora la demandante, desde el mes de febrero de 1938 en que comenzó a funcionar hasta el 14 de febrero de 1940 en que fue suspendido. En esta fecha, la señorita Torres Suárez quedó cesante y privada de los sueldos que venía devengando, pues la Dirección de Educación Pública del Departamento no le señaló puesto alguno, sin embargo de ser maestra de primera categoría.

Invocó los siguientes fundamentos en derecho:

Ordinal 2º del artículo 76 del Código Judicial; artículo 80 de la Ley 153 de 1887; artículo 126 del Código de Régimen Político y Municipal, etc.

El Tribunal resolvió el negocio en primera instancia negando la declaración principal y condenando al Departamento a pagar a la demandante el valor de los sueldos que hubiera devengado como maestra de primera categoría en el escalafón nacional, menos la suma ganada por ella en un establecimiento privado en calidad de institutora.

Expresa el Tribunal que por versar este juicio sobre una cuestión de derecho privado su conocimiento es de la competencia del Organismo Judicial, pues se trata de "saber si la demandante sufrió daño alguno que se traduzca en indemnización de perjuicios por parte del Departamento con la medida que éste adoptó al clausurar o suspender el curso de información en referencia". Y más adelante, después de un extenso y cuidadoso estudio de las disposiciones legales que regulan la carrera del magisterio, y que consagra derechos a favor de las maestras inscritas en el escalafón, agrega:

"En el caso de este pleito, si fueron violados los derechos que la ley reconoce a la señorita Torres Suárez como maestra de escuela inscrita en el escalafón nacional como de primera categoría, desde luego que fue suprimido el establecimiento de educación que ella venía dirigiendo desde hacía dos años; y después de esa supresión a esa señorita no se le nombró para ejercer cargo ninguno en el mismo ramo, en donde pudiera

devengar un sueldo para atender a sus necesidades personales, máxime cuando lleva diez años de estar dedicada a las actividades educativas, y no concurría causa ninguna de orden legal que impusiera la obligación de no aprovechar sus servicios en el ramo.

“El acto de Gobierno por medio del cual se tomó la determinación de suprimir el curso de información para maestras de escuelas rurales, fue una medida o adopción falta de cuidado y de previsión, porque si ello obedecía a la situación fiscal y económica del Departamento, ha debido preverse que la supresión implicaba el desempleo o desalojamiento del personal directivo del establecimiento, a quienes la ley ha conferido unos derechos, que con la supresión se vulneraban si no se ocupaban esos empleados en el mismo ramo, traduciéndose entonces para el Departamento en una obligación de indemnizar o responder de los perjuicios de los maestros que quedaran vacantes.

“Esta consideración faltó hacerla al entonces Director de Educación Pública, pues en la copia del acta de que se hizo referencia, en el Consejo de Gobierno este funcionario se opuso a tal medida, pero no presentó o no exhibió la argumentación de que el Departamento, por razón de la legislación que reglamenta la carrera del magisterio, con el licenciamiento de maestros que comprendía la supresión del curso, podría el Departamento verse comprometido en una reclamación.

“Por otra parte, el Departamento ha debido prever la supresión del Curso de Información, y en ese caso no nombrar maestros escalafonados para no producirles daño con la vacancia provocada por la misma entidad.”

El fallo que se revisa deduce pues, responsabilidad civil a cargo del Departamento de Santander por haber dejado fuera del desempeño de

un puesto en el magisterio, según su categoría, a la señorita Torres Suárez.

Es cierto, como lo afirma el Tribunal en su fallo, que la demanda se dirige a obtener la reparación de un perjuicio en el patrimonio de la actora y que entraña una cuestión de derecho privado en tal concepto. Pero observa la Corte, que la lesión patrimonial privada es consecuencia, o puede serlo, de actos y omisiones de estricto carácter administrativo respecto de cuya legalidad o ilegalidad no puede decidir el Órgano Judicial por estar atribuido ese poder jurisdiccional a los Tribunales Administrativos. La reclamación por ilegalidad debe llevarse ante ellos. ¿Cómo? No le corresponde a la Corte decirlo, pero es obvio que si un interesado reclama el pago de una deuda a la entidad administrativa —caso contemplado en este juicio— y aquélla niega el pedimento, de la resolución que a él recaiga se puede recurrir en acción de nulidad al Tribunal Administrativo. Demostrada ante él la ilegalidad de la decisión no sólo tiene la facultad de anularla sino la de disponer que el daño patrimonial producido sea reparado.

Estas razones llevan a la Sala a concluir que ni ella ni el Tribunal de Bucaramanga tienen competencia para desatar la litis contemplada en este juicio y que así debe declararlo.

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, *revoca* la sentencia materia del recurso y decide que el Órgano Judicial carece de jurisdicción para fallar la controversia a que dio origen la demanda.

Publiquese, notifiquese, cópiese y devuélvase.

Anibal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.





ACCION PARA EL PAGO DE UN CHEQUE.

El protesto de una letra de cambio —y el cheque es una letra de cambio (artículo 186 Ley 46 de 1923)— es dispensado por cualquier circunstancia que dispense el aviso de rechazo (artículo 160 *ibidem*). Y la noticia de rechazo dispensa “cuando el girador es la persona a quien el instrumento se presenta para el pago”. (Artículo 116, numeral 3º). Y eso es claro, ya que entonces el aviso sobra, puesto que lo constituye la propia demanda de pago. De consiguiente, no es valedera la objeción de que por no haberse hecho el protesto conforme a la ley, el girador quedó descargado de la obligación, al tenor del artículo 91, según el cual cuando un instrumento ha sido rechazado por falta de aceptación o de pago, debe darse noticia de ello al girador y a cada endosante, quienes quedan descargados, cuando se omite ese aviso, pues el artículo 9, hay que aplicarlo en forma que armonice con las demás disposiciones de la misma Ley.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, abril nueve de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Carlos Weber, vecino de Barranquilla, demandó ante el Tribunal Judicial del mismo nombre, a la Nación, para que en juicio ordinario sea condenada a pagarle la cantidad de \$ 859.25 y los respectivos intereses legales, proveniente del valor de un cheque girado a favor de Felipe A. de Echeona y a cargo del Banco de la República, por el señor Raúl Castellanos, en su calidad de Contador Pagador del cañonero del Gobierno *Presidente Mosquera*, cheque que no fue pagado por el Banco y que el beneficiario endosó al demandante.

Surtido el trámite de la primera instancia, el Tribunal decidió la acción en sentencia de fecha 5 de noviembre de 1941, condenando a la Nación. Este fallo fue apelado por el Fiscal del Tribunal y por ello el negocio está al conocimiento de la Corte para los efectos de la segunda instancia.

Para resolver se considera:

Con la demanda el actor presentó: a) El cheque original número 37, serie 6501, expedido el 20 de julio de 1931, a la orden de Echeona, y por la suma indicada, girado por Raúl Castellanos, cuya firma está además acompañada de un sello que dice: “Armada Nacional—Cañonero *Presidente Mosquera*—Contaduría”. Al respaldo el instrumento lleva en blanco primero la firma de Echeona, luego la de Carlos Weber, y en seguida una nota autorizada por la sucursal del Banco de la República en Barranquilla, en la cual hizo constar el protesto del cheque “por no tener el girador fondos suficientes para atender su pago. Presentado para su pago hoy, 10 de agosto de 1939 a las 10 a. m.”; b) Copia del decreto del Presidente de la República por medio del cual fue destinado el Teniente de navío Raúl Castellanos al cargo de Contador Pagador de la Sección de Caja de la Intendencia Naval; y copia de la resolución del Ministerio de Guerra, por medio de la cual el mismo Teniente, como Contador Pagador de la Intendencia Naval, fue designado a prestar sus servicios al cañonero *Presidente Mosquera*; d) Copia de la diligencia de posesión del Teniente Castellanos en el cargo para que fue designado, suscrita en la Base Naval de Cartagena el 18 de marzo de 1938.

El Tribunal encontró suficiente esta documentación, y con ella condenó al Estado a pagar la suma demandada.

La Corte encuentra inobjetable la conclusión del Tribunal y a ello la impulsan las siguientes razones:

1º Está comprobada la función que el Estado le había asignado al Teniente Castellanos, de Pagador de la nave de guerra del Gobierno, cañonero *Presidente Mosquera*, y que esa función la ejercía debidamente cuando giró el cheque;

2º Se trata del giro de un instrumento negociable, en que el otorgante —en este caso la Nación— se obliga por el hecho de otorgarlo “a pagar su valor de acuerdo con el tenor literal de él y admite la existencia del beneficiario y su capacidad para endosarlo a tiempo del otorgamiento”. (Artículo 62, Ley 46 de 1923).

3º El cheque aparece endosado en blanco por el beneficiario al señor Weber, demandante. Ese endoso lo permite la ley (artículos 37 y 38. *ibidem*).

4º El endoso del instrumento se presume efectuado antes de su vencimiento, esto es antes de que venciera el término que tenía el señor Echeona para presentarle el cheque al Banco (artículos 48 y 187 *ibidem*).

5º El protesto de una letra de cambio —y el cheque es una letra de cambio (artículo 186 *ibidem*)— es dispensado por cualquier circunstancia que dispense el aviso de rechazo (artículo 160 *ibidem*). Y la noticia de rechazo se dispensa “cuando el girador es la persona a quien el instrumento se presenta para el pago” (artículo 116, numeral 3º). Y eso es claro, ya que entonces el aviso sobra, puesto que lo constituye la propia demanda de pago. De consiguiente, no es valedera la objeción del señor Procurador de que por no haberse hecho el protesto conforme a la ley, el girador quedó *descargado* de la obligación al tenor del artículo 91, según el cual cuando un instrumento ha sido rechazado por falta de aceptación o de pago, debe darse noticia de ello al girador y a cada endosante, quienes *quedan descargados*, cuando se omite ese aviso. Pues el artículo 91 hay que aplicarlo en forma que armonice con las demás disposiciones de la misma Ley.

6º El señor Weber, demandante, es así un tenedor en debida forma, con respecto a la Nación, girador. Como contra ella dirigió la acción de pago, la falta de protesto carece en tal evento de significación, porque el girador, principal obligado, está obligado a pagar el instrumento cuando no pagado por el girado, el cobro se dirige contra el girador. Pero suponiendo que el

demandante no fuera tenedor en debida forma por la falta del protesto debido, o porque lo adquirió después del vencimiento (artículo 55), eso no le quita al documento el carácter de negociable, ni descarga a los obligados, pues un instrumento negociable en su origen continúa siéndolo mientras no sea endosado restrictivamente o descargado por pago (artículo 50); sino que apenas implicaría que el tenedor no goza de los privilegios correspondientes al tenedor en debida forma, y por ende contra él pudieron alegarse las excepciones propias de un instrumento común (artículo 60).

7º Pero la Nación no ha alegado ninguna excepción que desvirtúe la promesa incondicional de pago, representada en el cheque, el cual se presume que fue expedido en consideración a una causa (artículo 26).

A mérito de lo considerado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada, proferida en este juicio en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese el fallo en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

Aníbal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

EXCEPCIONES.—LIQUIDADORES DE IMPUESTOS

1.—De conformidad con el estatuto legal sobre impuestos, los Administradores deben proceder sobre la base de informaciones plenamente comprobadas cuando se trata de suplir la declaración de un contribuyente o rectificar las inexactitudes o falsedades de que la misma pueda adolecer. De tal manera que la ley ha descartado por completo el libre arbitrio del liquidador para subir o bajar el patrimonio o la renta de los contribuyentes. En el particular es terminante lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 81 de 1931, numeral 2º.

2.—La deducción de una partida de dinero por arrendamientos de un local propio del contribuyente está autorizada por el artículo 45 del Decreto número 818 de 1936.

3.—La deducción de la partida de dinero necesaria para gastos de viaje del contribuyente en asuntos referentes al giro de sus negocios está autorizada por el artículo 2º de la Ley 78 de 1935 y por el 42 del Decreto número 818 de 1936. Los gastos que implican los viajes comunes y ordinarios dentro del país, realizados en el manejo de los negocios cuya renta es gravable de acuerdo con la ley, deben considerarse incluidos en el concepto legal de expensas ordinarias deducibles de la renta bruta del contribuyente, comoquiera que en esta materia sólo están excluidos los gastos de viaje extraordinarios al Exterior, cuando el negocio de que se trate no los exija necesariamente.

4.—La norma del numeral 7º del artículo 20 de la Ley 78 de 1935 ha sido desarrollada por los artículos 58, 59, 60, 61 y 64 del Decreto reglamentario número 838 de 1936, de los cuales se concluye que las deducciones por depreciación tienen lugar dentro de estas circunstancias principales: a) Que se trate de depreciación que afecte la propiedad usada por el contribuyente en el respectivo negocio o comercio; b) Que la renta producida por dicha propiedad sea legalmente gravable, y c) Que el contribuyente suministre la correspondiente información acerca del costo de adquisición de la propiedad, fecha de adquisición de la misma, tasa de depreciación, tiempo calculado para su amor-

tización total, depreciaciones acordadas en años anteriores, etc. Los funcionarios liquidadores del impuesto sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades, ejecutan un acto ilegal cuando imponen la sanción pecuniaria prevista por el artículo 124 del Decreto número 818 de 1936, para el caso de que el contribuyente no presente en tiempo su declaración de renta y patrimonio. La sanción prevista por la ley en caso de retardo es la de que el funcionario respectivo haga la liquidación sobre los datos que puedan concretarse y comprobarse. (Artículo 12, numeral 1º de la Ley 81 de 1931).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, abril trece de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

A virtud de reconocimiento número 134 de fecha 11 de diciembre de 1939, procedente de la Administración de Hacienda Nacional de Neiva, se reconoció a favor de la Nación y a cargo del señor Jesús Antonio Vega Lara la cantidad de \$ 1.708.54, por concepto de impuesto sobre la renta y patrimonio, durante el año de 1938. Con fundamento en el referido reconocimiento, la misma Administración de Hacienda Nacional libró mandamiento de pago por la expresada cantidad a favor del Tesoro Nacional y a cargo del señor Vega Lara.

En tiempo oportuno el ejecutado hizo uso de la facultad de excepcionar, presentando al efecto un pliego de excepciones, del que entró a conocer la Corte, donde el respectivo incidente recibió la tramitación prevista en el artículo 1026 del Código Judicial. Estando actualmente en situación de decidir, a ello se procede.

Las defensas ejercitadas son varias. Cada una de ellas será por separado examinada.

I

Error de cuenta.

En su declaración de renta el señor Vega Lara enumeró las partidas que debían deducirse del producto bruto del negocio que él tiene establecido en la ciudad de Neiva, para los efectos

de la liquidación del impuesto correspondiente. El funcionario liquidador rechazó varias de aquellas partidas. Y la excepción en estudio se encamina precisamente a que se rectifique esa actitud del liquidador y se acepten por ende las partidas por éste rechazadas. Procede, pues, examinar por separado cada una de tales partidas, a efecto de precisar si son o no legalmente deducibles de la renta bruta del ejecutado.

1º Partida de \$ 874,57 por concepto de sueldos pagados al señor Antonio Borrero Falla durante los meses de enero a mayo de 1938, en su calidad de empleado del señor Vega.

Esta partida, que tiene su fundamento en la declaración del contribuyente y en la constancia que sobre el particular dio el propio señor Borrero F. (folio 19 del cuaderno número 1), fue rechazada por el funcionario liquidador con base en la observación de que el señor Borrero no era empleado de Vega Lara en los referidos meses de enero a mayo de 1938.

Como lo hace notar el señor Procurador Delegado en lo Civil y lo advierte también la Sala, aquella observación del liquidador no aparece comprobada en forma alguna. De tal suerte que el rechazo de la partida en referencia, obedece tan sólo a una actitud arbitraria del funcionario liquidador, cuya rectificación se impone por mandato de la ley, comoquiera que dicha partida es deducible como expensa causada y pagada durante el año gravable en el manejo del negocio del contribuyente (numeral 1º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935).

De conformidad con el estatuto legal sobre impuestos, los Administradores de Hacienda Nacional deben proceder siempre sobre la base de *informaciones plenamente comprobadas* cuando se trata de suplir la declaración de un contribuyente o rectificar las inexactitudes o falsedades de que la misma pueda adolecer. De tal manera que la ley ha descartado por completo el libre arbitrio del liquidador para subir o bajar el patrimonio o la renta de los contribuyentes. En el particular es terminante la disposición contenida en el numeral 2º del artículo 12 de la Ley 81 de 1931.

De consiguiente, la Sala estima acreditado el hecho exceptivo en estudio y por lo tanto fundada la pretensión del excepcionante en el sentido de que se deduzca de su renta bruta la partida por concepto de sueldos pagados al señor Borrero Falla.

2º Partida de \$ 840.00 por concepto de arrendamiento del local de propiedad del señor Vega Lara y que éste ocupa para fines de su negocio. Esta partida fue rechazada por el liquidador en atención a que "esta suma debe figurar, como figura, en las rentas y no puede deducirse".

Empero, como con razón lo hace notar el señor Procurador Delegado, la deducción de la partida en estudio está autorizada por el artículo 45 del Decreto 818 de 1936, reglamentario de la Ley 78 de 1935. En efecto:

La mencionada disposición dice así:

"En el caso de que los inmuebles sean propios del contribuyente y de que estén destinados exclusivamente a los fines del negocio, comercio o industria, tendrá derecho a una deducción por el arrendamiento calculado sobre ellos, siempre que, por otra parte, haya denunciado también como renta ese arrendamiento calculado. En este caso la deducción admisible no podrá exceder de las sumas denunciadas como renta".

Y precisamente con fundamento en la norma transcrita y en la disposición del artículo 2º, párrafo 1º de la Ley 78 de 1935, el señor Vega Lara incluyó la partida de que se trata como un gasto ordinario de su negocio, y la denunció al propio tiempo como renta, por el mismo valor (anexo número 3, folio 15 del cuaderno número 4).

De consiguiente, es legalmente fundada la pretensión del ejecutado en el sentido de que se deduzca de su renta bruta la partida que acaba de examinarse.

3º Partida de \$ 84.00 por concepto de gastos de viaje efectuados, según lo declaró el contribuyente, "para fines del negocio". Esta partida fue rechazada por el funcionario liquidador sin dar explicación al respecto.

Esta actitud del referido funcionario es notoriamente arbitraria e ilegal, comoquiera que la partida en mención es legalmente deducible de la renta bruta del contribuyente.

En efecto el artículo 2º de la Ley 78 de 1935 dice así:

"Al computar la renta líquida se harán las siguientes deducciones de la renta bruta:

"1º Las expensas ordinarias causadas y pagadas durante el año gravable en el manejo de cualquier comercio o negocio cuya renta sea gravable de acuerdo con esta Ley..."

Por otra parte, en el Decreto 818 de 1936, reglamentario de la citada Ley 78 de 1935, se dispuso:

"Artículo 42. Los gastos o expensas deducibles de la renta bruta, de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 78 de 1935, son únicamente los ordinarios dentro de la normalidad del negocio, profesión, industria o comercio, y siempre que no deban considerarse como inversiones permanentes como las adiciones y mejoras, respecto de las cuales sólo es admisible una deducción por depreciación en ciertos casos especialmente tratados en artículos anteriores.

"Artículo 43. Dentro de este criterio no pueden considerarse como expensas ordinarias:

"a) *Los gastos causados en viajes extraordinarios al Exterior*, a menos que el negocio de que se trate los exija necesariamente."

Si se relaciona el mandato legal con el respectivo ordenamiento del decreto reglamentario, se llega a la conclusión de que los gastos que implican los *viajes comunes y ordinarios dentro del país*, realizados en el manejo de los negocios cuya renta es gravable de acuerdo con la ley, deben considerarse incluidos en el concepto legal de *expensas ordinarias* deducibles de la renta bruta del contribuyente, comoquiera que en esta materia sólo están excluidos los gastos de viajes extraordinarios al Exterior, cuando el negocio de que se trate no los exija necesariamente.

En consecuencia, la partida por concepto de gastos de viaje también debe deducirse de la renta bruta del ejecutado señor Vega L.

4ª Partida de \$ 9.663,13 correspondiente a deudas que el ejecutado estima perdidas o *sin valor*. El funcionario liquidador sólo aceptó de esta partida el 20% de su valor total, o sea la cantidad de \$ 1.932.63.

Para modificar la declaración del contribuyente el referido funcionario consideró aquellas deudas como *dudosas o de difícil cobro*, y partiendo de esta base aceptó una deducción por el 20% del valor total de las mismas.

El excepcionante alega que no se trata de deudas dudosas o de difícil cobro, sino de *deudas sin valor*, cuya deducción está regulada por el numeral 5º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935, disposición que permite la deducción de todo el valor de la partida en estudio, y no simplemente de un porcentaje determinado de la misma.

En relación con la partida en referencia, el señor Procurador Delegado emite el siguiente concepto:

"La partida de \$ 9.663,13, como reserva para deudas de dudoso o difícil cobro. El excepcionante considera que ha debido aceptarse esa suma total por cuanto que la deuda a cargo de 'Transportes del Sur, S. A.', por valor de \$ 9.627,23, era incobrable y totalmente perdida por haberse liquidado aquella sociedad sin haber cancelado esta deuda. El funcionario liquidador, por su parte, consideró que esa suma no podía aceptarse por existir una resolución anterior recaída a una petición del mismo contribuyente en la cual sólo se le autorizaba a reservar la suma de \$ 1.932,63, equivalente al 20% sobre el valor nominal de cada deuda.

"El argumento del excepcionante se basa en que según lo dispuesto por el artículo 2º (numeral 5º) de la Ley 78 de 1935 'las deudas sin valor son deducibles de la renta bruta, cuando son descargadas de los libros del contribuyente y éstos aparecen registrados en la Cámara de Comercio', lo cual se realiza en este caso, pero olvida el excepcionante, que esta disposición se halla limitada por lo establecido en el artículo 51 del Decreto 818 de 1936, al señalar un máximo para reservar, equivalente al 20% del valor nominal de la respectiva deuda. Aplicar esta disposición fue lo que hizo la Administración de Hacienda de Neiva al dictar el auto de fecha 3 de marzo de 1939, por el cual se le negó al contribuyente la solicitud de reserva en la suma pedida; y cumplir con lo dispuesto en tal auto, fue lo que hizo el funcionario liquidador al desechar esa suma de \$ 9.663,13 y sólo admitir la de \$ 1.932,63. Y uno y otro, apenas cumplieron la ley, le dieron estricta aplicación. La excepción, en lo relativo a esta partida, es, pues, *infundada*".

Se considera:

En atención a que el señor Vega Lara expresó claramente en su declaración de renta que la partida en estudio corresponde a "*deudas malas o sin valor descargadas de los libros*" (folios 17 del cuaderno número 4), la Corte debe examinar dicha partida a la luz de las disposiciones legales reguladoras de la deducción de esta clase de deudas. Sobre esta base se tiene lo siguiente:

Prescribe el artículo 2º de la Ley 78 de 1935 que al computar la renta líquida de un contribuyente deben hacerse las deducciones que dicha disposición enumera, figurando entre ellas la que se contempla en el numeral 5º que a la letra dice:

"*Deudas que manifiestamente no tengan valor y que se hayan descargado durante el año gravable*, siempre que el contribuyente permita la inspección de sus libros para comprobar la efectividad y justificación del descargo. Cuando se establezca que una deuda es cobrable, sólo en parte, podrá aceptarse como deducción la cantidad correspondiente a la parte no cobrable. Esta deducción no podrá reconocerse a los contribuyentes que no llevan libros, sino cuando se acompañe el comprobante de la cancelación de la deuda."

Con fundamento en la precedente disposición de la Ley 78 de 1935, el señor Vega Lara planteó así la deducción de la partida en estudio, según aparece de su declaración de renta y patrimonio correspondiente al año de 1938:

"Relación de deudas malas o sin valor descargadas de los libros:

"Adolfo Voloj (desaparecido) ... \$	100.50
Batallón Juanambú (incobrable) ...	4.30

Comando Sexta Brigada (incobrable)	10.90
Alfredo Saavedra (insolvente) . . .	10.00
Leocadio Arbeláez (insolvente) . . .	15.00
Empresa de Transportes del Sur, S. A., de Pasto	9.627.93
Suma	\$ 9.767.93

“Las anteriores deudas, completamente perdidas, fueron descargadas en los libros según consta en el certificado adjunto expedido por la Cámara de Comercio de Neiva, fechado el 22 de mayo de 1939 (Anexo número 5-A).

“Nota. Las anteriores deudas corresponden a clientes que han desaparecido o son completamente insolventes y se han agotado todos los recursos legales para obtener su cobro, hasta llegar a la conclusión definitiva de que son incobrables.

“En cuanto a la Empresa de Transportes del Sur, S. A., fue declarada disuelta por la Asamblea General de Accionistas, por Acta número 87 de diciembre 6 de 1938, según consta por certificado expedido por la Cámara de Comercio de Pasto, fechado el 22 de junio de 1939 y que se acompaña a esta declaración (anexo número 5-B) habiendo quedado completamente perdida la deuda que dicha sociedad tenía a su cargo y a mi favor por \$ 9.767.93, la cual fue descargada de mis libros según consta del certificado de la Cámara de Comercio de Neiva, arriba mencionado (anexo número 5-A). (Firmado), *Antonio Vega Lara*”. (Folio 17 del cuaderno número 4).

Ahora bien: para acreditar el hecho del descargo de las mismas deudas el señor Vega Lara presentó el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Neiva el día 22 de mayo de 1939 (folios 18 del cuaderno número 4, anexo número 5-A), del cual aparece “que en los libros de contabilidad de la Agencia Ford Autorizada de Antonio Vega Lara, los cuales se hallan debidamente registrados en esta Cámara, se encuentra descargada la suma de nueve mil setecientos sesenta y siete pesos noventa y tres centavos (\$ 9.767.93) por concepto de deudas perdidas o sin valor en el año de 1938, y que corresponden al siguiente detalle. . . .”. En seguida se enumeran en el certificado las mismas deudas de que habla el señor Vega Lara en su declaración de renta.

Por lo que hace a la justificación del descargo de las deudas en referencia, el señor Vega Lara dio estas explicaciones:

Respecto de las deudas a cargo de Adolfo Voloj, batallón *Juanambú*, Comando de la Sexta Brigada, Alfredo Saavedra y Leocadio Arbeláez, que valen en total \$ 140.70, el ejecutado afirma que se trata de deudas correspondientes a “clientes

que han desaparecido o son completamente insolventes y se han agotado los recursos legales para obtener su cobro, hasta llegar a la conclusión definitiva de que son incobrables”.

Y en lo atinente a la más cuantiosa de las deudas en mención, que es la que aparece a cargo de la Empresa de Transportes del Sur, S. A., por la cantidad de \$ 9.767.93, el excepcionante presentó un certificado de la Cámara de Comercio de Pasto, de fecha 22 de junio de 1939 (folios 19 a 21, cuaderno número 4, anexo número 5-B), del cual aparece que como consecuencia de la pérdida del 30% del capital social de aquella empresa y con vista de lo convenido en la cláusula b), artículo m) del capítulo 7 de la escritura social, “los socios declararon disuelta la sociedad *Empresa de Transportes del Sur, S. A.*, y ordenaron su liquidación definitiva”, en la reunión celebrada por la Asamblea General de Accionistas el día 6 de diciembre de 1938.

Con base en el precedente certificado, el señor Vega Lara estima perdida la deuda en mención, por haber quebrado la empresa deudora sin cancelar previamente el crédito a su cargo por la suma anteriormente indicada.

En presencia de las anteriores manifestaciones del ejecutado, y de los documentos presentados para fundamentarlas, la Sala considera que el señor Vega Lara ha cumplido satisfactoriamente las condiciones en que la ley permite deducir el valor de las deudas que el contribuyente estima perdidas o incobrables, comoquiera que aparecen debidamente acreditados estos dos hechos fundamentales: a) Que son deudas que manifestamente carecen de valor para el contribuyente; y b) Que las mismas deudas fueron descargadas efectivamente de los libros en el año gravable de 1938, descargo que se halla debidamente justificado.

La anterior conclusión de la Sala implica, como es obvio, la correspondiente rectificación a la liquidación de los impuestos asignados al señor Vega Lara en el precitado año de 1938, ya que en relación con la partida en estudio el funcionario liquidador sólo concedió una deducción de \$ 1.932.63, por concepto de deudas que el mismo funcionario calificó arbitrariamente como de *dudoso o difícil cobro*, apartándose así de la declaración comprobada del contribuyente, que lo obligaba a resolver su solicitud sobre la base de que la partida respectiva correspondía a *deudas sin valor*.

A la Corte no se le oculta que cuando se trata de deudas de dudoso o difícil cobro, la ley permite deducir “una cantidad razonable como reserva”, según lo previene el numeral 6º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935, reserva que puede montar hasta el 20% del valor nominal de cada una de tales deudas, de acuerdo con el artículo

51 del Decreto número 818 de 1936, reglamentario de la citada Ley 78 de 1935.

Empero, como en el caso de autos el contribuyente no solicitó reserva alguna por concepto de *deudas dudosas o de difícil cobro*, sino una deducción por concepto de *deudas perdidas o sin valor*, la obligación del funcionario liquidador era aplicar las disposiciones pertinentes de la referida ley, de conformidad con las cuales la correspondiente deducción es por el *valor total* de la respectiva partida.

De ahí que la Sala no encuentre atendibles las razones que aduce el señor Procurador Delegado para impugnar la deducción total de la partida en estudio y sustentar en cambio la deducción parcial concedida por el funcionario liquidador, comoquiera que el señor Agente del Ministerio Público se funda también en el concepto equivocado de que el señor Vega solicita una reserva para deudas dudosas o de difícil cobro. Si ésta fuera en realidad la intención con que el ejecutado incluyó la partida en estudio en su declaración de renta, la Sala nada tendría que objetar al concepto del señor Procurador, ya que en tal hipótesis la respectiva reglamentación legal es como lo dice este funcionario.

Finalmente, las precedentes consideraciones sirven también para desestimar la providencia que con fecha 6 de marzo de 1939 dictó la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales (folios 20 a 21 del cuaderno número 1), providencia que citan tanto el señor Procurador como el funcionario liquidador para sustentar la deducción parcial de la partida que se examina, comoquiera que en la referida providencia la Jefatura de Rentas contempló y resolvió una solicitud del señor Vega encaminada a que se le concediera, como en efecto se le concedió, una reserva para *deudas dudosas o de difícil cobro*. Empero, el señor Vega no hizo valer la respectiva reserva en su declaración de renta formulada posteriormente, sino que provisto de nuevos documentos y basado en el numeral 5° del artículo 2° de la Ley 78 de 1935 planteó la deducción por el concepto de *deudas sin valor*. Quiere ello decir que el señor Vega, en presencia del verdadero carácter que ya habían adquirido las deudas, renunció al derecho de hacer valer la reserva que con anterioridad le había concedido la Jefatura de Rentas por el concepto indicado, y esta renuncia, como es obvio, hace ahora inoportuna toda consideración acerca de los antecedentes y del resultado de aquella primitiva solicitud del señor Vega Lara.

De consiguiente, es legalmente fundada la pretensión del ejecutado en el sentido de que se deduzca de su renta bruta la cantidad de \$ 9.663.13, por concepto de *deudas sin valor descargadas de los libros en el año de 1938*.

5° Partidas de \$ 870.00 y \$ 500.00 correspondientes a depreciación de maderas y edificios, respectivamente. Para rechazar estas partidas, el funcionario liquidador alegó que "en concordancia con la Resolución número 55 de 31 de marzo del presente año del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dictada sobre la reclamación que este contribuyente hizo sobre la liquidación de su impuesto sobre la renta de 1937, no se aceptan las deducciones pedidas en el anexo número 6 y que se refieren a depreciación sobre maderas y edificios" (folio 14 del cuaderno número 1):

El señor Procurador Delegado prohija las anteriores consideraciones del funcionario liquidador y se opone por ende a que se deduzcan las partidas en estudio.

Se considera:

De acuerdo con el numeral 7° del artículo 2° de la Ley 78 de 1935, el contribuyente tiene derecho a que se le conceda "una razonable deducción por depreciación causada por desgaste o rotura de la propiedad usada en el comercio o negocio, siempre que la renta producida por dicha propiedad deba incluirse en la renta bruta, según esta ley".

La precedente norma legal ha sido desarrollada por los artículos 58, 59, 60, 61 y 64 del Decreto reglamentario número 818 de 1936, de los cuales se concluye que las deducciones por depreciación tienen lugar dentro de estas circunstancias principales:

a) Que se trate de depreciación que afecte la propiedad usada por el contribuyente en el respectivo negocio o comercio;

b) Que la renta producida por dicha propiedad sea legalmente gravable, y

c) Que el contribuyente suministre la correspondiente información acerca del costo de adquisición de la propiedad, fecha de adquisición de la misma, tasa de depreciación, tiempo calculado para su amortización total, depreciaciones acordadas en años anteriores, etc.

Ahora bien: en relación con las partidas que se examinan existen en el proceso las siguientes constancias:

En la declaración de renta y patrimonio, el señor Vega planteó así las deducciones en referencia:

"*Maderas*. Existencia de maderas viejas que se están dañando y cuyo valor comercial ha rebajado considerablemente hasta no tener casi ningún valor. Adquiridas en enero 1° de 1937 y en el curso del mismo año. Costo de adquisición, \$ 2.899.65. Duración probable: ninguna más. Cuota de depreciación: acordada a razón de \$ 500 anuales. Depreciación acordada el año anterior,

§ 500. *Depreciación acordable en el año de 1938, \$ 500.00.*

"*Edificación.* Construida de manera provisional, de adobes en el frente, bahareque en el interior y techo de tejas metálicas, sobre un lote tomado en arrendamiento a la Curia de Neiva por cinco años, desde 1935 hasta 1941. El arrendamiento del lote se paga así: los dos primeros años, a \$ 30 mensuales; los 2 años siguientes, a \$ 40 y el último año, a \$ 50 mensuales. El costo de la edificación fue de \$ 4,500 que divididos entre 60 meses da un promedio de \$ 75 mensuales, y sumando esta cantidad con las sumas que se pagan a la Curia por arrendamientos, da un promedio mensual de \$ 113. Esta edificación se hizo en atención a que el precio de arriendo de un local como el que necesito para mi almacén es en Neiva de \$ 150 por lo menos y no se consigue. En la forma como se resolvió el problema se hace una apreciable economía. Como al terminar el contrato, en el año de 1941, tendré que desbaratar la edificación y de allí solamente podré aprovechar las tejas metálicas que podrán valer máximo \$ 400, y otros desperdicios de los cuales se podrán sacar unos \$ 200 aproximadamente, solicitamos que se nos considere esta inversión como gasto del negocio, asimilable a arrendamientos, calculando, en forma de depreciación, una cuota mensual de \$ 65, o sean \$ 780 en el año, suma que pido se me acepte como deducción." (Folios 22 a 23 del cuaderno número 4, anexo número 6).

En sentir de la Sala, el señor Vega, al plantear como queda visto, la deducción de las partidas que se examinan, cumplió a cabalidad los requisitos legales relativos a las deducciones por depreciación de bienes usados en el comercio o negocio del respectivo contribuyente. En efecto:

El ejecutado solicita la deducción de tales partidas sobre la base de que tanto las maderas como la edificación de que se trata son bienes de su propiedad, usados en un negocio cuya renta es gravable de acuerdo con la ley. En contra de esta afirmación del señor Vega no existe en el proceso ninguna prueba que la desvirtúe. Luego es preciso aceptar en todas sus partes lo pertinente de la declaración de renta y patrimonio del ejecutado.

Por otra parte, el mismo señor Vega suministró las informaciones que la ley exige como fundamento y explicación de las partidas cuya deducción se demanda por concepto de depreciación. Tampoco aparece en el proceso ningún elemento de convicción que pueda servir de base para concluir que tales informaciones son inexatas o falsas.

Ya se dijo anteriormente que los Administradores de Hacienda Nacional deben proceder siempre sobre la base de informaciones plena-

mente comprobadas cuando sea el caso de suplir la declaración de un contribuyente o de rectificar las inexactitudes o falsedades de que la misma pueda adolecer.

Empero, en el caso de autos, el funcionario liquidador no creyó necesario examinar a fondo las partidas en estudio, a efecto de verificar su exactitud y fundamento, sino que se limitó a rechazarlas alegando la existencia de una resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la que dicho sea de paso, no obra en el expediente, y en cuya virtud, según la afirmación de aquel funcionario, fueron rechazadas las partidas que por el mismo concepto de depreciaciones había formulado el señor Vega en su declaración de renta correspondiente al año de 1937.

Mas como en el presente caso no se están examinando las partidas deducibles de la renta bruta del excepcionante en lo que se refiere al año de 1937, sino las correspondientes deducciones para el año gravable de 1938, es obvio que la referida resolución del Ministerio de Hacienda no tenía por qué ser aducida para justificar el rechazo de las partidas deducibles de la renta bruta del ejecutado en este último año. Esa providencia administrativa debió producir sus efectos en relación con el año a que ella se refiere, pero es inoportuna e inadmisibles como elemento de convicción en el examen y justiprecio de la declaración de renta y patrimonio del señor Vega correspondiente a un año que no fue el contemplado por la resolución en referencia.

De lo anterior se desprende que el excepcionante ha acreditado debidamente que le asiste el derecho a que se le reconozcan las deducciones que por concepto de depreciación de maderas y edificación solicita en su declaración de renta, por cuanto las respectivas partidas aparecen debidamente confeccionadas y explicadas, y se refieren a depreciaciones legalmente deducibles. En consecuencia, las partidas de \$ 780 y \$ 500, referentes a aquellas depreciaciones, también deben ser deducidas de la renta bruta del señor Vega en el año de 1938.

II

Inexistencia parcial de la obligación e incompetencia de jurisdicción.

Estas dos excepciones deben estudiarse como una sola defensa, puesto que ambas se basan en el mismo hecho: que es ilegal la sanción que se le impuso al señor Vega por no haber presentado en tiempo su declaración de renta y patrimonio correspondiente al año de 1938.

El funcionario liquidador impuso en efecto al señor Vega un recargo del ciento por ciento de los impuestos a éste liquidados, o sea la suma de \$ 845.27, como sanción por el retardo del con-

tribuyente en la presentación de su declaración de renta y patrimonio.

El señor Procurador Delegado encuentra plenamente justificada la aplicación de la sanción en referencia, y por ello se opone a que se declare fundada la excepción en estudio.

Se considera:

De autos aparece que el señor Vega presentó su declaración de renta el 31 de julio de 1939, esto es, cuando ya estaba vencido el término que sobre el particular señala el artículo 9º de la Ley 78 de 1935.

Empero, el excepcionante alega que su declaración no fue tardía, ya que el Administrador de Hacienda Nacional de Neiva le había concedido una prórroga para presentarla, de acuerdo con lo que en el particular establece el artículo 10 del Decreto 818 de 1936.

Mas la anterior no es la alegación fundamental del excepcionante, comoquiera que éste sostiene que aun sobre la base de que su declaración de renta merezca en realidad el calificativo de tardía, el funcionario liquidador no tenía facultad legal para imponer ninguna sanción pecuniaria por ese retardo.

Esta última es la alegación que la sala estima plenamente comprobada, por las siguientes razones:

La sanción de que se trata la impuso el liquidador con apoyo en el artículo 124 del citado Decreto 818 de 1936, disposición que a la letra dice:

“Los contribuyentes que dejaren de declarar oportunamente su renta o patrimonio, de acuerdo con los términos de este Decreto, incurrirán en un recargo del ciento por ciento (100 por 100) de los impuestos que les corresponda pagar.”

La anterior disposición reglamentaria fue dictada con base en el artículo 30 de la Ley 78 de 1935. En virtud de esta última norma se autorizó al Poder Ejecutivo, entre otras cosas, para “*imponer las sanciones establecidas actualmente por la ley en los casos de violación de las providencias y reglamentos que dicte*”.

Ahora bien: entre las sanciones pecuniarias establecidas por el estatuto legal regulador del impuesto sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades —leyes 81 de 1931 y 78 de 1935— no existe la del recargo del 100% de los impuestos

que le corresponda pagar a un contribuyente, en el caso de mora en su declaración de renta y patrimonio.

De consiguiente, el Poder Ejecutivo, al dictar el referido artículo 124 del Decreto 818 de 1936, en cuya virtud se establece una sanción pecuniaria que no es de las *establecidas actualmente por la ley*, creó una notoria contradicción entre el estatuto legal y su decreto reglamentario. Y frente a esta contradicción es de rigor aplicar de preferencia el ordenamiento legal.

En estas condiciones, los funcionarios liquidadores del impuesto sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades ejecutan un acto ilegal cuando imponen la sanción pecuniaria prevista por el artículo 124 del Decreto número 818 de 1936 para el caso de que el contribuyente no presente en tiempo su declaración de renta y patrimonio. La sanción prevista por la ley en caso de retardo es la de que el funcionario respectivo haga la liquidación sobre los datos que puedan conocerse y comprobarse. (Artículo 12, numeral 1º de la Ley 81 de 1931).

De consiguiente, en el caso de autos debe considerarse inaplicable, por ilegal, la sanción que por la cantidad de \$ 845.27 le fue impuesta al señor Vega Lara por no haber presentado oportunamente su declaración de renta y patrimonio correspondiente al año de 1938.

Por lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probadas las excepciones de error de cuenta e inexistencia parcial de la obligación, que se han hecho valer en este negocio.

En consecuencia, la autoridad administrativa correspondiente procederá a liquidarle nuevamente el impuesto al señor Jesús Antonio Vega Lara por lo correspondiente al año de 1938, deduciendo las partidas que la Corte ha encontrado aceptables.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese el fallo en la *Gaceta Judicial*, y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

Anibal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Nuñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Oposición a una propuesta sobre exploración y explotación de petróleos.

1. En asuntos referentes a las propuestas sobre exploración y explotación de petróleos la facultad revisora de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema no puede estar limitada, al ejercerse sobre todas las cuestiones que la coloquen en situación de decidir con acierto si es o no fundada la oposición, pues para esto, precisamente, viene el expediente a la Corte por mandato de la Ley 160 de 1936. En el Ministerio queda agotada la tramitación administrativa. Ante la Corte comienza y termina la judicial.

2. Al estudiar el alcance de las Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874 dijo la Corte en otra ocasión que esas Leyes no contienen la cesión del derecho de dominio, sobre partes concretas del territorio antioqueño, sino la del derecho a obtener la adjudicación de cierto número de hectáreas.

3. Según nuestro sistema legal el patrimonio del Estado se descompone en bienes de dominio público y en bienes fiscales. Los primeros se caracterizan por su condición de inalienables e imprescriptibles. Los bienes fiscales o del dominio fiscal, según clasificación de modernos expositores de derecho, pueden ser: fiscales comunes, estrictamente fiscales, y fiscales adjudicables, que son los destinados por las leyes fiscales a la adjudicación a particulares, mediante el lleno de los requisitos que en las mismas leyes se establecen. Es evidente que el dominio fiscal, el que tiene el Estado sobre los baldíos, así como el que tiene sobre los bienes de uso público, difiere, por varios aspectos, del derecho de propiedad privada. Pero igualmente, es evidente que ciertos hechos, como la apropiación por el Estado de los productos de los bienes fiscales adjudicables, carecería de explicación si se desconoce que al Estado y demás entidades de derecho público asiste un derecho de propiedad sobre los bienes de que se trata. Derecho de propiedad sui generis, sin duda, pero innegable derecho de dominio.

4. Aunque en ciertos casos determinados la ley puede ser un título constitutivo de dominio, en tratándose de un in-

mueble no puede existir un título constitutivo de dominio si el instrumento que se alega como título de ese derecho real —ley, escritura, etc.— no contiene la individualización de ese inmueble para que se conozca fijamente cuál es y no se confunda con otro de la misma especie. La Nación, el Estado, todas las demás entidades públicas con personería jurídica, no están relevadas de una obligación que es común a ellos y a los particulares: la de determinar, concreta y claramente, por su situación, linderos y demás particularidades que los den a conocer, los bienes raíces que sean objeto de una constitución o de una transferencia de dominio. Y en tratándose de la concesión de baldíos, no sólo deberán cumplirse estos requisitos para que el agraciado con la concesión tenga en ellos un derecho real y concreto sobre la determinada porción o lote que la Nación le ha cedido, sino que deberán cumplirse, además, para que la cesión sea perfecta, todos los otros requisitos que las leyes exigen para obtener la adjudicación de esa clase de bienes patrimoniales del Estado. Si la Ley 63 de 1872 no pudo constituir título de dominio de determinada extensión superficiaria de terrenos baldíos en favor del Estado de Antioquia, tampoco puede operar con ese carácter en tratándose del petróleo que pueda existir en el subsuelo de esa misma y determinada extensión superficiaria, porque de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 160 de 1936, es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y ya quedó demostrado que legalmente no salió del patrimonio de la Nación, para entrar en el del Estado de Antioquia, la zona o lote al cual se refiere el presente juicio sumario, porque tal zona o lote no aparece determinado o individualizado como cuerpo cierto en la Ley 63 de 1872, ni se obtuvo entrega de él antes de 1873, previo el cumplimiento de las formalidades establecidas para tales casos.

5. Constitutivo o traslativo de dominio el título de un bien raíz, debe contener la in-

dividualización de él para que el derecho de propiedad se concrete en el objeto a que el título se refiere. La posesión y el dominio requieren cosas claramente determinadas; y si se trata de la transferencia del dominio de inmuebles, ésta no se efectuará sin el lleno de las formalidades de rigor. Esto se deduce rectamente, entre otros, de los artículos 669, 749, 756 y 2594 del Código Civil.

6. Para que prospere una oposición de la clase que contempla la Ley 160 de 1936, tiene que tratarse, conforme a esta Ley, de terrenos "que salieron legalmente del patrimonio nacional" antes del 28 de octubre de 1873, nó, de terrenos que estuvieran por salir de ese patrimonio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, abril catorce de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

Con motivo de una propuesta de contrato para exploración y explotación de petróleos "de propiedad nacional" en terrenos situados en el Municipio de Puerto Berrio, propuesta formulada por el señor William Neilson en el Ministerio de la Economía Nacional, que fue admitida por el Ministerio en Resolución de fecha 17 de agosto de 1939 (c. número 1, f. 29), el doctor Miguel S. Uribe Holguín, como apoderado del doctor Ernesto de Villa, en escrito de 11 de junio de 1941, formalizó oposición ante esta Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos (c. número 3, fs. 3 a 7 v.):

"Son fundamentos de hecho de la demanda que formulo, los siguientes:

"1º El terreno que el señor Neilson ha propuesto explorar y explotar, está situado en Puerto Berrio, y es de una extensión de cuarenta y cinco mil seis (45.006) hectáreas. Son sus linderos: Partiendo de la desembocadura de la quebrada Las Aguilas en el río Nus, punto marcado en el plano con la letra A, se sigue por el centro de corriente principal de este río, aguas arriba, hasta la desembocadura en el mismo río de la quebrada de La Candelaria, punto marcado en el plano con la letra B; la línea que une los puntos A y B tiene una longitud de 3.050 metros y un rumbo de N. 6º 15' E.

"Del punto B, se sigue en línea recta con rumbo N. 24º 28' E., y longitud de 24.540 metros, a dar al punto marcado en el plano con la letra C.

"De este punto se gira a la derecha en ángulo de 90º y se sigue en recta con rumbo S. 65º 32' E. y longitud de 16.200 metros, a dar a la orilla izquierda del río Magdalena, en el punto marcado en el plano con la letra D, que está situado a distancia de 3.300 metros arriba del Hotel Magdalena, de Puerto Berrio.

"Del referido punto D se sigue por la orilla izquierda del río Magdalena, aguas arriba, hasta un punto marcado en el plano con la letra E, que está situado en la orilla izquierda del Brazo del Tigre, a distancia de 320 metros abajo de la casa de Vicente Zuluaga; la recta que une los puntos D y E, tiene una longitud de 27.902 metros y un rumbo de S. 35º 11' W.

"Del punto E se sigue en recta con rumbo N. 65º 32' W. y distancia de 10.080 metros, a dar al río Nus, en la desembocadura de la quebrada Las Aguilas, punto de partida.

"Los rumbos dados en esta alidación se refieren todos al meridiano verdadero o astronómico";

"2º El mismo terreno está comprendido dentro de estos dos, de una cabida total de doscientas mil (200.000) hectáreas y situados en Puerto Berrio (los planos de todos, se encuentran en el expediente. La comparación de un plano con otro, demuestra que aquél está comprendido en éstos). Separa a estos terrenos la línea del Ferrocarril de Antioquia. Linda el uno, así: Limita por el Norte, con la línea del Ferrocarril de Antioquia, en una longitud de cincuenta (50) kilómetros; por el Sur, con terrenos vertientes al río Nare, que son baldíos; por el Occidente, con el río Nus; y por el Oriente, con el río Magdalena. Linda el otro: Limita por el Sur, con la línea del Ferrocarril de Antioquia, en la misma longitud de cincuenta (50) kilómetros; por el Norte, con terrenos baldíos, vertientes al río San Bartolomé; por el Oriente, con el río Magdalena; y por el Occidente, con terrenos vertientes al río Monos y terrenos baldíos denominados de Alicante y Cupiná;

"3º El artículo 1º de la Ley 63 de 1872, dijo esto: 'Cédense al Estado de Antioquia doscientas mil hectáreas de tierras (subrayo yo) baldías para el fomento de la inmigración.' Y el 2º: 'En consecuencia, el Poder Ejecutivo Nacional dispondrá la inmediata entrega al Presidente del Estado Soberano de Antioquia, de las citadas tierras, tomándolas de las del territorio antioqueño, donde dicho Presidente las solicitare, para destinarlas al fomento de la inmigración, de la manera que lo estime conveniente a los intereses del Estado....';

"4º Aunque la llamada cesión era de tierras de las del territorio antioqueño, elegidas dentro de las baldías por el Presidente de Antioquia, el Secretario de Hacienda y Fomento de este Es-

tado solicitó la expedición de títulos o bonos para la adjudicación de tierras baldías, los que no eran necesarios; pero luego advirtió que, en efecto, no se necesitaban. Transcribo su nota al Secretario de Hacienda y Fomento de la Unión, de 18 de febrero de 1873 (corre en copia en el expediente):

‘Estados Unidos de Colombia—Estado Soberano de Antioquia—Número 208—Medellín, febrero 18 de 1873.

‘Señor Secretario de Hacienda y Fomento.
Bogotá.

‘El Congreso Nacional, por Decreto de 11 de junio de 1872, cedió al Estado de Antioquia doscientas mil hectáreas de tierras baldías para el fomento de la inmigración.

‘Ordenóse por el artículo 2º de ese Decreto, que el Poder Ejecutivo dispusiese la inmediata entrega de dichos terrenos al Presidente del Estado, en el punto que éste designase al efecto.

‘Para dar principio a la ejecución del Decreto, en la parte que atañe a mi Gobierno, dirigí al señor Secretario de Hacienda y Fomento, en 8 de octubre de 1872 (continúo subrayando yo), y bajo el número 130, una nota en la cual solicitaba el envío de los títulos de concesión equivalentes a las 200.000 hectáreas de terrenos cedidos.

‘Habiendo comprendido después que tales títulos no son indispensables, existiendo un decreto le gislativo que *otorga perfecto derecho a la cosa reclamada*, elevé a usted, en 15 del mismo mes y bajo el número 137, otra nota solicitando que se dispusiese la *inmediata entrega de las tierras*, y anunciando que *estaban disponibles* los fondos para los gastos que demandase la operación.

‘Por oficio de 18 de noviembre último avisé al señor Secretario que el Poder Ejecutivo había resuelto comisionar al señor Basilio A. Martínez para entenderse con usted en todo lo relativo a este asunto.

‘Sin embargo, ninguna contestación oficial a las mencionadas comunicaciones he recibido; y es por lo mismo que me permito molestar una vez más la atención del Gobierno de la Unión para suplicarle en nombre del de Antioquia, que *se sirva disponer lo conveniente* para que un asunto de tanta importancia como el de que me ocupo, tenga una pronta y satisfactoria solución en obsequio de los verdaderos intereses del país.

‘Soy de usted muy atento y seguro servidor,

‘(Firmado), Abraham Moreno’;

‘5º El Secretario de Hacienda y Fomento de Antioquia, como lo demuestra la nota transcrita, pidió con insistencia —no sobra hacer notar

que antes del 28 de octubre de 1873— la inmediata entrega de los terrenos ordenada en la Ley citada, de lo que es de inferir que ya el Presidente de Antioquia los había elegido;

‘6º Por la Ley 18 de 1874, se le hicieron varias concesiones al Estado de Antioquia para auxiliar la construcción de su ferrocarril, entre las cuales, ésta (artículo 1º, concesión 3ª): ‘Cien mil hectáreas de tierras baldías a ambos lados del camino y en lotes alternados de a diez mil hectáreas con los que se reserve la Nación o el Estado de Antioquia, en caso de que éste tome allí las que se le han cedido por leyes anteriores.’

‘Es de advertir que, conforme a esta Ley: (a) Los lotes habían de ser alternados, pero el Estado de Antioquia podía tomar también los intermedios con el título que le confirió la Ley 63 de 1872. Esto explica por qué los terrenos de que hablo en el fundamento 2º, son continuos. Un sucesor del Estado tomó todo el terreno a lado y lado, hasta concurrencia de las cien mil (100.000) hectáreas, concedidas por la Ley 18, y de las otras cien mil (100.000), parte de las doscientas mil (200.000) que la Ley 63 dijo ceder; y (b). Ya la entrega ordenada en el artículo 2º de la Ley 63, dejó de ser necesaria si lo fue; porque la Ley 18 autorizó al Estado, y por lo mismo a su sucesor, para *tomar* todas las tierras concedidas, las concedidas por una ley, como las concedidas por la otra;

‘7º Por la Ley 36 de 1877, del Estado de Antioquia, se autorizó la cesión de cien mil (100.000) hectáreas de tierras baldías, representadas en bonos territoriales de los que poseía el Estado, esto es, de parte de las doscientas mil (200.000) concedidas al Estado por la Ley 63 de 1872 y por las cuales se habían expedido bonos, a la persona, natural o jurídica, que se obligara a formar una sociedad anónima, agrícola y de inmigración. La adjudicación debía hacerse en licitación pública;

‘8º Fue el adjudicatario el señor Francisco J. Cisneros. La escritura número treinta y cuatro, de ocho de junio de mil ochocientos setenta y ocho, Notaría 1ª del Circuito de Medellín (corre copia en el expediente), reza que adquirió el señor Cisneros: ‘En consecuencia, el expresado Administrador General del Tesoro dijo: Que por cuanto están cumplidas por el señor Francisco J. Cisneros las obligaciones detalladas por los incisos 1º y 4º del citado artículo 6º de la Ley XXXVI, de cuatro de diciembre de 1877, expedida por la Asamblea Legislativa del Estado, por la cual se fomenta una sociedad agrícola y de inmigración (*Registro Oficial* número 42), cumpliendo con lo ordenado por el P. E. en su Resolución de fecha 20 de abril de 1878, que queda inserta, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley XXXVI ya citada,

otorga: que a nombre del Estado Soberano de Antioquia, cede, endosa y traspasa al ya mencionado señor Francisco J. Cisneros, natural de la isla de Cuba, y ciudadano de los Estados Unidos de América, los veinte (20) títulos de tierras baldías, números 20 a 39, de cinco mil hectáreas cada uno, expedidos por el Gobierno Nacional a favor del Estado Soberano de Antioquia, con fecha 3 de junio de 1876, cediendo y traspasando, como cede y traspasa también al dicho señor Cisneros, *todos los derechos que al Estado corresponden sobre las tierras baldías a que se refiere la Ley nacional 63, de 12 de junio de 1872, y los que fueren reservados al Estado y a éste corresponden según lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 1º de la Ley nacional 18, de 4 de mayo de 1874;*

"9º En cumplimiento de la obligación que había contraído, de formar una sociedad anónima, agrícola y de inmigración, el señor Cisneros formó, junto con los señores Francisco de Villa y Jorge Bravo, por escritura número cuatrocientos setenta y ocho, de siete de agosto de mil ochocientos setenta y ocho, Notaría 1ª del Circuito de Medellín (corre en el expediente), la denominada Sociedad Agrícola y de Inmigración, a la cual aportó las cien mil (100.000) hectáreas, parte de las doscientas mil (200.000) de que habla la Ley 63 de 1872, y las cien mil (100.000), concedidas por la Ley 18 de 1874 y que había adquirido como contratista del Ferrocarril de Antioquia;

"10. Por escritura número trescientos setenta y cuatro, de seis de abril de mil ochocientos ochenta y dos, Notaría 1ª del Circuito de Medellín (corre en el expediente), el señor Jorge Bravo transfirió sus acciones en esa sociedad anónima al señor Francisco de Villa;

"11. Según contrato número 7, de diez y ocho de agosto de mil ochocientos ochenta y cinco (corre en el expediente la parte pertinente), el señor Cisneros transfirió al Estado de Antioquia, además de la empresa del Ferrocarril de este nombre, sus acciones en la mencionada sociedad anónima;

"12. Como lo acredita su hijuela (corre en el expediente. Escritura número mil seiscientos cinco, de veinticinco de junio de mil novecientos veintisiete, Notaría 4ª del Circuito de Medellín), al doctor Ernesto de Villa se le adjudicaron por la partición efectuada en el juicio de sucesión de su padre, señor Francisco de Villa, los derechos de accionista en la Sociedad Agrícola y de Inmigración, que su padre había tenido en esta Sociedad, ya entonces disuelta;

"13. Por escritura número trescientos diez y nueve, de veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve, Notaría 1ª del Circuito de Medellín (corre en el expediente), se había

reconstituido la Sociedad Agrícola y de Inmigración entre el Departamento de Antioquia y el señor Francisco de Villa, los accionistas, los que habían tenido diferencias y habían celebrado una transacción; pero, el Juez 4º del Circuito de Medellín, en sentencia de ocho de julio de mil novecientos veintisiete (corre en el expediente la parte resolutive), declaró nulo este contrato por cuanto no se había registrado y publicado el extracto correspondiente;

"14. La Sociedad Agrícola y de Inmigración, no bien fue formada, abrió un camino de nueve leguas de longitud, por el cual se hicieron importaciones y exportaciones; fundó explotaciones agrícolas; fundó un hospital; trajo inmigrantes italianos (véanse las declaraciones ante el Juez 2º del Circuito de Bogotá, en marzo de 1915, de los testigos, señores Eugenio Montoya, Juan de S. Martínez, Julio Restrepo A. y Manuel Felipe Restrepo, y las ante el Alcalde de Bogotá, en enero de 1916, de los testigos, señores Gustavo Gómez, Tomás Márquez, Germán Gómez, Leonidas Gómez y Gabriel Vélez, como también los documentos protocolizados por escritura número 791, de 27 de abril de 1929, Notaría 1ª del Circuito de Medellín). Esta sociedad hizo medir los terrenos y levantar un plano (corre en el expediente). Para valarme del verbo usado en la Ley 18 de 1874, *tomó* los terrenos descritos por su situación y sus linderos en el fundamento 2º, los que quedaron claramente determinados;

"15. La misma Sociedad solicitó insistentemente la entrega de estos terrenos y aun su adjudicación, innecesarias según queda expuesto;

"16. Sobre el memorial que el doctor Climaco A. Palau dirigió el 19 de mayo de mil novecientos once (todos estos documentos corren en el expediente), recayó la Resolución del Ministro de Obras Públicas, de ocho de enero de mil novecientos doce, denegatoria de los derechos de la Sociedad Agrícola y de Inmigración; pero esta Resolución fue reformada por la del Ministro de Hacienda, de once de abril de mil novecientos diez y seis, que le reconoció derecho a los terrenos cedidos por la Ley 18 de 1874, mas no a los cedidos por la Ley 63 de 1872. Y luego el Consejo de Estado, en sentencia de veintitres de septiembre de mil novecientos diez y ocho, declaró nula la parte de esta Resolución que desconocía el derecho a estos terrenos;

"17. El Gobernador de Antioquia certificó el veintitres de diciembre de mil novecientos quince (corre la certificación en el expediente. Número 65), que los terrenos en Puerto Berrío eran casi en su totalidad baldíos; y que a la Sociedad Agrícola y de Inmigración se le reconocía derecho, de acuerdo con las leyes, a una extensión de doscientas mil (200.000) hectáreas a uno y otro lado de la línea del Ferrocarril de

Antioquia, aunque no se le había hecho entrega de esta extensión. Los terrenos estaban determinados;

"18. El Ministro de Agricultura, en Resolución de ocho de junio de mil novecientos veinte (corre en el expediente), declaró que se abstendría de celebrar contratos de explotación de bosques en Puerto Berrio mientras no se hubiera terminado la mensura de los terrenos de una extensión de doscientas mil (200.000) hectáreas;

"19. El Ministro de Hacienda, después de la sentencia del Consejo de Estado a que me he referido, presentó un informe al Consejo de Ministros, el veintisiete de abril de mil novecientos veintiuno (corre en el expediente), cuyas conclusiones aprobó el Consejo, en que hay apreciaciones erradas, pero que reconoce los derechos de la Sociedad Agrícola y de Inmigración;

"20. El Consejo de Estado, en sentencia de nueve de marzo de mil novecientos treinta y uno (número de los *Anales del Consejo de Estado* presentado por mi poderdante), declaró la nulidad del Decreto número 499 de 1926, sobre ejecución de la Ley 63 de 1872, por violatorio de los derechos de la Sociedad Agrícola y de Inmigración;

"21. A la Asamblea de Antioquia se le presentaron durante sus sesiones de mil novecientos veinticuatro los informes que pueden leerse en el número 41 de los *Anales* de esa Asamblea, de primero de mayo de ese año, que reconocen los derechos de la mencionada Sociedad;

"22. En suma, en sentencia del Consejo de Estado, y en otros actos oficiales, durante más de sesenta años, se ha considerado que la Sociedad Agrícola y de Inmigración adquirió los terrenos descritos en el fundamento 2º

"En derecho, fundo esta demanda en el artículo 10 de la Ley 160 de 1936.

"Lo que es materia de disputa en los juicios a que dan origen las oposiciones a los contratos para la explotación de petróleos propuestos, al Gobierno, es sólo el dominio privado del petróleo, como lo dice el inciso 4º del artículo 26 de la Ley 37 de 1931, tal como quedó según el 5º de aquella Ley.

"Cuando se expidió la Ley 63 de 1872, no había reserva del petróleo. Por lo tanto, la concesión hecha por esta Ley, si es título, no determinó los terrenos por linderos, por lo cual la concesión no podía ser perfecta sino cuando se los especificara por la elección que hiciera el Presidente del Estado o el sucesor del Estado, la Sociedad Agrícola y de Inmigración.

"De la nota inserta en el fundamento 4º parece resultar que la elección la hizo el Presidente del Estado antes del 28 de octubre de 1873, esto es, antes de la reserva, porque no se pide

la entrega de lo no determinado, que no se puede entregar; pero voy a suponer que fue hecha posteriormente, por el Presidente del Estado o por la Sociedad mencionada.

"El título fija su objeto, el que comprende suelo y petróleo por ser anterior a la fecha de la reserva del petróleo. La elección y la entrega hasta la Ley 18 de 1874, o sólo la elección después, o, si se quiere, la determinación por linderos, son meramente actos de ejecución de la Ley 63, que no podían modificar su objeto, el que, repito, comprende suelo y petróleo.

"En sentencia sobre la inexecutable de la ley que destinó a la Sociedad Colombiana de Ingenieros un edificio, que ya había sido destinado a la Academia de la Lengua, como también en otra, no reciente, proferida el 1º de diciembre de 1932, en un juicio seguido por la sociedad de Ismael Correa & Co., la Corte consideró que las leyes son títulos.

"Digo lo anterior por lo que toca con las cien mil (100.000) hectáreas, parte de las doscientas mil (200.000) concedidas por la Ley 63 de 1872. El título de las otras cien mil (100.000) hectáreas, la Ley 18 de 1874, es posterior a la reserva del petróleo. Por lo mismo, no incluye el petróleo. De lo que se sigue que el Gobierno podrá conceder la explotación del petróleo existente en los lotes alternados de a diez mil (10.000) hectáreas de que habla esta Ley y que habría que determinar —es entendido, previa su determinación—, pero no el petróleo existente en los lotes intermedios y que es de propiedad del Departamento de Antioquia y de mi poderdante, doctor De Villa.

"Dirijo esta demanda contra la Nación, representada por el señor Procurador General o por el señor Procurador Delegado en lo Civil, y contra el señor Neilson, vecino de Medellín, como dejo dicho, representado por su apoderado, doctor Alberto Zuleta Angel, vecino de Bogotá.

"Esta demanda tiene por objeto que declaréis que es fundada la oposición por ser el petróleo que se encuentre en las cien mil (100.000) hectáreas, parte de las doscientas mil (200.000), concedidas por la Ley 63 de 1872, del dominio privado del Departamento de Antioquia y de mi poderdante, o de ese Departamento y de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, si ésta es aún persona jurídica. Os pido que hagáis esta declaración previa audiencia de los representantes de los demandados."

También el señor Carlos E. Rodríguez, en propio nombre y como representante del Municipio de Puerto Berrio, había hecho ante el Ministerio oposición a la propuesta de contrato de que se trata.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, a nombre de la Nación, se opuso a que se acojan los pedimentos de los señores Rodríguez y De Villa, en escritos de fechas 16 de julio de 1941 y 19 de mayo de 1942 (folios 9 a 10 y 33 a 65, cuaderno número 3), y por parte del señor William Nielson, su apoderado, doctor Alberto Zuleta Angel, manifestó también su oposición a la del señor De Villa, en escrito de 11 de agosto de 1941 (folio 14).

Oposición de Ernesto de Villa, en su propio nombre.

Se considera necesario examinar previamente las siguientes cuestiones:

a) Si el señor Ernesto de Villa tiene personalidad sustantiva suficiente para formalizar ante la Corte la presente oposición, lo que niega el apoderado del señor William Neilson y afirma el señor De Villa:

Se contesta:

Compareciendo este señor, como comparece, en propio nombre y no a nombre o en representación de la disuelta Sociedad Agrícola y de Inmigración, tiene, como accionista, un derecho de cuota en el capital de esta Sociedad, ya se considere que este capital esté formado específicamente por las tierras a que se refiere la oposición, o por los bonos representativos de tales tierras; o, en otros términos, ya se considere que esa Sociedad tiene derecho *real* en las cien mil hectáreas de terreno a que en parte se refiere la oposición, o, únicamente, a que una extensión de cien mil hectáreas de tierras baldías, le sea adjudicada en el territorio del Departamento de Antioquia, materias éstas que son, precisamente, las que constituyen el fondo de la cuestión que la Corte va a examinar y a resolver, y que, por constituirlos, excluyen que desde ahora anticipe ella un concepto sobre ese particular, al comenzar por excluir a quien da lugar al planteamiento de tal cuestión, que está, como se verá adelante, estrechamente vinculada a la de su derecho o falta de derecho para pedir en el sentido de que se trata.

Se parte, pues, de que el opositor tiene, *prima facie*, un interés jurídico y económico para hacer esta oposición, y en este sentido y con este alcance se lo reconoce la Corte para entrar en el estudio de fondo del litigio.

b) Si a esta Sala de Negocios Generales de la Corte, como lo sostiene el señor apoderado del opositor, la liga con fuerza obligatoria, y, por ende, la inhibe de examinar estas cuestiones, tanto lo resuelto por el Ministerio del ramo al resolver afirmativamente que el doctor De Villa puede hacer la presente oposición (resolución que según el señor apoderado, sólo podría

“ser objeto de un recurso de anulación ante el Consejo de Estado”), como lo resuelto por el mismo Ministerio con “respecto a la estimación de las pruebas del interés del opositor”.

Se responde:

En el presente caso y en relación con lo que alega el señor apoderado la Sala ratifica su parecer, ya emitido en providencia del 27 de junio de 1942 (*Gaceta Judicial* número 1983, tomo LIII, página 183, 1^a), de que en estos casos los conceptos y resoluciones del Ministerio del ramo, conforme a lo dispuesto en el artículo 593 del Código Judicial, lo mismo cuando sean favorables, que cuando sean desfavorables a las respectivas pretensiones de las partes, serán apreciados o estimados por la Corte, en armonía con la realidad procesal y con las normas de la ley.

La facultad revisora de la Sala de Negocios Generales, no puede estar limitada, al ejercerse sobre todas las cuestiones que la colocan en situación de decidir con acierto si es o no fundada la oposición, pues para esto, precisamente, viene el expediente a la Corte por mandato de la Ley 160 de 1936. En el Ministerio, queda agotada la tramitación administrativa. Ante la Corte, comienza y termina la judicial.

Tal doctrina fue establecida en asunto de esta misma clase en que fue apoderado de una de las partes favorecidas el mismo distinguido abogado que lleva hoy la representación del señor De Villa en este juicio. Esto dilucidado, se pasa al fondo de la cuestión.

Por lo expuesto por las partes en sus respectivas y extensas alegaciones, puede afirmarse que la cuestión de derecho materia de la discusión entre ellas en esta oposición, y la que debe ser solucionada y decidida por la Corte, tiene estos dos aspectos:

1º *¿Por virtud de los artículos 1º y 2º de la Ley 63 de 1872, la Nación cedió como cosa determinada, al hoy Departamento de Antioquia, doscientas mil hectáreas de tierras baldías (de las que son parte las cien mil hectáreas a que se refiere esta oposición), o, de acuerdo con tal Ley, sólo puede y debe entenderse que el Departamento mencionado únicamente tenía el derecho personal a que, previas las formalidades legales, se le adjudicara esa porción de tierras baldías tomándolas de las del territorio antioqueño?*

2º *¿En caso de que la Ley 63 de 1872 le hubiera concedido al hoy Departamento de Antioquia, solamente, el derecho de hacerse adjudicar doscientas mil hectáreas de baldíos dentro de su territorio, vigente tal obligación, podría actualmente la Nación contratar como de su propiedad el petróleo que se halle dentro de los bal-*

díos de ese Departamento, y, más concretamente, en el lote de la oposición, sin que antes se haya cumplido esa obligación con el Departamento de Antioquia o con sus sucesores en el derecho otorgado por la precitada Ley?

Examen del primer aspecto de la cuestión.

De acuerdo con la Ley 160 de 1936, para saber si el opositor tiene derecho al petróleo que contengan los terrenos materia de la oposición, ha de conocerse, en primer lugar, si tales terrenos salieron legalmente del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873.

Como títulos originarios constitutivos de dominio en las tierras de que se trata, y, por tanto, en el petróleo que en ellas pueda existir, el opositor menciona las Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874 en el presente caso.

Por la primera de estas Leyes, la Nación cedió al entonces Estado de Antioquia, doscientas mil hectáreas de tierras baldías, del territorio antioqueño, donde el Presidente de ese Estado las solicitara.

Por la segunda de esas Leyes, se le concedieron al mismo Estado cien mil hectáreas de tierras baldías a lado y lado de su ferrocarril, en lotes alternados de diez mil hectáreas "con los que se reserve la Nación o el Estado de Antioquia, en caso de que éste tome allí las que se le han cedido por leyes anteriores".

Ya esta Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación, fijó no sólo el alcance de las precitadas Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874 en cuanto al derecho que ellas pudieran haber otorgado al Estado de Antioquia con la cesión de que se trata, sino que se pronunció también en lo relativo a las formalidades que el favorecido con una cesión de baldíos debía llenar para adquirir el dominio de éstos mediante la adjudicación consiguiente, así como se pronunció también en lo relativo al derecho que del Estado de Antioquia hubiera podido pasar al señor Francisco J. Cisneros y a la "Sociedad Agrícola y de Inmigración" por virtud de esas Leyes.

Dijo la Corte en sentencia de fecha 14 de diciembre de 1932:

"La Sala disiente del dictamen de los recurrentes sobre el alcance de lo otorgado por las Leyes 63 y 18. No contienen ellas la cesión del derecho de dominio, sobre partes concretas del territorio antioqueño sino la del derecho a obtener la adjudicación de cierto número de hectáreas.

"En otros términos: cuando la Ley 63 de 1872 le cedió al Estado de Antioquia para el fomento de la inmigración, doscientas mil hectáreas de tierras baldías que habían de tomarse en el territorio del Estado, no se las traspasó individualizadas por medio de su localización precisa

y sus linderos: apenas le concedió el derecho de llegar a hacerse dueño de ellas en virtud de la elección del lugar y de la adjudicación que se cumpliera por los trámites adecuados. El artículo 3º se refería a los gastos necesarios para llevar a efecto la cesión. Y lo propio ha de afirmarse de la Ley 18 de 1874; la concesión de cien mil hectáreas a ambos lados del camino y en lotes alternados de a diez mil con los que se reservara la Nación o el Estado en virtud de leyes anteriores, no implica un traspaso de hectáreas individualizadas por su ubicación y límites, ya que, como antes se dijo, a lo largo de aquel camino puede haber una crecida extensión baldía, superior con mucho al número enunciado.

"La doctrina de la Corte acerca de que hay casos en que la ley es título próximo o único del derecho, como cuando el legislador hace una cesión a una persona jurídica o a una entidad de derecho público, ha de entenderse, en lo tocante al dominio, en el sentido de que la cesión del bien debe ser directa, en la forma de cuerpo cierto o de cosa individualizada, lo cual no ocurre aquí.

"Vista la forma de las cesiones, el Estado de Antioquia o su sucesor tenían que hacer ejecutar las leyes para conseguir el dominio, y el modo consistía en la presentación de los bonos o títulos para su cambio por tierras baldías, de acuerdo con los procedimientos respectivos. El Código Fiscal de 1873 hablaba (artículos 909 y 910) de certificados y los llamaba títulos de concesión. Es claro que el certificado único podía subdividirse, bien por ministerio de decretos reglamentarios, de pactos con los interesados o de la ampliación analógica del artículo 872 ibidem. El artículo 904 de este Código preceptuaba la manera de iniciar el proceso tendiente a obtener la declaración de los derechos a tierras baldías, reconocidos a los Estados de la Unión en calidad de tales (artículo 901). Por lo demás, los bonos emitidos a favor del Estado de Antioquia en cumplimiento de las Leyes 63 y 18, cuya copia se encuentra al folio 13 del cuaderno de pruebas del denunciante, son verdaderos títulos o bonos de concesión, sin que a ello se opongan sus caracteres de especialísimos y nominales. La Ley 7ª de 1881 le ordenó al Poder Ejecutivo Nacional expedir títulos en beneficio del Estado de Antioquia o de quien representara sus derechos, por cien mil hectáreas de tierras baldías que debían tomarse a los lados del camino férreo, en los términos consignados en la concesión 3ª del artículo 1º de la Ley 18 de 1874.

"D ello expuesto se sigue que las Leyes 63 y 18 no constituyen el título inmediato de propiedad de las hectáreas concedidas al Estado de Antioquia, y que lo propiamente aportado al fondo

social de la Agrícola son los títulos de concesión o bonos, que le conferían a la Compañía el derecho de demandar la adjudicación. Esto último fue también lo que entendieron los contratantes al otorgar las escrituras números 478, de siete de agosto de mil ochocientos setenta y ocho, y 319, de veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve: véanse el artículo 1º de la parte primera y el artículo 2º de la parte segunda de la primera de estas escrituras, y el artículo 21 de la segunda.”

Y en sentencia de 1º de diciembre de 1932, la Corte expresó lo siguiente:

“El otorgamiento de títulos de baldíos era el modo establecido por el Código Fiscal de 1873 para hacer efectivas las concesiones hechas por un acto legislativo a los Estados Soberanos y a los territorios de la Unión, así como a las demás entidades públicas o privadas o a cualquier individuo. La reglamentación la verificó dicho Código por medio de sus artículos 899 y siguientes, de los cuales es pertinente reproducir los artículos 908 a 910, que dicen:

‘Artículo 908. Cualquiera Secretaría de Estado, a la cual se dirija una solicitud de adjudicación de tierras baldías, según los artículos anteriores, la pasará con todos los documentos del expediente a la Oficina de Estadística, para que los examine y proponga al Secretario respectivo el proyecto de resolución.’

‘Artículo 909. Dictada la resolución acordando el derecho a una entidad reclamante, a un individuo, a una compañía, la Secretaría respectiva expedirá un certificado que así lo acredite, firmado y sellado por el Secretario, y refrendado por el Jefe de la Oficina de Estadística, con expresión clara y precisa de si el derecho es a tomar las tierras baldías en determinada ubicación o en cualquiera localidad de las disponibles, a elección del interesado.’

‘Artículo 910. Los certificados de que habla el artículo anterior serán presentados en la Oficina de Estadística, con el objeto de que se anoten en el registro respectivo. Una certificación expedida de esa manera y debidamente registrada, es el documento comprobante del derecho a determinado número de hectáreas de tierras baldías, o más bien un título de concesión. La partida que se asienta en el respectivo registro será firmada por el Secretario que hubiere expedido el certificado, y también por el Jefe de la Oficina de Estadística. En el certificado se pondrá constancia del registro y de su folio, la cual será firmada por el Jefe de la oficina que la puso.’

“Estas disposiciones fueron reproducción, con variaciones accidentales, del decreto expedido en uso de facultades legales por el Presidente de los Estados Unidos de Colombia, el siete de enero

de mil ochocientos setenta, el cual demuestra que desde entonces el modo de concretar el derecho a tierras baldías, concedidas por actos legislativos, era la expedición de certificados por la autoridad competente. El artículo 10 del Decreto dice:

‘Una certificación expedida de esta manera, y debidamente registrada, es el documento comprobante del derecho a determinado número de hectáreas de tierras baldías, o más bien un título de concesión.’

“Ahora bien: Como esos títulos eran transmisibles por vía de endoso, aparte de que ellos eran el medio para comprobar el derecho otorgado por la ley, resultaría que, si se demostrara el derecho, como lo pretende el recurrente, con la sola cita de las leyes, la Nación tendría que responder dos veces de sus obligaciones de cesionario de baldíos: una, a los que alegaran como título las leyes, y otra, a los tenedores de los títulos de concesión, que pueden presentarse a reclamar sus derechos.

“Es de observar que los títulos entregados al señor Cisneros fueron subdivididos en porciones de cinco mil hectáreas, y que, por lo mismo, pudieron pasar a manos de muchos cesionarios por la vía de endoso.

“Dice el recurrente que la sentencia viola por interpretación errónea, el artículo 904 del Código Fiscal de 1873 y el 97 del Código Fiscal vigente, que son aplicables al caso del pleito, si éste debiera decidirse por leyes posteriores a las que regían cuando se ejecutaron los actos origen de los derechos que alegan los demandantes, contra lo que dispone el artículo 2683 del Código Civil.

“Aunque este reparo es condicional, y por lo tanto impreciso, basta observar que el artículo 904 del Código Fiscal de 1873 está relacionado con los siguientes del mismo Código, que se han transcrito, y que no excluyen en la formalidad de los certificados o títulos de cesión los baldíos cedidos a los Estados o Territorios de la Unión:

“En el presente caso no se trata de una porción determinada, sino determinable: cien mil hectáreas de terrenos baldíos a uno y otro lado de la línea del ferrocarril, en lotes alternados de diez mil hectáreas, con los que se reserva la Nación o el Estado Soberano de Antioquia, y sobre esa base debieron expedirse los títulos de baldíos, con ubicación determinada, como lo indicaba el artículo 909 del Código Fiscal; pero sin poder precisar la situación ni los linderos, de cada lote de diez mil hectáreas, en una comarca, cuya extensión se ignora.

“Cosa distinta es el caso que prevé el artículo 97 del actual Código Fiscal, del cual sería típica la Ley 40 de 1881, cuyo artículo 19 dice:

'Cédense al Distrito de El Plato, las islas de Bote y Cascajal, formadas por el río Magdalena, frente al expresado Distrito, con el fin de que sean pobladas y cultivadas.'

"En esa Ley se trata de cuerpo cierto, de algo definido por límites precisos, y no de hectáreas de tierras baldías, adjudicables en una vasta porción de territorios."

Tiene, pues, ya la Corte examinado y resuelto en forma ajustada a la ley, amplia y clara, el primer aspecto de la cuestión de derecho que sirve de fundamento a la oposición del señor De Villa; pero como la presente controversia ha surgido con posterioridad a aquellas decisiones, la Sala considera que deben examinarse ahora las actuales alegaciones del señor apoderado del señor De Villa para saber si ellas son suficientes, en el caso concreto de la oposición que aquí se contempla, para decidir que es fundada esta oposición.

Del alegato de fecha 18 de febrero de 1942, del señor apoderado del opositor (f. 27, c. número 3), se deduce lo siguiente, en resumen:

19 Que las sentencias de que se trata se dictaron por la Corte "por motivos de recursos de casación contra las del Tribunal de Medellín en juicios contra los colonos que se han establecido en las tierras". Que no se discutió entonces sino el dominio del *suelo*, mas no, *el del petróleo*, que es lo que ahora se discute.

29 Que siendo el título constitutivo de dominio la Ley 63 de 1872, el objeto del derecho concedido lo tenía que ser el *suelo* y el *sub-suelo*, y que, "la elección de las tierras y su entrega hasta la Ley 18 de 1874, o sólo la elección de las tierras después, son meramente actos de ejecución de la Ley 63, que, sea cual fuere el tiempo de su ejecución, no pueden modificar el objeto del título, el que comprende *suelo* y *petróleo*. Si lo modificaran por cuanto en el tiempo intermedio se hubiera decretado la reserva —dice— se vulnerarían derechos adquiridos".

39 Que por estas razones, no era necesario pedir la adjudicación de las tierras ni la expedición de los honos, ni que la Ley 63 de 1872 las individualizara (pues esta individualización podía hacerse después, perfeccionándose así ese título) como se individualizaron después cuando tales tierras se midieron y se les levantó un plano, y cuando desde hace más de sesenta años la Sociedad Agrícola y de Inmigración ejecutó hechos positivos de posesión en esas tierras, tales como la fundación de explotaciones agrícolas y el establecimiento de inmigrantes, todo lo cual, que fue reconocido en el año de 1915 por el Gobernador de Antioquia como derecho de propiedad de esa Sociedad en tales tierras, ha-

bria *suplido* la entrega o tradición de éstas, "en el supuesto de que la Ley 63 de 1872 fuera título traslativo, a que hubiera de subseguirse la tradición, modo de adquirir", lo que niega el señor apoderado, porque, en su concepto, los baldíos son "*res nullius* o cosas de dominio público", y nó, de dominio privado del Estado, aunque los artículos 44 del Código Fiscal y el 675 del Código Civil establecen que pertenecen al Estado. De ello infiere el señor apoderado que el título de concesión de baldíos no puede ser traslativo, sino constitutivo de dominio, porque no teniendo el Estado dominio privado en baldíos "no es posible transferir lo que no se tiene".

En presencia de estas alegaciones del señor apoderado del opositor y de las sentencias de la Corte que ya se dejaron citadas, la Sala observa lo que pasa a expresarse.

En primer lugar, y por la importancia que ello tiene para el ulterior examen y decisión de las cuestiones relacionadas con esta oposición, procede rectificar el precedente concepto del señor apoderado del opositor, sobre los baldíos, y para ello se remite la Sala a lo que ya expuso sobre esta materia en providencia de fecha 12 de noviembre de 1941 (*Gaceta Judicial* número 1979, página 514, 1ª), en la siguiente forma:

"Considera la Corte: según nuestro sistema legal, el patrimonio del Estado se descompone en bienes del dominio público y bienes fiscales. Los primeros se caracterizan por su condición de inalienables o imprescriptibles. Los bienes fiscales o del dominio fiscal, según clasificación de modernos expositores de derecho, pueden ser: fiscales comunes, estrictamente fiscales, y fiscales adjudicables, que son los destinados, por las leyes fiscales a la adjudicación a particulares, mediante el lleno de los requisitos que en las mismas leyes se establecen.

"Es evidente que el dominio fiscal, el que tiene el Estado sobre los baldíos, así como el que tiene sobre los bienes de uso público, difiere, por varios aspectos, del derecho de propiedad privada. Pero igualmente evidente es que ciertos hechos, como la apropiación por el Estado de los productos de los bienes fiscales adjudicables, carecería de explicación si se desconoce que al Estado y demás entidades de derecho público asiste un derecho de propiedad sobre los bienes de que se trata. Derecho de propiedad *sui generis*, sin duda, pero innegable derecho dominico.

"Como observa Coviello, 'ciertamente, si nos queremos atener al concepto de propiedad de derecho privado, ésta se encontraría en evidente contradicción con la índole de los bienes dominiales. Pero si se reconoce que el contenido de la propiedad puede variar según la naturaleza del sujeto (individuo, o persona jurídica), y según la del objeto (muebles o inmuebles) y de su

destino especial (minas, bosques), no parecerá extraño concebir una propiedad sobre los bienes que tienen por objeto el uso público, como sobre los bienes que tienen por fin la utilidad privada y que constituyen la regla: una propiedad de derecho público al lado de la de derecho privado. Por lo demás, tal opinión está confirmada por el mismo Código Civil, que en el artículo 406 reconoce una propiedad pública aparte de la privada, y por el artículo 21 de la Ley sobre trabajos públicos, que declaran de propiedad del Estado el suelo de los caminos nacionales, y propiedad de los Municipios el de los caminos municipales. Además, cuando se habla de los bienes con relación a las personas a que pertenecen, se dice que los bienes del Estado se distinguen en bienes de dominio público y bienes patrimoniales (artículo 426), (X), de donde resulta evidente que tanto los unos como los otros son objeto de una relación jurídica única, aun siendo diversa su destinación. De aquí que las disposiciones del Código, por la cual los bienes del dominio público pasan al patrimonio del Estado una vez cesada su destinación a un uso público debe considerarse como una consecuencia del derecho de propiedad del Estado sobre los bienes dominiales. y por ende aplicable aun a los bienes de uso público de la Provincia y del Municipio.

“Lo dicho por Coviello, en relación con la legislación italiana, tiene cumplida aplicación en nuestro sistema legal. En efecto, también nuestro Código Civil reconoce una propiedad pública aparte de la privada, y establece que los bienes del Estado pueden ser de uso público o bienes fiscales, que también se llaman patrimoniales del Estado.

“Por lo demás, del mismo fallo citado por el personero de la parte demandada, resulta que esta Sala de la Corte no ha desconocido el principio de que los baldíos están en el patrimonio del Estado, y si lo están, es precisamente porque son de su propiedad, como terminantemente lo reconocen los Códigos Civil y Fiscal de la Nación. Consecuencia de ese derecho de propiedad que tiene el Estado sobre los baldíos, es el poder ser éstos gravados con servidumbre, y el poderse otorgar el usufructo de ellos.”

De acuerdo con lo que queda expuesto, no se niega que, en ciertos casos determinados, la ley puede ser un título constitutivo de dominio; pero en tratándose de un inmueble no puede existir un título constitutivo de dominio si el instrumento que se alega como título de ese derecho real —ley, escritura, etc.—, no contiene la individualización de ese inmueble para que se conozca fijamente cuál es y no se confunda con otro de la misma especie. La Nación, el Estado,

todas las demás entidades públicas con personería jurídica, no están relevadas de una obligación que es común a ellos y a los particulares: la de determinar, concreta y claramente, por su situación, linderos y demás particularidades que los den a conocer, los bienes raíces que sean objeto de una constitución o de una transferencia de dominio. Y en tratándose de la concesión de baldíos, no sólo deberán cumplirse estos requisitos para que el agraciado con la concesión tenga en ellos un derecho real y concreto sobre la determinada porción o lote que la Nación le ha cedido, sino que deberán cumplirse, además, para que la cesión sea perfecta, todos los otros requisitos que las leyes exigen para obtener la adjudicación de esa clase de bienes patrimoniales del Estado.

La Ley 63 de 1872 no determinó por su situación y linderos cuál era el lote de baldíos que la Nación le cedía al Estado de Antioquia, ni este Estado, previa la respectiva elección que podía hacer, obtuvo la entrega correspondiente de la Nación en la zona que hoy se reclama como específicamente vinculada a la cesión de que trata esa Ley; luego ni ese Estado, ni el Departamento de Antioquia, ni el señor Francisco J. Cisneros, ni la Sociedad Agrícola y de Inmigración, ni el opositor, pueden hoy alegar que el petróleo que se encuentre en la zona a que se refiere la presente oposición no le pertenece a la Nación por haber salido legalmente de su patrimonio antes de 1873, pues debiéndose aplicar para la época anterior a la reserva del petróleo en ese año, el antiguo principio de que el dueño del suelo, lo es también del subsuelo (*Qui dominus est soli, dominus est coeli et inferorum*), se tiene, que si la Ley 63 de 1872, por las razones ya expuestas, no pudo operar como título constitutivo de dominio de determinada extensión superficial de terrenos baldíos en favor del Estado de Antioquia, tampoco puede operar con ese carácter en tratándose del petróleo que pueda existir en el subsuelo de esa misma y determinada extensión superficial, porque de acuerdo con la Ley 160 de 1936 (artículo 10), “es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873”, y ya quedó demostrado que legalmente no salió del patrimonio de la Nación, para entrar en el del Estado de Antioquia, la zona o lote al cual se refiere el presente juicio sumario, porque tal zona o lote no aparece determinado o individualizado como cuerpo cierto en la Ley 63 de 1872 ni se obtuvo entrega de él antes de 1873, previo el cumplimiento de las formalidades establecidas para tales casos.

La Corte, en sus precitadas sentencias del 19 y del 14 de diciembre de 1932, en efecto, no con-

templó más que el caso del suelo o superficie de las tierras a que se refería la controversia que entonces tuvo lugar, pero la conclusión a que ahora llega esta Sala de Negocios Generales es igualmente bien fundada con relación al petróleo que pueda encontrarse en esas tierras, pues siendo uno mismo el título que se invoca —la Ley 63 de 1872— la consecuencia debe ser y es idéntica: si tal Ley no constituye título de dominio en determinada porción de la superficie del territorio antioqueño, tampoco lo puede constituir en el subsuelo a que esa porción superficial corresponde determinadamente o como cuerpo cierto.

Por otra parte, de acuerdo con el Decreto ejecutivo de fecha 7 de enero de 1870, vigente en 1872, aunque una concesión de baldíos se originara de un acto legislativo y aunque el favorecido fuera un Estado, debía ser hecha por la Secretaría del Interior o por la de Hacienda, tramitando la concesión con sujeción a las formalidades allí establecidas, entre éstas, la expedición, de un certificado registrado, en el cual se expresara, clara y precisamente, cuáles eran las tierras materia de la concesión.

El Estado de Antioquia obtuvo de la Nación bonos territoriales, de acuerdo con la Ley 63 de 1872 y de estos bonos le hizo traspaso al señor Francisco J. Cisneros.

Refiérese a esta transferencia, a los artículos 1º y 8º de la Ley 36 de 1877 del Estado de Antioquia, y al precitado Decreto del 7 de enero de 1870, el señor apoderado del opositor, para sostener que no era necesaria la adjudicación de los baldíos a que se refería la Ley 63 de 1872; que las solicitudes de adjudicación de baldíos que ese Decreto sometía a cierta tramitación eran las que se referían “a particulares y sólo a particulares”, y que lo transferido por el Estado de Antioquia al señor Cisneros fueron bonos territoriales, “pero como representativos de las tierras”.

“En todo caso —agrega— el Estado le transfirió al señor Cisneros los derechos y acciones a que por ellos (los bonos) tiene derecho, de conformidad con los textos legales citados en el último artículo transcrito, sea le transfirió el título que es la Ley 63 de 1872 porque las tierras son parte de las concedidas por esta Ley.”

Es equivocada la argumentación del señor apoderado del opositor, porque ella se funda en las erróneas hipótesis de que la Ley 63 de 1872 fue título constitutivo de dominio en favor del Estado de Antioquia por tierras determinadas, y en que con individualizarlas después con los alegados actos de posesión consistentes en el establecimiento de inmigrantes y de labores agrícolas y con el levantamiento de planos, ya que

daba perfeccionado ese título, objetivándose éste así en la zona a que se refiere la actual oposición.

Con respecto a la interpretación y aplicación de las Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874, ya esta Sala expresó lo conveniente, en consonancia con lo que la Sala de Casación, acertadamente, había resuelto sobre estas mismas Leyes en las sentencias que se dejaron citadas; y en cuanto a la individualización de las tierras con alcance retrospectivo para los fines de considerarlas salidas *legalmente* del patrimonio nacional en lo tocante al petróleo que en ellas pueda hallarse, se observa que es inaceptable que esta situación *de hecho* sea suficiente para excluir el derecho de la Nación al petróleo que se halle en esa zona de los baldíos de Antioquia, porque tal zona no fue por ella cedida ni adjudicada como cuerpo cierto por virtud de la Ley 63 de 1872, ni se observaron las solemnidades inherentes a esta clase de concesiones para que pudiera entenderse que la zona actualmente controvertida ya había *salido “legalmente”* del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873, fecha de la reserva del petróleo para la Nación.

En cuanto a lo que el señor apoderado del opositor sostiene con respecto al Decreto de 7 de enero de 1870, la Sala considera que aunque tal Decreto sólo se aplicara a las solicitudes de adjudicación de baldíos a particulares, ello no sería razón para que la Sala modifique lo que ya deja expresado acerca de que la Ley 63 de 1872 no concedió al Estado de Antioquia ningún derecho real sobre una porción individualizada de tierras baldías de su territorio, y de que era necesario que dicho Estado consiguiera que esa Ley se cumpliera, mediante la elección, determinación y entrega de la zona de baldíos correspondientes a doscientas mil hectáreas que tal Ley le había concedido *in genere*, para quedar —entonces sí— como dueño de esa zona.

Y es que constitutivo o traslativo de dominio el título relativo a un bien raíz, él debe contener la individualización de este bien, para que el derecho de propiedad se concrete en el objeto a que el título se refiere. La posesión y el dominio requieren cosa claramente determinada; y si se trata de la transferencia del dominio de inmuebles, ésta no se entenderá realizada sin el lleno de las formalidades de rigor. Esto se deduce rectamente, entre otros, de los artículos 669, 749, 756 y 2594 del Código Civil.

Examen del segundo aspecto de la cuestión.

En su alegato ante la Corte, el señor apoderado del opositor se expresa del siguiente modo:

“3º Voy a suponer en gracia de discusión que la expedición de los bonos territoriales que se expidieron, fuera necesaria, y que éstos bonos

para adjudicaciones en todo el territorio, no meramente en el de Antioquia, se hubieran expedido regularmente; y que se requiriera y aun se requiriera —la Ley 63 de 1872 está vigente— la adjudicación de las tierras concedidas, sin la cual no habría título de dominio. Y, sin embargo, la oposición del doctor De Villa sería fundada. El petróleo contenido en las tierras que el Departamento de Antioquia y el doctor De Villa consideran de su dominio, no se podría conceder a otros.

“Estas tierras fueron medidas y de ellas se levantó un plano. Están individualizadas. El Poder Ejecutivo no podría denegar su adjudicación al Departamento de Antioquia y al doctor De Villa en vista de la Ley 63. Si en parte están ocupadas por otros, y esa parte pudiera haberse perdido, la pérdida habría sido del suelo, pero no del petróleo; y si el Poder Ejecutivo no podría adjudicar esa parte del suelo, tendría que adjudicar el petróleo que contenga, porque el derecho concedido por la Ley 63, es tanto al suelo como al petróleo.

“El Departamento de Antioquia y el doctor De Villa no tendrían hoy el dominio del petróleo contenido en la parte ocupada por otros y en lo demás de esas tierras; pero lo tendrían más tarde, al hacerseles la adjudicación. Y un petróleo que el Estado debiera, si así puedo expresarme, y que fuera más tarde de dominio privado, no podría ser objeto de una concesión de explotación en favor del señor Neilson.

“Según el artículo 59 de la Ley 160 de 1936, las oposiciones se fundan en el dominio privado del petróleo; pero este texto no reza que en el dominio actual. Si la Nación debiera el petróleo y si éste viniera a ser de dominio privado en un futuro, ese petróleo no podría ser objeto de concesión a persona que no fuera la que lo adquiriría.

“Si, por regla general, el dominio ha de ser actual, en vista de la Ley 63, Ley especial de la que no se puede prescindir, habría que concluir que el dominio futuro sería fundamento bastantísimo de la oposición del doctor De Villa.”

Se observa:

De que la Ley 63 de 1872 esté vigente, no se sigue que “El petróleo contenido en las tierras que el Departamento de Antioquia y el doctor De Villa consideran de su dominio no se podría conceder a otros”, ni tampoco se sigue esto de que, de hecho, a *tales tierras* se las hubiera mensurado, levantado un plano y ocupado.

Estos razonamientos del señor apoderado del opositor son la consecuencia de la creencia, errónea, como ya se dejó demostrado, de que la Ley 63 de 1872 era, por sí sola, un título constitutivo de dominio sobre la determinada zona de tierras

a que hoy se refiere la presente oposición, y de que aunque no estuvieran esas tierras individualizadas en tal Ley, bastaba con que las hubiera individualizado después el Estado de Antioquia o los sucesores de éste.

Para que la tesis del apoderado del opositor fuera aceptable, sería necesaria una de estas dos cosas: o que por la Ley 63 de 1872 se hubiera cedido al Estado de Antioquia *todos* los terrenos baldíos que se encontraban dentro de los límites de su territorio, o que esa Ley hubiera señalado, individualizándola, cuál era la porción o zona de doscientas mil hectáreas de baldíos que dentro de ese territorio se le cedía a dicho Estado.

Si así no se hizo, como en efecto no se hizo, no existió derecho real constituido sobre determinada parte de los baldíos de Antioquia, y el Poder Ejecutivo podía adjudicar cualquier parte de los baldíos que se encontraran en ese Estado, con sólo reservar para éste, para cuando las eligiera y se las hiciera adjudicar, con las formalidades de rigor, las doscientas mil hectáreas a que se refería la Ley 63 de 1872. Con vista de esta Ley, el Poder Ejecutivo no podía negar la entrega de una cantidad de baldíos equivalente a doscientas mil hectáreas, en el territorio de Antioquia, mas si, de la zona o porción a que se refiere la presente oposición, porque de ella no se había hecho aún dueño antes de 1873 el Departamento de Antioquia por virtud de esa Ley, que no cedió a ese Estado porción determinada alguna o cuerpo cierto, según se ha dejado demostrado.

Para que prospere una oposición de la clase que contempla la Ley 160 de 1936, tiene que tratarse, conforme a esta Ley, de terrenos “que *salieron* legalmente del patrimonio nacional” antes del 28 de octubre de 1873, no, de terrenos que *estuvieran por salir* de ese patrimonio.

El texto de la Ley 63, de junio de 1872, es el siguiente:

“Artículo 19 Cédense al Estado de Antioquia doscientas mil hectáreas de tierras baldías para el fomento de la inmigración.

“Artículo 29 En consecuencia, el Poder Ejecutivo Nacional dispondrá la inmediata entrega, al Presidente del Estado Soberano de Antioquia, de las citadas tierras, tomándolas de las del territorio antioqueño donde dicho Presidente las solicitare para destinarlas al fomento de la inmigración, de la manera que lo estime conveniente a los intereses del Estado. La facultad que se concede al Presidente de Antioquia cesa inmediatamente que se reúna la legislatura, la cual determinará la distribución, para el fin indicado, del resto de las tierras de que aún no hubiere dispuesto el Jefe del referido Estado.”

"Artículo 3º Los gastos que ocasione la mensura de las tierras, cedidas por el artículo 1º, y los demás que sean necesarios para llevar a efecto la cesión, serán de cargo del Gobierno del Estado."

Claro resulta de esa Ley:

a) Que las doscientas mil hectáreas de tierras debían ser *solicitadas* por el Presidente del Estado Soberano de Antioquia, tomándolas en el sitio que dicho Presidente señalara dentro del territorio de ese Estado;

b) Que las tierras debían ser *entregadas* a nombre del Poder Ejecutivo de la Nación;

c) Que esas tierras debían *medirse*, y

d) Que los gastos de esta mensura y los demás necesarios "*para llevar a efecto* —subraya la Corte— la cesión" serían de cargo del Gobierno del Estado.

Aunque se prescindiera de la aplicación de las disposiciones del Decreto de 7 de enero de 1870, resulta, pues, incontrovertible, por el texto mismo de la Ley 63 de 1872, que ésta, por sí sola, no bastaba para constituir un título de dominio en favor del Estado de Antioquia, sino que debían cumplirse determinadas formalidades "*para llevar a efecto* la cesión" de los baldíos de que se trataba.

Pero no sólo resulta esto así claramente de la misma Ley que el opositor invoca como fundamento del derecho de propiedad que alega, sino que resulta, no menos claramente también, de la aplicación que, en la práctica, se le dio a esta Ley ulteriormente.

Con efecto, según se ha visto en el hecho 4º de la demanda del opositor, el Secretario de Hacienda y Fomento del Estado de Antioquia solicitó que el Poder Ejecutivo Nacional expidiera los títulos o bonos destinados a obtener la adjudicación de las tierras a que se refería la Ley 63 de 1872. No importa que después, en su nota del 18 de febrero de 1873, hubiera manifestado que tales títulos no eran indispensables. El había pedido la expedición de esos bonos, y los obtuvo. Pidió también la entrega de las tierras, pero no consta que hubiera el Estado de Antioquia hecho la determinación y elección de ellas. La Ley 18 de 1874, al hacer varias concesiones al Estado de Antioquia para la construcción de su ferrocarril, expuso en su artículo 1º lo siguiente:

"Artículo 1º Para auxiliar i facilitar la construcción i explotación de la vía férrea que el Gobierno del Estado Soberano de Antioquia ha contratado, se le hacen por parte de la Unión Colombiana, al mismo Estado, las concesiones siguientes:

"1º Cesión de los terrenos de propiedad nacional que sean necesarios para la construcción de la línea, estaciones, oficinas y demás dependencias o accesorios para el servicio del camino;

"2º Exención del pago de derechos de importación de los materiales que se introduzcan por las Aduanas con destino a la construcción y explotación de la línea, desde que se empiecen los trabajos preparatorios para su construcción hasta cinco años después de terminada i entregada al servicio público;

"3º Cien mil hectáreas de tierras baldías a ambos lados del camino i en lotes alternados de a diez mil hectáreas con los que se reserve la Nación o el Estado de Antioquia, en caso de que éste tome allí las que se le han cedido por leyes anteriores;

"4º Cesión de los terrenos de propiedad nacional a orillas del río Magdalena, que sean necesarios para la construcción de muelles, depósitos i demás dependencias que exija el servicio público en el puerto del mismo río en que termine la línea, para la construcción de los cuales se autoriza al Gobierno del Estado de Antioquia, i en su nombre al empresario del camino; i

"5º La suma de cien mil pesos anuales, por el término de diez años, la cual se le entregará al Gobierno del Estado de Antioquia, en los términos en que el Poder Ejecutivo convenga con dicho Gobierno."

Lo dicho en el numeral 3º de ese artículo comprueba que hasta esa época todavía el Estado de Antioquia no había *tomado* las tierras que "se le han cedido por leyes anteriores" ni se sabía cuáles eran esas tierras, determinadamente.

Como bien lo dijo la Corte en su ya citada sentencia del 14 de diciembre de 1932 "la concesión de cien mil hectáreas a ambos lados del camino y en lotes alternados de a diez mil con los que se reservara la Nación o el Estado en virtud de leyes anteriores, no implica un traspaso de hectáreas individualizadas por su ubicación y límites, ya que, como antes se dijo, a lo largo de aquel camino puede haber una crecida extensión baldía, superior con mucho al número enunciado".

La Ley 36 de 1877 del Estado Soberano de Antioquia dijo en su artículo 1º:

"Cédense en favor del individuo o compañía que lo solicite cien mil hectáreas de tierras baldías, representadas en bonos territoriales de los que posee el Estado, en los términos y bajo las condiciones de la presente ley".

Y en el artículo 8º de la misma Ley dijo:

"El Administrador General del Tesoro endosará al cesionario los títulos de baldíos en referencia, expresando que el Estado transmite en propiedad dichos títulos al cesionario, y que le cede desde esa fecha todos los derechos y acciones a que por ellos tiene derecho, de conformidad con la Ley nacional 63, de 12 de junio de 1872, y con el inciso 3º del artículo 1º de la Ley nacional 18, de 4 de mayo de 1874".

Las cien mil hectáreas de tierras baldías estaban, de acuerdo con esta Ley, representadas en bonos; pero de aquí no se sigue que esas cien mil hectáreas de tierras se hubieran ya individualizado y adjudicado.

La propiedad de esos bonos o títulos debía pasar al cesionario a quien se refería el artículo 89, con todos los derechos y acciones a que por ellos —los bonos— tenía derecho el Estado cedente en conformidad con las Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874; pero como según estas Leyes no se habían cedido tierras determinadas, la cesión no podía comprender otro derecho distinto del que tales leyes otorgaban al Estado cedente: el derecho de hacerse adjudicar determinándola en el territorio de Antioquia, la cantidad de baldíos a que ellas se referían.

Por la misma razón, si el Estado de Antioquia no había adquirido por virtud de aquellas leyes más que ese derecho, no podía ser más que éste el que podía transferir al señor Francisco J. Cisneros, y nó, tierras determinadas; y el señor Cisneros no podía haber transferido tierras determinadas a la Sociedad Agrícola y de Inmigración, pues él no las había adquirido, ni de ésta Sociedad haber pasado al opositor doctor De Villa tales tierras, porque ella tampoco las había adquirido como cuerpo cierto.

En la escritura de constitución de la Sociedad de que se trata, se expresó que la Sociedad se proponía “adquirir en propiedad las cien mil hectáreas de tierras baldías de que trata la Ley 36 citada (la 36 de 1877) y las cien mil hectáreas de baldíos a que tiene derecho el señor Cisneros, como contratista del Ferrocarril de Antioquia” (Escritura número 478 de 1878).

Ya se había hecho constar en el artículo 2º de la misma escritura, que “el capital social es limitado y se compone: 1º de doscientas mil hectáreas de tierras en títulos de baldíos (subraya la Sala) y 2º de cien mil pesos en dinero” (folio 37, cuaderno de la op.).

Por último, en escrito de fecha diez y nueve de mayo de 1911, obrante en copia al folio 66 del cuaderno número 2, el doctor Clímaco A. Paláu, como apoderado de la misma Sociedad, dijo lo siguiente al Ministerio de Obras Públicas:

“En los números 86 y 153 y 154 de la *Gaceta Departamental de Antioquia*, que debidamente autenticados acompaño, aparecen publicados el Decreto número 84 de 3 de septiembre de 1910, por el cual se varía la representación de las acciones que al Departamento corresponden en la Sociedad Agrícola, y las actas correspondientes a las sesiones en que esta Sociedad nombró sus dignatarios, ello con el objeto de justificar el poder que con fecha 3 del mes en curso y por escritura pública número 758, me confirió el señor Carlos Cock como Gerente de la Sociedad Agri-

cola y de Inmigración para representarla ante ese Ministerio en solicitud de la adjudicación de los terrenos que le corresponden, poder que en todas sus partes acepto.—En armonía con lo dispuesto en la Ley 18 de 1874, las cien mil hectáreas de terrenos baldíos que se ceden al Estado Soberano de Antioquia, deben entregarse a ambos lados de la vía férrea y en lotes alternados de a diez mil hectáreas con los que se reserve la Nación o el Estado de Antioquia en caso de que éste tome allí las que se le han cedido por leyes anteriores. De manera que al Estado se le reconoció por dicha ley el derecho a tomar en la misma vía las tierras que le había cedido la Ley 63 de 1872, única que con anterioridad a la 18 de 1874 le había hecho cesión de baldíos cuya adjudicación no había obtenido. Y como el Estado de Antioquia cedió al señor D. Francisco J. Cisneros los baldíos de que trata la Ley 18 y cien mil hectáreas de las a que se refiere la Ley 63 de 1872 y todas éstas le pertenecen a la Sociedad Agrícola y de Inmigración, subrogada en todos los derechos y acciones que al Estado Soberano de Antioquia correspondían, es evidente que hoy puede solicitar la adjudicación en un solo lote continuo como pudo haberlo hecho el Estado antes de las cesiones de que se ha hablado. En el Distrito de Puertoberrío (sic) existe una extensión baldía que excede en mucho de trescientas mil hectáreas y en ella solicito se cumplan las Leyes 18 y 63 de 1874 y 1872 respectivamente, adjudicando a la Sociedad que represento un globo de doscientas mil hectáreas que para mayor claridad divido en dos lotes tomando por base la línea del ferrocarril de Antioquia así: Primer lote: limita por el Norte con la línea del ferrocarril en una extensión de cincuenta kilómetros; por el Sur, con terrenos de propiedad nacional vertientes al río Nare; por el Occidente, con el río Nus y por el Oriente con el río Magdalena.—Segundo lote: limita por el Sur, con la línea del ferrocarril, en la misma extensión de cincuenta kilómetros; por el Norte, con terrenos baldíos vertientes al río San Bartolomé; por el Oriente, con el río Magdalena y por el Occidente con terrenos vertientes al río Monos y los baldíos denominados de Alicante y Cupiná. Ambos lotes forman una extensión total de doscientas mil hectáreas y parten de la estación inicial de Puertoberrío (sic). Para obtener la adjudicación que solicito, presento veinte bonos territoriales, marcados con los números 20 a 39, por valor de cinco mil hectáreas cada uno, de los expedidos a virtud de lo dispuesto en la Ley de 11 de junio de 1872 y noventa y nueve bonos de a mil hectáreas cada uno de los expedidos por mandato de la Ley 18 de 1874, marcados con los números 1 a 100, faltando el 80 por haberse traspapelado en la Administra-

ción General del Tesoro del Departamento; pero que se presentará a la mayor brevedad posible. Estos bonos no han sido registrados como lo ordena el artículo 16 de la Ley 56 de 1905 por no haber estado en circulación sino depositados en el archivo de la Administración General del Tesoro desde el año de 1885 en que se rescindió el contrato sobre construcción del Ferrocarril de Antioquia, celebrado con el señor Cisneros. Corresponde a ese Ministerio hacer la adjudicación que solicito ya por mandato de las mismas leyes que otorgaron la gracia al Estado Soberano de Antioquia, ya en virtud de lo preceptuado en el artículo 901 del Código Fiscal en relación con el Decreto que creó ese Ministerio. En cuanto a la extensión que se cedió para muelles, oficinas y demás dependencias del ferrocarril, corresponde a ese Ministerio su determinación y pido que se haga en la resolución que haya de dictarse a este memorial.”

El opositor doctor De Villa ante la propuesta de contrato de que trata, hace depender su derecho a la oposición, de las Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874, en relación con el que por estas leyes se transmitió al Estado Soberano de Antioquia, al señor Francisco J. Cisneros, a la Sociedad Agrícola y de Inmigración y al señor Francisco de Villa; pero como según ha quedado expuesto, a tenor de esas Leyes no había salido legalmente del patrimonio nacional la zona de terreno a la cual se refiere la oposición, ésta no puede prosperar por ser infundada, y así se declarará.

Oposición del señor Carlos E. Rodríguez.

Con respecto a esta oposición decidió el Ministerio del ramo en su Resolución de 27 de septiembre de 1940 lo siguiente:

“Formula la oposición el señor Carlos E. Rodríguez, en nombre del Municipio de Puerto Berrío y obrando como agente oficioso de éste. Para dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 269 y 270 del Código Judicial, el señor Personero Municipal de aquel lugar ratificó con posterioridad la acción opositora del señor Rodríguez.

“Para fundamentar su derecho, el opositor ha presentado copias autenticadas de las diligencias del remate de tierras realengas verificado en Honda en 1751 a favor del señor Alejandro de Silva, tierras que allí aparecen alinderadas de la siguiente manera: ‘... desde el peñón que llaman Ermitaño, para abajo el río grande de la Magdalena con sus islas, hasta la boca del caño que llaman de Santa Cruz, y de la dicha boca, sus aguas arriba hasta la sierra en ámbito de dos estancias de ganado mayor; y del sitado peñón de Ermitaño, en derechura a la dicha Sierra, las mismas dos estancias de manera que por ambos costados sea igual su porte, y por las espaldas lo correspondiente a la frontera del río’. Las

dos estancias de que se habla en la adjudicación equivalen a dos mil quinientas diez y seis hectáreas con mil novecientos noventa y dos metros cuadrados.

“Con posterioridad a la fecha de la adjudicación que se le hizo a De Silva no existe dato alguno referente a las tradiciones de dominio del mencionado lote. De lo que si hay constancia es de varias adjudicaciones de baldíos hechas por el Gobierno, por los años de 1925 a 1935, en una parte considerable de las tierras arriba alinderadas. En los certificados de los Registradores de Instrumentos Públicos y Privados de Yolombó, Santo Domingo y Puerto Berrío, presentados por el opositor, se hace constar que en dichas oficinas no existe registro ni inscripción alguna de documento público por medio del cual Alejandro de Silva o alguna otra persona titulándose heredera de dicho señor, enajenara las tierras de que se viene hablando.

“El opositor ha presentado también un certificado del Juzgado del Circuito de Puerto Berrío, de fecha 26 de enero de este año, en el cual se hace constar que en ese Despacho cursa actualmente un juicio instaurado por el citado Municipio para que se declaren vacantes las tierras adjudicadas antiguamente al señor De Silva.

“Sobre la base de ese certificado y del documento de adjudicación ya descrito, el opositor trata de demostrar que las expresadas tierras son hoy de propiedad del Municipio de Puerto Berrío, propiedad que también se extiende al petróleo que en ellas pueda encontrarse; pide, en consecuencia, que el Ministerio prescinda de la propuesta del señor Neilson por referirse a terrenos que abarcan las tierras descritas en el memorial de oposición.

“Para resolver, se considera:

“1° Los opositores a las propuestas de concesión de petróleos deben comprobar ante el Ministerio, entre otras cosas, su *interés jurídico* en la oposición, lo cual viene a integrar y constituir su *personería sustantiva*, sin la cual no es procedente adelantar gestión alguna de carácter administrativo sobre estos asuntos. Y ello es así porque en la oposición a las propuestas de petróleo no se ejercita una acción pública sino una de carácter estrictamente privado generada por la consideración del perjuicio que se ocasionaría al patrimonio individual del oponente si se llegara a realizar el contrato proyectado. Por esta razón el opositor debe demostrar su interés jurídico mediante la presentación del título o títulos que acrediten, cuando menos, ser él el dueño del suelo o del subsuelo de las tierras materia de la oposición.

“En el caso del Municipio de Puerto Berrío, el opositor dice que las tierras objeto de la oposición salieron del patrimonio del Estado antes

del 28 de octubre de 1873 por virtud de la adjudicación de que se habló al principio. Mas el hecho de haberse verificado tal adjudicación, no prueba en modo alguno que las mismas tierras pertenecen hoy al Municipio mencionado.

“El certificado del Juzgado del Circuito en el cual se declara que ante ese Despacho cursa actualmente un juicio tendiente a que se declaren vacantes las tierras a que la oposición se refiere, no prueba tampoco ni podría probar que ese Municipio sea en la actualidad dueño legítimo de esas tierras; bien conocidos son los medios que la ley determina para probar el dominio de los bienes raíces. Por otro lado, es imposible asegurar que la sentencia en el mencionado juicio habrá de ser favorable al Municipio demandante; la afirmación, por basarse en un supuesto contingente e inseguro, resultaría absolutamente temeraria.

“Pero aun suponiendo que el futuro fallo ha de favorecer en un todo al Municipio, siempre quedaría por averiguar si tal declaratoria de vacantes cobija también a los petróleos subyacentes en los terrenos objeto del fallo judicial. Para el Ministerio no cabe duda, y en tal sentido se ha pronunciado otras veces, que tal fallo no puede referirse a los petróleos contenidos en las tierras que se declaran vacantes, por razones que sería superfluo e inútil entrar a analizar en el presente caso.

“2º Las dos estancias de ganado mayor adjudicadas a don Alejandro de Silva equivalen, según las conclusiones a que ha llegado el Servicio Técnico de este Ministerio, a 2.516 hectáreas con 1.992 metros cuadrados. Sin embargo, se observa que el opositor sostiene que los terrenos materia de la oposición —los mismos adjudicados al señor De Silva en 1751— cubren casi toda la extensión de las tierras de la propuesta del señor Neilson, o sea 45.006 hectáreas. Para el Ministerio, el citado Municipio no tendría derecho, en el mejor de los casos, es decir, considerando probada su personería sustantiva, no tendría derecho, se repite, sino a las 2.516 hectáreas con 1.992 metros cuadrados, extensión ésta a la cual debe referirse el fallo en el juicio de vacantes, ya que en la respectiva demanda se indican los mismos linderos que encierran lo adjudicado al señor De Silva.

“Las observaciones que se dejan hechas y las demás que se contienen en el informe del Servicio Técnico que obra en el expediente de oposición que ahora se decide, indican que el opositor no ha presentado el minimum de pruebas necesarias para evidenciar su interés jurídico, o lo que es lo mismo, no ha probado su personería sustantiva para instaurar legalmente su acción opositora. Por todo lo cual el Ministerio no puede admitir la oposición que se ha anali-

zado, ya que, de hacerlo, aparecería aplicando la tesis errónea e injurídica de que las oposiciones a las propuestas de concesión de petróleos pueden formularse y adelantarse mediante el ejercicio de la llamada acción pública”.

“En mérito de los hechos anteriores, el Ministerio de Minas y Petróleos,

“resuelve:

“No se admiten las oposiciones formuladas a la propuesta de concesión de petróleos número 46 del señor William Neilson, por el señor Carlos E. Rodríguez en nombre y como agente oficioso del Municipio de Puerto Berrio, y por el señor Ernesto de Villa en su calidad de copartícipe de la Sociedad Agrícola y de Inmigración.”

Esta Resolución, a petición del apoderado del doctor Ernesto de Villa, fue reformada por la de fecha doce de mayo de 1941, del siguiente modo:

“Revócase la Resolución proferida el 27 de septiembre pasado de que se ha hecho mérito en la parte considerativa de esta providencia, en cuanto no se admitió la oposición instaurada por el señor Ernesto de Villa.

“Admitese la oposición formulada a la propuesta de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional del señor William Neilson, por el señor Ernesto de Villa. En tal virtud y en armonía con lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, pásese este expediente con la mencionada oposición a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia para los fines legales consiguientes”.

Mantenido por el Ministerio el rechazo a la oposición formulada por el señor Carlos E. Rodríguez, como se ve por su última Resolución del doce de mayo de 1941, y no habiendo sido tal oposición materia de debate en el presente juicio sumario ante la Sala, ésta carece de facultad para entrar a estudiar y a resolver tal oposición.

¡ Decisión.

Por todas las razones que se dejan expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve que *no es fundada* la oposición formulada por el doctor Ernesto de Villa a la propuesta de contrato para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional en los terrenos a que se refiere dicha propuesta.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y devuélvase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

Antbal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

REIVINDICACION

Los Tribunales de Aduanas tienen facultad legal bastante para hacer la calificación de abandono sobre las mercancías a las cuáles no les resulta dueño que las reclame, y para disponer, consecuentemente, su venta. (Ley 79 de 1931).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diez y seis de abril de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor Anibal Cardoso Gaitán).

El 22 de julio del año pasado el doctor Luis F. Romo inició demanda ordinaria contra la Nación encaminada a obtener la reivindicación de cincuenta grandes gruesas de pinzas, más ochenta y tres gruesas del mismo artículo, destinadas a sujetar el cabello, y que según lo afirma el demandante, se encuentran a la orden del señor Administrador de Aduanas de Ipiales. En el evento de que dicha mercancía se haya vendido, solicita subsidiariamente la restitución del dinero producto de la venta.

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Pasto formuló las siguientes excepciones dilatorias: la de declinatoria de jurisdicción, la de ilegitimidad de personería y la de inepta demanda; las cuales se declararon no probadas por dicho Tribunal.

El señor Agente del Ministerio Público manifestó que apelaba, al serle notificada la providencia anterior. Pasa a decidir dicho recurso la Corte Suprema, después de haberse cumplido la tramitación correspondiente.

El señor Procurador Delegado en lo Civil considera no bien fundadas las excepciones propuestas por el Fiscal, y acepta la decisión de la Corte sobre el punto en referencia.

Son antecedentes del negocio, los hechos que a continuación se mencionan:

Al señor Antonio Coral le fueron capturadas en la población de Mercaderes, por orden de la Gendarmería de Aduanas de Ipiales, cincuenta y una grandes gruesas de pinzas para sujetar el cabello; mercancía ésta que fue considerada como contrabando, según Resolución número 32, dictada por la Comandancia de la Gendarmería. El Juzgado Distrital revocó la Resolución anterior y ordenó se le entregara al señor Coral la canti-

dad de cincuenta y una gruesas de dichas pinzas; y dispuso también que se rematara a favor del Estado la cantidad excedente de estas mercancías, por no haberse comprobado quién sea el propietario de ellas.

Por documento privado, suscrito en Ipiales, el doctor Luis F. Romo hace constar la compra del excedente al señor Coral, y basado en este hecho demanda a la Nación en juicio reivindicatorio, para que le sean entregadas las ya citadas mercancías.

La excepción de declinatoria de jurisdicción, propuesta por el Fiscal del Tribunal, la fundamenta éste así:

“La declinatoria de jurisdicción, porque la honorable Sala no es la competente para conocer de esta demanda ordinaria, ya que de los pocos comprobantes pertinentes y auténticos allegados por el autor (sic) de la presente instancia, se viene al veraz conocimiento de que la acción ejercitada ahora, nace y reconoce como fuente un asunto administrativo anterior y aduanero, caracterizado de ser *cosa juzgada*.....”

Observa la Corte que evidentemente el Organismo Judicial carece de competencia para conocer de la demanda propuesta. La demostración de ello resulta fácilmente hecha de la propia relación que el demandante incorpora en el libelo de demanda, y de algunas consideraciones jurídicas sobre jurisdicción. Allí dijo el doctor Romo:

“Dictada la Resolución anterior, el defensor de Antonio Coral apeló de la providencia para ante el Juzgado Distrital de Aduanas de Buenaventura, lo que le fue concedido, y luego el trámite respectivo, el Juzgado dictó la Resolución número 76, de abril 21 de 1942, de lo que se encuentra, en la parte motiva lo siguiente:

“¡...! ¿Qué hacer? Esas pinzas o vinchas no son del sindicato Antonio Coral, quien no pudo probar su propiedad sobre ellas, en un tiempo comprendido de abril de 1940 a hoy, que ha durado la vista del presente sumario. Esas pinzas o vinchas no son de ningún tercero, puesto que ese mismo tiempo de duración del presente sumario, no han presentado a reclamarlas cuando ellas se hallaban depositadas en la Proveeduría de Aduanas de Ipiales. Y si ese artículo no es del sindicato, ni de un tercero, ¿de quién puede ser?, de nadie, no tiene dueño conocido, y estan-

do bajo custodia y responsabilidad del Gobierno, en una Aduana de la República, debe considerarse abandonado para los efectos legales.

“Apoyado en todas las razones expuestas, el Juzgado de Aduanas de Buenaventura, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *resuelve*:

“..... El señor Administrador de la Aduana de Ipiales hará que se devuelvan a Antonio Coral la cantidad de cincuenta y una (51) gruesas de pinzas o vinchas de las que tiene la Proveduría de esa Aduana en depósito, correspondiente al presente sumario, que son cincuenta y una grandes gruesas. Por estar comprobado en estos autos que el resto de esas pinzas, no son de éste, ni de algún tercero, y que en más de dos años que lleva ese artículo depositado en la Aduana de Ipiales, nadie ha ocurrido a reclamarlo como de su propiedad, declárase abandonado a favor del Estado, la cantidad de pinzas o vinchas para sujetar el cabello de las mujeres, que queda después de sacar las cincuenta y una gruesas que se ha ordenado entregar a Antonio Coral. El señor Administrador de la Aduana de Ipiales hará rematar ese remanente de pinzas, y hará que su producto éntre a fondos comunes”.

El demandante afirma ser dueño de cincuenta y una grandes gruesas de pinzas, que se declararon abandonadas según Resolución transcrita, afirmando haberlas comprado en virtud de documento privado, al señor Antonio Coral, el 30 de abril de 1940; y con base en ese documento, para demostrar su calidad de dueño, demanda la reivindicación de esos efectos, y en subsidio, la restitución del dinero resultante de su venta.

En la Resolución del Juzgado Distrital de Aduanas de Buenaventura se declaró, como se ha visto, que esas pinzas o vinchas no son del señor Antonio Coral, ni de otra persona, porque tal cosa no se demostró en el tiempo que duró la investigación, no habiéndose presentado persona alguna a reclamarlas cuando estaban depositadas en la Proveduría de Aduanas; por lo cual, termina el Juzgado declarándolas abandonadas, y disponiendo su remate para que su producto ingrese a fondos comunes.

Hubo, pues, una actuación administrativa y de los órganos a los cuales está adscrito el conocimiento de los asuntos de la clase del que se examina, y que son los que privativamente, según la ley, han de resolver sobre la propiedad de los efectos que se decomisan o se abandonan en las Aduanas del país. Ante dichas autoridades los pretendidos dueños deben hacer sus reclamaciones, demostrando allí la propiedad que alegan, para que se les reconozca. Y tal cosa no hizo, en su debida oportunidad y ante los órganos administrativos y jurisdiccionales correspondientes, el

doctor Romo, autor de la demanda que ha venido al estudio de la Corte. Aquellas entidades tienen facultad legal bastante para hacer la calificación de abandono sobre las mercancías a las cuales no les resulta dueño que las reclame, y para disponer consecuentemente su venta.

Ya esta Sala ha examinado en otra ocasión el punto tocante con la jurisdicción privativa de los Tribunales de Aduanas. Parece oportuno citar aquí unos pasajes de uno de esos fallos:

“El pleito versa sobre la devolución al señor Restrepo Suárez de unos efectos decomisados como objeto de contrabando, y del pago, además, de una indemnización.

“La Ley 79 de 1931, ‘orgánica de Aduanas’, que es el código de la materia, contiene disposiciones que establecen una jurisdicción especial y privativa por los Tribunales de Aduanas y por el Tribunal Supremo de Aduanas para conocer y decidir acerca de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de la misma Ley a sus infractores. Dice el artículo 3º de la Ley mencionada, que la importación y exportación de mercancías se regirán por sus disposiciones y por los reglamentos que se expidan en su cumplimiento, que a unas y a otros está sujeto todo tráfico internacional, y que en todos los casos que al respecto se presenten tendrá exclusiva jurisdicción la organización aduanera que por esa Ley se crea.

“Son los Tribunales mencionados los que pueden resolver las cuestiones tocantes con el decomiso de mercancías y su aplicación al Erario o su reintegro a particulares, según los casos. En el del señor Restrepo Suárez, es verdad que el Tribunal Supremo declaró prescrita la acción por el delito de contrabando a las rentas nacionales, pero guardó silencio sobre la entrega o nó a particulares de los artículos decomisados. Declarar prescrita la acción penal no es lo mismo que absolver. El artículo 392 del Código de Aduanas establece que el Tribunal no confirmará el decomiso de mercancías, ‘..... sino cuando se comprobare la culpabilidad del respectivo propietario o agente.....’ y el artículo 393 *ibidem* determina que en la sentencia el Tribunal dispondrá de los objetos decomisados. Es, pues, el Tribunal de Aduanas la única entidad que puede adoptar determinaciones en la materia.

“El presente juicio ordinario tiene por objeto el que se declare que la Nación debe pagar al demandante el valor del cargamento que fue decomisado y que se indemnicen, además, los perjuicios causados. El Organismo Judicial carece de competencia, para fallar la litis planteada, porque, como se ha visto, son los Tribunales de Aduanas los que tienen la jurisdicción”.

Y pertinentes son al abandono de mercancías en las Aduanas y al rescate de ellas o de su valor, las disposiciones de los artículos 82 y 85 de la Ley 79 citada. El 84 dispone que el dueño de mercancías abandonadas puede rescatarlas mediante el procedimiento allí señalado, que se cumple ante las autoridades de Aduanas.

Carecen, por tanto, de jurisdicción, la Corte y el Tribunal de Pasto para conocer de la demanda del doctor Romo, y prospera, por lo mismo, la excepción de declinatoria de jurisdicción propuesta por el señor Fiscal.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte declara probada la excepción de declinatoria de jurisdicción propuesta por la parte demandada, y decide que tanto ella como el Tribunal de Pasto carecen de competencia para conocer de esta demanda.

Notifíquese, cópiese, devuélvase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Anibal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

El señor Leonidas Gómez B. promovió demanda ante el Tribunal Superior de Medellín, para que, previos los trámites de un juicio ordinario, se declarara a la Nación responsable de los perjuicios sufridos por él en un accidente de automóvil que tuvo lugar el día 5 de julio de 1939 en la ciudad de Medellín.

Fundamentó su demanda en los siguientes hechos (folio 1, cuaderno número 1):

“Primero. El cinco de julio del presente año, a eso de las cuatro y cuarto de la tarde, transitaba yo por la calle número 50 (Colombia), de esta ciudad, en dirección occidental, y me detuve unos diez metros antes de llegar al cruce con la carrera número 49 (Junín), para leer algún cartel que en dicho lugar acostumbra colocar;

“Segundo. Estando yo en la acera, el camión de carga, matriculado con el número 205, al servicio del Ejército Nacional, conducido por el Sargento Carlos Pulgarín, miembro del Cuerpo armado, me atropelló, y en consecuencia, recibí dos heridas: una de carácter leve en el cráneo y otra de gravedad en la pierna izquierda, consistente en la fractura de los huesos tibia y peroné;

“Tercero. El mencionado camión se subió a la acera, y con la parte saliente de la carrocería me tumbó, quedando yo caído sobre la acera y las ruedas del camión me fracturaron los huesos de que hablé;

“Cuarto. Fui conducido a la Policlínica, en donde se me hicieron las curaciones del caso, y luego fui hospitalizado como era de rigor;

“Quinto. Después de sesenta y tres días de hospitalización regresé a mis labores de estudiante, aunque de manera difícil, pues heridas de tal naturaleza como la que sufrí en la pierna, pasado el término de quietud que ellas requieren, permiten después de determinado tiempo tomar parte en la vida activa, aunque de una manera imperfecta y paulatinamente;

“Sexto. Han sido y serán consecuencias inmediatas de lo anteriormente expuesto, perjui-

cios de orden moral y material para mí, toda vez que por descuido del citado señor Carlos Pulgarín sufrí tal accidente, con lo cual menoscabó en gran parte mi patrimonio: por gastos de enfermedad, pérdida de estudios durante dos meses y medio, y de impedimento para las especulaciones comerciales a que constantemente me dedicaba para sostenerme, incapacidad profesional de ocho meses más o menos e incapacidad material de dos meses y medio. Además, quedé con deformidad física de por vida, pues la pierna afectada quedó acortada y sin la natural capacidad de antes para la locomoción, a más de muchas otras consecuencias que son naturales a las fracturas de los huesos”.

Admitida la demanda y corrido el traslado al señor Agente del Ministerio Público, éste se opuso a todas las peticiones de ella, y pidió que se condenara en costas al actor, por considerar temeraria la acción (folio 4, cuaderno número 1).

Finalizó la primera instancia con la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual condenó a la Nación a pagar al señor Leonidas Gómez, por concepto de daños materiales, la suma de novecientos treinta y nueve pesos, y por perjuicios morales, la suma de quinientos pesos.

Notificada la sentencia a las partes, ambas apelaron de ella, recurso que les fue concedido por auto de fecha 30 de octubre de 1941, por lo cual ha llegado el negocio a esta Superioridad, la que después de agotado el trámite de rigor, considera lo siguiente para resolver:

De autos aparece comprobado:

Que el señor Carlos Pulgarín pertenecía al Ejército Nacional el día 5 de julio de 1939, día en que tuvo lugar el accidente (folio 4 vuelto, cuaderno número 2). La misma constancia existe con respecto al camión que manejaba Pulgarín.

Existe también constancia de la Jefatura Departamental de Tránsito, de que el día 5 de julio se inició el sumario número 294, contra el señor Carlos Pulgarín, por lesiones personales, que le causó con el camión número 205, al señor Leonidas Gómez B. (folio 6 vuelto, cuaderno número 2). En el mismo cuaderno aparece el informe del Secretario de la Jefatura Departamental de Tránsito, en el cual éste dice que habiendo examinado el estado de seguridad del camión de carga dis-

tinguido con la placa número 205, se le encontró con el freno de emergencia malo (folio 16 vuelto).

Aparece también el informe de la Oficina Central de Medicina Legal de Medellín, en el cual hace constar que se ha examinado por tres veces consecutivas al señor Leonidas Gómez, y que la incapacidad material para trabajar de este señor, es de unos cuarenta días, y un período de convalecencia de cincuenta. Que la consolidación no fue perfecta, ya que los fragmentos consolidaron uno sobre otro, lo que trajo como consecuencia el acortamiento del miembro traumatizado, y que el acortamiento de dos centímetros de la pierna izquierda no constituye perturbación funcional de por vida, porque aunque el acortamiento no desaparece con el tiempo, también se puede asegurar que la insignificante diferencia anotada no le dificulta para marchar (folio 5 vuelto).

Aparecen también las declaraciones de los testigos Carlota Sañudo Uribe, Concha Cárdenas, Berta Uribe, Carmen Roldán, declaraciones todas que coinciden en que en el momento del accidente el señor Leonidas Gómez se encontraba sobre la acera norte de la calle Colombia, cuando fue atropellado por el camión.

También aparece la declaración del señor Carlos Pulgarín (folio 10 vuelto), en la cual dice que el día 5 de julio se encontraba manejando el camión del accidente.

Al folio 12, aparece el informe de los señores peritos, en el cual manifiestan que avalúan los perjuicios materiales sufridos por el señor Gómez en la suma de novecientos treinta y nueve pesos (\$ 939.00), y los morales en mil quinientos pesos (\$ 1.500.00).

En su alegato ante la Corte, el señor Procurador Delegado en lo Civil, al referirse a los perjuicios materiales, dice que a la Nación se le grava en la cantidad de \$ 94.50, no debidos.

Dice:

"En efecto: en el renglón de gastos de 'hospitalización', los peritos, de acuerdo con sus 'conocimientos en el funcionamiento... de la Clínica del Hospital de San Vicente de Paul', y siguiendo el orden como tales expensas 'se cobran en la Clínica del Hospital', fijan ese renglón así: 'hospitalización en sesenta y tres (63) días, a tres pesos (\$ 3) el día, \$ 189.00'. Hay que concluir, ya que no se expresa hecho exceptivo alguno, que los peritos se refieren a lo que cuesta una pensión normal, es decir, una pensión completa. Pero es lo cierto que del memorial de pruebas del demandante se desprende la confesión tácita de éste, de que el perjuicio *cierto* causado a él por ese concepto fue de *la mitad de aquella suma de \$ 189.00*. Véase, si no, el aparte d) del punto

tercero de dicho memorial, que reza (sobre la constancia pedida al Médico Jefe del Hospital), a folio 1 vuelto del cuaderno de pruebas: 'Si permanecí en el *pabellón de media pensión*...'

"Es pues, el mismo demandante quien nos ilustra sobre ese perjuicio *cierto y concreto* recibido (pago de sólo media pensión), y debe, por tanto, hacerse la respectiva deducción y la conclusión general dada por los peritos".

Y se opone a las peticiones del demandante en cuanto a los perjuicios morales, porque considera que debe confirmarse en la cantidad que fijó el Tribunal.

El apoderado del demandante solicita que se confirme la sentencia en todas sus partes, excepto en lo que se refiere a los perjuicios morales, con respecto a los cuales pide que se eleven a la cantidad de \$ 1.500, fijada por los peritos, ya que, dice, quedó con una deficiencia por acortamiento de dos centímetros en el pie que se rompió, su representado, señor Leonidas Gómez, lo que aparte de predisponer ese órgano a cualquiera afección o dolencia, le deja una leve deformidad de estética del movimiento.

Con respecto a la responsabilidad civil del Estado por culpa de sus agentes, la Sala confirma la doctrina ya establecida sobre el particular, y se remite para el presente caso a las varias sentencias publicadas en diferentes números de la *Gaceta Judicial*, en los cuales se ha dejado tratada esta cuestión en forma extensa.

La Corte acoge la observación del señor Procurador Delegado en lo Civil, en lo referente a los perjuicios materiales, ya que aparece comprobado que durante el tiempo que el señor Leonidas Gómez estuvo hospitalizado permaneció en el pabellón de media pensión, y la cantidad de \$ 189.00 se refiere a la pensión entera. Por lo tanto, en la parte resolutive se reformará la sentencia de primera instancia en este sentido.

Los perjuicios morales, ocasionados por el accidente, deben apreciarse tratando de equilibrar la gravedad de las consecuencias ocasionadas a la víctima por el accidente, con el monto pecuniario de la indemnización. El acortamiento de un pie en un individuo joven, que era normal anteriormente, la visible demostración del defecto al caminar, determinan, sin lugar a duda, en su persona, un complejo de inferioridad no sólo física, sino psíquica, que en muchas ocasiones le cohibe para actuar socialmente en forma normal. La deformidad funcional orgánica, afecta los sentimientos del lesionado, y es causa de una **pena moral grave**. Es justo, pues, elevar el *quantum* de los perjuicios morales de carácter subjetivo, y así se hará en el presente fallo.

Por todas las razones 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, reforma el fallo apelado, el cual queda así:

1º La Nación (República de Colombia) es responsable de los perjuicios ocasionados al señor Leonidas Gómez B., con motivo del accidente de tránsito de que dicho señor fue víctima en la ciudad de Medellín el día 5 de julio de 1939, por un camión del Ejército Nacional, manejado por un agente del Gobierno.

2º En consecuencia, condénase a la Nación a pagar al señor Leonidas Gómez B., la cantidad de mil pesos (\$ 1.000.00) por concepto, de perjuicios morales subjetivos, y la suma de ochocien-

tos cuarenta y cuatro pesos con cincuenta centavos (\$ 844.50), por perjuicios materiales.

3º De la suma que la Nación deba pagar por razón de esta sentencia, se descontará cualquier cantidad que el demandante hubiere recibido de la Nación por concepto del accidente en cuestión.

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

Dése cumplimiento al artículo 554 del Código Judicial.

Anibal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Interdicto posesorio sobre unos inmuebles reclamados por la "Comunidad Dominicana de Chiquinquirá".

En los juicios posesorios y en todos aquellos que tienen por objeto la conservación de la posesión o la recuperación de ésta cuando se ha perdido, no caben discusiones referentes al dominio; así, pues, en el caso de autos es cuestión ajena a la decisión de la Corte quién sea el verdadero dueño del "Colegio de Jesús, María y José". Ni vale alegar que la Comunidad Dominicana que tiene la posesión de los inmuebles materia de este juicio, es usurpadora o detentadora conforme al artículo 791 del Código Civil, porque esas cuestiones no pueden ser examinadas y resueltas por la Corte sin entrar previamente en el examen respectivo para establecer a quién corresponde el dominio de la Basílica o templo de Chiquinquirá, conforme al Decreto de 9 de julio de 1836 y a la Ley de 15 de julio de 1853, punto éste extraño al presente juicio posesorio, pues conforme al artículo 979 del Código Civil, en los juicios posesorios no se tomará en cuenta el dominio que por una o por otra parte se alegue; y aunque los títulos o instrumentos que se aduzcan en estos juicios pueden acreditar el derecho de dominio que alguien alegue sobre el inmueble a que se refiere la demanda, no servirán tales títulos o instrumentos para probar la posesión material en esta clase de juicios, como que la posesión de un inmueble puede corresponder aun al que se dé por dueño de él sin serlo, o sea, sin tener título precedente; porque la posesión real de una cosa corporal requiere la tenencia de esta cosa; porque el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona, en el correspondiente juicio de dominio, no pruebe que lo es, y porque la posesión del suelo debe probarse por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio. La posesión que da o confiere el instrumento o título, no es otra que la legal o inscrita, abstracta o meramente simbólica. Y ésta no es la posesión a que se refiere el artículo 762 del Código Civil porque esta última clase de posesión que consiste en un hecho, requiere la tenencia de la cosa, esto es, la ocupación material, la aprehensión o apoderamiento real de esa cosa, cuando ella es corporal. Puede así ser dueña una persona de una cosa, y no tener la posesión de ésta; y, al con-

trario, puede ser poseedora de la cosa una persona y otra ser la dueña de la cosa. Para resolver, en definitiva, quién es el verdadero dueño de ella, se ha establecido la acción de reivindicación del artículo 946 del Código Civil, que corrobora lo que se acaba de dejar expresado, en cuanto dice que "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 restituirla. Es, pues, esta acción la única que deja decidido quién es el verdadero dueño de la cosa y a quién corresponde definitivamente la posesión de ella. Mientras tanto, el que pretenda mejor derecho no puede privar, por sí y ante sí, de la posesión de esa cosa a quien la tenga en su poder por cualquier título. Los principios tutelares sobre los cuales descansan la organización social, el ordenamiento jurídico de un país de vida genuinamente constitucional y democrática, repudian el que alguna persona, así sea ésta la misma Nación, se valga de la violencia, de la acción personal o directa, para tomar, sin previo mandamiento judicial, la cosa que otro ocupe, aunque éste no sea el verdadero dueño de ella. La posesión así adquirida constituye un despojo y no puede ser protegida ni reconocida como válida por la justicia, porque esa será una posesión violenta según el artículo 772 del Código Civil.

En los juicios por despojo la personalidad sustantiva del actor que se queja de haberle sido arrebatada la cosa que poseía, se configura o identifica con los mismos hechos causales de la acción: se tiene ésta en cuanto se es titular, nó, esencialmente, del dominio de la cosa, sino de la simple tenencia material de ésta, y en cuanto por actos injustos o ilegales de otros, se ve privado de ella, sin mandamiento judicial, el que la poseía materialmente.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio dos de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el doctor Aparicio Gil, como apode-

rado de la Comunidad Dominicana de Chiquinquirá, demandó por despojo a la Nación para que se le condene a tenor de lo siguiente:

"Primero. A restituir a mi mandante, en su carácter de Prior del Convento de Dominicanos de Chiquinquirá, los inmuebles urbanos que forman la ronda de la Basílica Menor de la ciudad de Chiquinquirá por el costado sur y que se componen de dos (2) salones o departamentos grandes situados en plano adyacente a la sacristía de la Basílica, un (1) patio o corredor de cinco metros (5 m.) de ancho y una (1) pieza o departamento contiguo a la torre sur de la expresada Basílica y que tiene acceso a la plaza de La Libertad, marcada con el número 8-51, y que da sobre el atrio de la iglesia.

"Segundo. A pagar a mi poderdante, en su carácter expresado de representante de la Orden Dominicana los perjuicios consiguientes al despojo de los citados inmuebles.

"Además os pido que ordenéis la investigación del delito cometido con el despojo."

Como fundamentos de derecho, el demandante invocó los artículos 972, 974 y 982 del Código Civil y los artículos 877 y siguientes del Código Judicial.

Como hechos, enumeró los siguientes:

"1º La Comunidad Dominicana ha estado en posesión de tales inmuebles desde hace más de cincuenta años, de una manera pública, tranquila, continua y sin interrupción alguna.

"2º Esa posesión ha consistido en el uso diario y la destinación permanente a las necesidades del coro y de la Iglesia, a la Escuela de Música que dirigen y sostienen los Reverendos Padres Dominicanos de Chiquinquirá.

"3º La pieza o departamento marcada con el número 8-51 y que da sobre el atrio, está demarcada así: por el Oriente, con el atrio de la Basílica (extremo sur); por el Sur, con el edificio del Colegio de Jesús, María y José; por el Occidente, con la continuación de la ronda de la Basílica, y por el Norte, con la torre sur de la misma Basílica.

"4º Esta pieza también venía siendo poseída de manera pública, tranquila y pacífica por los Reverendos Padres Dominicanos como dueños y poseedores de la Basílica y la ronda contigua que es su necesaria anexidad.

"5º Dicha pieza es parte integrante de la dicha iglesia Basílica, desde hace más de treinta años continuos.

"6º Los bienes primeramente indicados fueron ocupados, y despojada la Comunidad, por los agentes del Gobierno Nacional, señores Manuel Ignacio Vargas y Luis Manuel Chaves, el día viernes 25 de agosto próximo pasado.

"7º La pieza marcada con el número 8-51, a que vengo refiriéndome, fue ocupada por los mencionados señores agentes y empleados del Ministerio de Educación Nacional, acompañados de una escolta de policía y de un cabo y tres agentes, el día jueves 14 de septiembre último.

"8º La pieza o departamento mencionado estaba destinado para depósito de enseres, muebles y demás efectos de servicio de la mencionada iglesia, tales como el carro mortuorio, columnas y bases para los catafalcos en exequias y entierros.

"9º La posesión fue arrebatada a los Reverendos Padres Dominicanos, así: Los obreros que están refaccionando el Colegio de Jesús, María y José por cuenta del Gobierno Nacional, y por orden del señor Manuel Ignacio Vargas, Secretario y Habilitado del Colegio o Síndico Administrador nombrado por el Ministerio de Educación Nacional, rompieron las paredes de las dos piezas que ocupaban la Escuela de Música, y muebles y enseres de la iglesia, en el costado límite con el interior del edificio del Colegio, construyeron sendas puertas de comunicación con el patio principal de tal edificio, todo lo cual ejecutaron contra la protesta de los Padres Dominicanos durante el viernes 25 de agosto próximo pasado, abrieron nuevas puertas sobre la ronda, dirigidos por Vargas, levantaron muros de ladrillo para tapar las puertas de comunicación de dichas piezas destinadas a la Escuela de Música y guarda de los muebles de la iglesia, despojando así a los Padres Dominicanos como he dicho, y sacando los muebles y enseres de la iglesia para otro lugar.

"10. Y el despojo del departamento o pieza marcado con el número 8-51 ocurrió el día jueves 14 de septiembre último como a las once de la mañana, por obra de los señores Manuel Ignacio Vargas y Luis Manuel Chaves, quienes diciéndose agentes y empleados del Ministerio de Educación Nacional acompañados en la forma que se ha dicho, procedieron a romper las cerraduras, a destrozarse y derribar la puerta, a ocuparla de hecho sacando a la calle el carro mortuorio.

"11. Ese despojo lo efectuaron contra la voluntad y a pesar de la protesta de los Padres Dominicanos.

"12. Los usurpadores a nombre de la Nación mantienen los inmuebles en su poder desde las fechas indicadas, respectivamente.

"13. Y la Comunidad Dominicana ha sido despojada de la posesión de los inmuebles desde entonces, como se ha dicho.

"El despojo cometido contra los inmuebles mencionados justifica esta demanda."

Finalizó el juicio por medio de sentencia condenatoria contra la Nación. Por no haberse con-

formado con ella, interpuso apelación el representante de la Nación.

Se encuentra, por tal motivo, el negocio ante esta Superioridad, la que pasa a fallarlo, después de haberse tramitado y declarado inadmisibles por la Sala Dual un impedimento alegado por el suscrito Magistrado ponente, por haber sido miembro del Congreso Nacional, aunque no asistió a esas sesiones, cuando se expidió la Ley 77 de 1938 "sobre reorganización del Colegio Público de Chiquinquirá, que ha funcionado con el nombre de *Jesús, María y José*".

LA ACCION PROMOVIDA

La acción promovida, según se ha visto por las transcripciones que se ha hecho de la demanda, es una acción por despojo, fundada, según el demandante, en que la *Comunidad Dominicana de Chiquinquirá*, desde hace más de cincuenta años, ha estado en posesión pública, tranquila y sin interrupción alguna, de los inmuebles de que se dice despojada por la Nación.

El necesario presupuesto para configurar esta acción en el presente caso y para decidirla, comprende, pues, dos aspectos o elementos integrantes que deben legitimarla, a saber:

1º Si la Comunidad Dominicana de Chiquinquirá estaba en posesión de los inmuebles reclamados por ella, y

2º Si de tales inmuebles fue despojada o injustamente privada por la Nación esa Comunidad.

LAS PRUEBAS

Las pruebas aducidas para acreditar la posesión y el despojo que se alegan, consisten en varias declaraciones de testigos y en una inspección ocular practicada por el Tribunal de la causa. De las primeras, hace éste el siguiente análisis:

"*Ramón Leonidas Gómez* (folio 25, cuaderno número 2, ratificación de su declaración rendida extrajuicio), dice: 'Conozco por haber estado varias veces en la edificación, el tramo sur de la Basílica de esta ciudad, que es de propiedad de la Comunidad Dominicana y que se compone de un corredor, que partiendo de la sacristía conduce al coro de la iglesia, de una zona contigua de cuatro a cinco metros de ancha, paralela al corredor y que sirve de ronda al edificio, y dos piezas adyacentes, esta ronda en el costado suroeste, destinadas estas piezas a guardar muebles y enseres de la Basílica (la una, y la otra a la Escuela de Música de la misma Basílica, cuyas piezas se comunican con la iglesia por la sacristía; asimismo me consta que esos inmuebles que forman el dicho tramo de la Basílica, limitan, pared de por medio, con el edificio del Colegio de Jesús, María y José de esta ciudad (declara en Chiquinquirá a 5 de abril

de 1940), pero han estado siempre separados, independientes de dicho edificio y destinados al servicio de la iglesia como directa y necesaria dependencia de ella, me consta también por conocimiento directo que son parte integrante de este tramo dos piezas pequeñas, terminales de la prolongación de la zona que hace de ronda, contiguas a la torre sur de la Basílica y que están destinadas también a guardar muebles y enseres de la iglesia y que no tienen ninguna comunicación con el interior del edificio del Colegio, piezas que tienen acceso por la plaza, en el extremo occidental, del atrio. Me consta, por haberlo observado directamente, que los inmuebles relacionados y que forman el tramo sur de la Basílica, limitando con el edificio del colegio, han sido poseídos desde hace más de cincuenta años de manera pública, tranquila y continua sin interrupción alguna, por los Reverendos Padres Dominicos de esta ciudad, cuya posesión ha consistido en el uso diario y la destinación permanente de dicho tramo a las necesidades del coro y de la iglesia y a la Escuela de Música que dirigen y sostienen los mismos sacerdotes; me consta, porque lo he observado por la continua frecuencia con que visito los dichos inmuebles, que jamás habían existido puertas de comunicación alguna directa con el edificio del Colegio sobre este tramo reservado de la iglesia'. Agrega el testigo esto: 'Que hace más de treinta y cinco años que ocupaba la pieza del pie del atrio, que hace parte de la ronda de la iglesia, porque los Padres Dominicanos se la habían dejado para que guardara algunos muebles del servicio de la iglesia, y el día jueves catorce del presente mes, los obreros, por orden del señor Síndico Manuel Ignacio Vargas, quitaron a mano fuerte la puerta de dicha pieza y la dejaron caer sobre un carro mortuorio, el cual rompieron...' *Tomás Norato* (folio 27, cuaderno número 2, declara en Chiquinquirá a 5 de abril de 1940). Este testigo, en su ratificación a la declaración rendida extrajuicio dice: 'Conozco por haberlo visto muchas veces, un local o departamento contiguo a la torre sur de la Basílica de esta ciudad, que hace parte de la ronda de dicha iglesia, cuyo local estaba destinado desde hace poco más o menos como cincuenta años, para depósito de enseres, muebles y demás efectos del servicio de la mencionada iglesia, tales como el carro mortuorio, columnas y bases para los catafalcos en exequias y entierros'. El testigo alindera la pieza a que se refiere en su testimonio, y agrega: 'También me consta que el inmueble demarcado y que tomaron por la fuerza, porque como ha dicho tumbaron la puerta y echaron cincel a la mocheta, venía siendo poseído de manera pública, tranquila y pacífica por los Reverendos Padres Dominicos, como dueños de la Basílica y la ronda

contigua que es su necesaria anexidad, y dicha pieza está considerada como parte integrante de la citada iglesia Basílica, desde hace más de treinta y cinco años continuos contados desde el presente hacia atrás porque en dicho lugar se guardaban los enseres de que hablé en mi respuesta al punto segundo del interrogatorio.”

“*Julio Cortés Velandia* (folio 32, cuaderno citado). Este testigo afirma lo mismo que el anterior y alindera el local o departamento contiguo a la torre sur de la Basílica y distinguido con el número 8-51, y agrega: ‘Desde que yo tuve uso de razón, es decir, desde la edad de siete años, he visto que el inmueble demarcado y que por la fuerza ocuparon el catorce de septiembre último los empleados del Gobierno Nacional, ha sido poseído de manera pública y pacífica por los Padres Dominicanos como dueños de la Basílica y la ronda contigua que es su necesaria anexidad, estando dicha pieza considerada como parte integrante de dicha Basílica desde hace más de treinta años continuos desde el presente hacia atrás. Yo ayudé a construir la alcantarilla o caño de dicha pieza, obra que costearon los Reverendos Padres Dominicanos.’”

“*Antonio Sasa* (folio 22, cuaderno citado). Afirma este testigo conocer desde hace más de veinte años ‘el tramo sur de la Basílica de esta ciudad que es propiedad de la Comunidad Dominicana y que se compone de un corredor que partiendo de la sacristía conduce al coro de la iglesia, de una zona contigua de cuatro o cinco metros de ancha paralela al corredor y que sirve de ronda al edificio, y de dos piezas adyacentes; esta ronda en el costado suroeste; destinadas estas piezas a guardar enseres y muebles de la Basílica la una, y la otra a la Escuela de Música de la misma Basílica, cuyas piezas se comunican por la iglesia a la sacristía. . . .; además me consta, por conocimiento directo, que dos piezas pequeñas terminales de la prolongación de la zona que hace ronda, contiguas a la torre sur de la Basílica y que están destinadas también a guardar muebles y enseres de la iglesia, no tienen ninguna comunicación con el interior del edificio del colegio. . . . por haberlo observado directamente, me consta que los inmuebles relacionados que forman el tramo sur de la Basílica, limitando con el edificio del Colegio, han sido poseídos desde hace más de veinte años, es decir, desde que yo me conozco, de manera pública, tranquila y continua sin interrupción alguna por los Reverendos Padres Dominicanos de esta ciudad, cuya posesión ha consistido en el uso diario y la destinación permanente de dicho tramo a las necesidades del coro y de la iglesia, y a la Escuela de Música que dirigen y sostienen los mismos sacerdotes; me consta, porque lo he observado por la continua frecuencia con que visito

los dichos inmuebles, que en el tiempo en que me conozco, no habían existido puertas de comunicación alguna directa del edificio del Colegio sobre este tramo reservado de la iglesia.’”

“*José Leonardo Velandia* (folio 28, cuaderno número 2), dice conocer el local o departamento contiguo a la torre sur de la Basílica de Chiquinquirá y agrega que lo ha visto ‘destinado desde que yo tenía unos ocho años, al depósito de enseres, muebles y demás efectos destinados al servicio de la mencionada iglesia, tales como el carro mortuorio, columnas y bases para vestir tumbas en los entierros y honras.’ Expresa cuáles son los linderos del referido local o departamento y agrega: también me consta, porque continuamente ha estado sacando de dicha pieza enseres para vestir tumbas, que este inmueble alinderao tal como lo dije en mi contestación al punto segundo, y que por la fuerza ocuparon el catorce de dicho mes de septiembre los empleados del Gobierno Nacional citados, venía siendo poseído de manera pública, tranquila y pacífica por los Reverendos Padres Dominicanos como dueños de la Basílica y la ronda contigua que es su necesaria anexidad, y por tanto dicha pieza está considerada como parte integrante de la dicha iglesia Basílica desde que yo me conozco.”

“*Pedro Forero A.* (folio 29, mismo cuaderno), declara lo mismo que el anterior testigo, agregando que el local o pieza distinguido con el número 8-51 ‘está considerado como parte integrante de dicha iglesia, desde mil novecientos, más o menos, en que he venido viendo que allí se guardaban los efectos que mencioné en mi respuesta al segundo punto del interrogatorio. Esto me consta porque frecuentemente he visto sacar de dicha pieza los efectos relacionados.’”

“*Carlos Villamil Fonseca* (folio 30), afirma lo mismo que el anterior, agregando que ha observado que la pieza o local contiguo a la torre sur de la Basílica ‘está considerado como parte integrante de la citada Basílica, pues los enseres que allí guardan los Padres Dominicanos estaban destinados al servicio de la mencionada iglesia.’”

“*Angel María Buitrago* (folio 31), dice lo mismo que el anterior testigo.

“En igual sentido declara el señor *Justo Pastor Avellaneda*, cuyo testimonio puede leerse al folio 21 del cuaderno citado.

“Declararon también a petición del demandante los Reverendos Padres Raimundo S. Mejía (folio 23 vuelto) y Bernardo A. Vargas (folio 33 vuelto del cuaderno número 2), pero estos testimonios no pueden ser tenidos en cuenta con fundamento en lo prescrito en el artículo 671 del Código Judicial, en concordancia con el numeral 6º del 669 *ibidem*.”

LO QUE SOSTIENE LA OPOSICION

Tanto por lo dicho en su alegato de primera instancia por el representante de la Nación y por las pruebas que adujo, como por lo expuesto por el señor Magistrado disidente, en su salvamento de voto a la sentencia que puso fin al juicio, se puede concluir que el fundamento de la oposición se concreta, en síntesis, en el planteamiento de la siguiente cuestión:

La Comunidad Dominicana de Chiquinquirá carece de personalidad sustantiva para promover la presente acción, porque ella no es dueña de la Basilica o Iglesia de Chiquinquirá, sino la persona jurídica denominada Iglesia Católica, la cual no está representada en este juicio por el ordinario diocesano ni se ha presentado en él como actora. Como fundamento de esta tesis, se sostiene que el mismo demandante afirma que los actos de posesión que alega, "consisten en la destinación de los inmuebles objeto de la demanda a la guarda de enseres propios del servicio de la iglesia parroquial de Chiquinquirá y no de la Comunidad Dominicana, ya que en ninguno de los testimonios se afirma que dichos enseres pertenecieron a la Comunidad Dominicana o se aplicaran al servicio de la misma." Resulta de la demanda, y posteriormente, de las pruebas —se agrega— que los inmuebles reclamados hacen parte integrante de la iglesia o Basilica de Chiquinquirá o de la ronda (de dicha iglesia), o, más propiamente según la inspección ocular practicada, que esos inmuebles "fueron construidos como parte integrante del claustro del Colegio" (de Jesús, María y José de Chiquinquirá) tanto más, cuanto están situados o corresponden a la planta baja de este último edificio.

Durante el término probatorio, el representante de la Nación hizo venir a los autos copias de varios documentos destinados a servir de prueba de los hechos que, en su concepto, son constitutivos de que el Estado colombiano, después de haber suprimido el Convento Menor de la Orden de Predicadores de Chiquinquirá, dispuso que el edificio del Convento se aplicara para local del Colegio establecido en aquella ciudad, y que la iglesia del dicho Convento se aplicara al servicio parroquial de la villa (Decretos de 19 de febrero y 9 de julio de 1836); todo lo cual se hizo —según se alega— en ejercicio del derecho de patronato eclesiástico y conforme a las Leyes de 6 de agosto de 1821 y 7 de abril de 1826 que, suspendidas temporalmente por virtud del Decreto del Libertador de 10 de julio de 1828, volvieron a quedar vigentes por medio de la Ley primera de 1833. Invocóse, asimismo, la Ley 77 de 1938, que ordenó al Gobierno que procediera a la ocupación del local del Colegio de Jesús, María y José de Chiquinquirá, y los antecedentes de tal Ley.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Para resolver, la Corte considera lo que a continuación pasa a expresar:

Sostener que la Comunidad eclesiástica demandante carece de personalidad sustantiva para pedir amparo de posesión, porque por virtud de los ordenamientos legales precitados no es ella dueña de la Basilica o templo de Chiquinquirá, sino la persona jurídica denominada *Iglesia*, ni es dueña tampoco del edificio del "Colegio de Jesús, María y José" de la misma ciudad, es plantear una cuestión ajena o extraña por completo al juicio posesorio, a tenor del artículo 979 del Código Civil, que dice:

"979.—En los juicios posesorios no se tomará en cuenta el dominio que por una o por otra parte se alegue.

"Podrán, con todo, exhibirse títulos de dominio para comprobar la posesión, pero sólo aquellos cuya existencia pueda probarse sumariamente; ni valdrá objetar contra ellos otros vicios o defectos que los que puedan probarse de la misma manera."

En el presente caso, por parte de la Comunidad demandante se alega, en efecto, que ella es dueña y poseedora tanto del templo o iglesia de Chiquinquirá, como de la ronda contigua "que es su necesaria anexidad"; y por otra parte se alega que la propiedad de ese templo no la tiene la Comunidad actora, sino la persona jurídica llamada Iglesia, por haber sido aplicado por el Gobierno al servicio parroquial de Chiquinquirá; pero como no se dice ni consta que la posesión del edificio de esa Basilica y de los inmuebles reclamados la tenga hoy la Iglesia con exclusión de esa Comunidad, hay que concluir, conforme al precitado artículo 979 del Código Civil, que no se puede tomar en cuenta aquí como cuestión fundamental el dominio que por una y otra parte se alegan sobre ese edificio, su ronda y demás bienes mencionados en la demanda, sino, únicamente, la posesión, como *hecho*, como elemento actual generador del derecho para impletar de la justicia la decisión de amparo por la vía especialmente consagrada para este caso en las leyes sustantivas y procedimentales.

Y no se diga que al apreciar de este modo la cuestión se acepta, por la sola afirmación de la Comunidad Dominicana, que ésta es la dueña del edificio y de la ronda de la Basilica de Chiquinquirá, en circunstancias en que debe darse mayor crédito a las leyes que se han aducido como prueba para demostrar lo contrario, porque aunque la Comunidad de que se trata hubiera presentado instrumentos legales para acreditar el dominio, tampoco éstos, por si mismos, serían idóneos para probar el *hecho* actual de la posesión de esa Comunidad, que es de lo que se trata en el presente juicio, únicamente.

No sólo es cierto esto porque así lo determina el artículo 979 del Código Civil, sino porque de la sola circunstancia de que, conforme a las leyes precitadas, el dominio de la Basílica de Chiquinquirá (y el del "Colegio de Jesús, María y José") no le correspondiera a la Comunidad Dominicana de Chiquinquirá, no se sigue necesariamente que las entidades a quienes ese derecho de dominio en esos inmuebles hubiera podido corresponder en virtud de tales leyes, no hayan podido perder posteriormente, para desplazarse en favor de la mencionada Comunidad, la posesión de tales inmuebles, pues tampoco hay prueba en este juicio acerca de que tal Comunidad haya poseído y administrado esos bienes reconociendo posesión o dominio ajenos. El hecho que se invoca por la parte demandada como demostrativo de que la Comunidad Dominicana poseía los inmuebles reclamados nó, a nombre propio, sino a nombre de la persona jurídica denominada Iglesia —la destinación de esos inmuebles a las necesidades del coro y de la iglesia de Chiquinquirá— no sirve para acreditar que esta Comunidad estuviera poseyendo, a nombre de esta persona jurídica y nó en propio nombre, pues claramente se advierte por el texto de la demanda y por las declaraciones de los testigos, que cuando se habla de la destinación de esos inmuebles a guardar enseres de la Iglesia, no se hace referencia sino a la Basílica o templo de Chiquinquirá, es decir, al edificio que constituye esa iglesia, mas nó, a la persona o potestad de derecho civil y canónico llamada Iglesia Católica, porque ésta, como ser abstracto, como creación meramente intelectual y jurídica, es incapaz de servir para local de escuela de música y canto, ni "para depósito de enseres, muebles y demás efectos", "tales como el carro mortuario, columnas y bases para los catafalcos en exequias y entierros", como se dice por la parte actora y lo aseveran los testigos cuyas declaraciones se han dejado transcritas en la forma que las citó el Tribunal *a quo* y consta en el expediente.

Consideradas así las cosas, no se ve que exista razón para afirmar que no estén reunidos aquí los dos elementos integrantes de la noción de posesión —el material denominado *corpus*, y el intencional o psicológico llamado *animus*— en cabeza y en favor de la Comunidad demandante, por la simple circunstancia de que ésta aplicara al servicio de la iglesia o Basílica de Chiquinquirá enseres de propiedad de esta última; en primer lugar, porque de acuerdo con el artículo 786 del Código Civil, el que está en posesión de una cosa puede darle el destino que quiera, sin dejar de ser por ello poseedor de tal cosa; y, en segundo término, porque si de interpretar la demanda se trata, no podría aceptarse

contra la parte demandante el hecho 2º del libelo como confesión de que la posesión no la ejercía a nombre propio, sino a nombre de la persona jurídica Iglesia en los inmuebles reclamados, por el hecho de destinarlos al servicio de un templo católico —la Basílica de Chiquinquirá— sin que a la vez hubiera de aceptarse que esta manifestación debe entenderse en armonía con los hechos primero y cuarto del mismo libelo, en los que la parte actora afirma que ella ha estado en posesión de tales inmuebles desde hace más de cincuenta años y que la pieza reclamada venía siendo poseída por los Padres Dominicanos "como dueños y poseedores de la Basílica y la ronda contigua que es su necesaria anexidad."

La titularidad del derecho (capacidad sustantiva) para rechazar el amparo de posesión con base en la propiedad de los inmuebles reclamados y nó, en el hecho mismo de la posesión en cuanto simple tenencia o apoderamiento de ellos con ánimo de dueño, es cuestión que no puede avocarse por la Corte en el presente juicio, porque ella, necesariamente, llevaría a la investigación del mejor derecho que al dominio de los bienes de que se trata, se invoca tanto para la Comunidad Dominicana, como para la Iglesia como persona jurídica, o para la Nación (esto último por lo que se refiere al edificio del "Colegio de Jesús María y José"), materias éstas extrañas a este juicio por su carácter de simplemente posesorio.

Quién sea el verdadero dueño de esa Basílica (y en su caso, del edificio del "Colegio de Jesús María y José"), a quién corresponde actualmente el dominio en esos inmuebles, es cuestión ajena a la decisión de la Corte en el presente juicio, en el cual no puede ella decidir más que sobre la alegada posesión y sobre la privación arbitraria de esa posesión por medio de actos de fuerza o por vías de hecho de la Nación, lo que caracterizaría el despojo alegado.

Pero se dice que tampoco la posesión en el presente caso puede corresponder a la Comunidad Dominicana de Chiquinquirá, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 762, 767 y 791 del Código Civil, porque ella no era más que mera mandataria de la persona jurídica denominada Iglesia, en la administración de la Basílica de Chiquinquirá.

¿Dónde toma pie esta aseveración? Nó en que la Comunidad Dominicana haya reconocido ajeno dominio o posesión en ese templo, sino en que —se alega— destinado este templo por el Decreto de 9 de julio de 1836 y por la Ley de 15 de julio de 1853, al servicio parroquial de la villa de Chiquinquirá, y siendo la persona jurídica —la Iglesia Católica— quien tiene la representación legal de este servicio, el hecho de que

la Iglesia Católica hubiera podido disponer que ese servicio parroquial fuera servido por miembros de la Comunidad Dominicana de Chiquinquirá, no induce a aceptar que esta Comunidad hubiera podido liberarse de su carácter de mandataria de la Iglesia para convertirse en poseedora a nombre propio de aquéllo mismo que pertenece a la Iglesia y que se le había confiado por ésta en simple tenencia y administración.

Colócase así la Comunidad Dominicana —agrégase— en la posición de usurpadora o simple detentadora conforme al artículo 791 del Código Civil, y como ella no ha enajenado a nombre propio el bien recibido, los actos que sobre éste haya ejecutado no pueden ser característicos de la posesión, sino de una mera detentación; y como la demanda se ha fundado en el artículo 982 del Código Civil y nó, en la acción especial que al detentador concede el artículo 984 ibidem, que es la posesoria del artículo 982, y nó, la de amparo al detentador, no puede prosperar porque carece dicha Comunidad del interés jurídico necesario para obtener la condenación imputada contra la Nación.

SE OBSERVA

Las cuestiones que propone el representante de la Nación no pueden ser examinadas y resueltas aquí por la Corte sin que ella entrara previamente en el examen respectivo para establecer a quién corresponde *el dominio* de la Basílica o templo de Chiquinquirá conforme al Decreto de 9 de julio de 1836 y a la Ley de 15 de julio de 1853, punto éste extraño al presente juicio posesorio, pues conforme al artículo 979 del Código Civil, en los juicios posesorios, se repite, no se tomará en cuenta el dominio que por una o por otra parte se alegue; y aunque los títulos o instrumentos que se aduzcan en estos juicios pueden acreditar el derecho de dominio que alguien alegue sobre el inmueble a que se refiere la demanda, no servirán tales títulos o instrumentos para probar la posesión material en esta clase de juicios, porque la posesión de un inmueble puede corresponder aún al que se dé por dueño de él sin serlo, o sea, sin título alguno precedente; porque la posesión real de una cosa corporal requiere la *tenencia* de esta cosa; porque el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona, en el correspondiente juicio de dominio, no pruebe que lo es, y porque la posesión del suelo debe probarse por *hechos positivos* de aquellos a que sólo da derecho el dominio.

La posesión que da o confiere el instrumento o título, no es otra que la posesión legal o escrita, posesión abstracta o meramente simbólica. Y esta no es la posesión a que se refiere el artículo 762 del Código Civil, porque esta última

clase de posesión, que consiste en un *hecho*, requiere la *tenencia* de la cosa, esto es, la ocupación material, la aprehensión o apoderamiento real de esta cosa, cuando ella es corporal.

Puede así una persona ser dueña de una cosa, y no tener la posesión de ésta; y, al contrario, puede ser poseedora de la cosa una persona, y otra ser la dueña de esta cosa. Para resolver, en definitiva, quién es el verdadero dueño de ella se ha establecido la acción de reivindicación, del artículo 946 del Código Civil, que corrobora lo que se acaba de dejar expresado, en cuanto dice que "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 restituirla."

Es, pues, esta acción la única que deja decidido quién es el verdadero dueño de la cosa y a quién corresponde definitivamente la posesión de esta cosa. Mientras tanto, el que pretenda mejor derecho a ésta, no puede privar, por sí y ante sí, de la posesión de esta cosa a quien la tenga en su poder por cualquier título. Los principios tutelares sobre los cuales descansan la organización social, el ordenamiento jurídico de un país de vida genuinamente constitucional y democrática, repudian que ninguna persona, así sea ésta la misma Nación, se valga de la violencia, de la acción personal o directa, para tomar, sin previo mandamiento judicial, la cosa que otro ocupe, aunque éste no sea el verdadero dueño de esta cosa.

La posesión así adquirida constituye un *depojo*, y no puede ser protegida ni reconocida como valedera por la justicia, porque ésta será una posesión violenta según el artículo 772 del Código Civil; porque existe el vicio de violencia, sea que se haya empleado contra el verdadero dueño de la cosa, o contra el que la posea sin serlo, o contra el que la tenía en lugar o a nombre de otro, y porque lo mismo es que la violencia se ejecute por una persona o por sus agentes, que se ejecute con su consentimiento, o después de ejecutada se ratifique expresa o tácitamente (artículo 774 ibidem).

Porque una de dos: o el que pretende la cosa está en posesión de ésta, o no lo está. Si la posee, no tiene por qué recuperarla ni por la fuerza ni sin el empleo de ésta; y si no está en posesión de ella, no puede arrebatarla a quien la tenga, prescindiendo de recurrir ante el Órgano competente, que lo es el Judicial, para que éste se la entregue conforme a las reglas sustantivas y de procedimiento, que se han preestablecido para estos casos y a las cuales tienen todos que vivir sometidos en un país ordenadamente constituido.

Las ideas que se dejan expresadas en presencia de las alegaciones contrarias a la presente de-

manda, comprenden el caso de autos y contradicen tales alegaciones. En efecto, si la Nación creía que por virtud de leyes anteriores le correspondía el dominio de los inmuebles que ocupaba la Comunidad de Dominicanos de Chiquinquirá, no debió privar a esta Comunidad de tales inmuebles, como lo hizo, por vías de hecho, sino que invocando los títulos o instrumentos que considerara fundamentales de sus derechos, debió recurrir al correspondiente juicio para que el Organó Judicial, previamente, proveyera lo que fuere de ley.

Por estas mismas razones, no puede aceptar la Corte que la Ley 77 de 1938 hubiera podido justificar el procedimiento de la Nación al privar, por la fuerza, a la Comunidad Dominicana de Chiquinquirá, de la posesión o tenencia de los bienes materia del presente juicio. En efecto, los artículos primero y segundo de dicha Ley, dicen lo siguiente:

“Artículo 1º—Derógase la Ley 11, de 1886. En consecuencia el Gobierno procederá a ocupar el local donde actualmente funciona el Colegio de Jesús, María y José y demás bienes que pertenecen al Estado por razón de la supresión de los conventos menores, decretada por las Leyes de 1821 y 1826, bienes que fueron destinados a la instrucción pública.

“Inmediatamente el Gobierno procederá a reorganizar el Colegio de acuerdo con la ley. El Gobierno podrá constituir una Junta autónoma encargada de la administración de los bienes indicados, y de los demás que hayan sido asignados al Colegio por leyes especiales, bienes que en ningún caso podrán destinarse a objeto distinto del que primitivamente les señalaron las leyes de supresión de conventos menores.

“El Gobierno podrá entenderse con la Junta Patronal de la Fundación Paniagua, para entregarle o reconocerle lo que pueda corresponderle por el aporte de veinte mil pesos sencillos que fueron percibidos en cuotas de mil pesos anuales, suma que fue empleada en apoyar la fundación del Colegio.

“Este arreglo podrá hacerse directamente o por medio de un Tribunal de arbitramento, sin lugar a posterior aprobación del Congreso.

“Artículo 2º—Sin embargo de lo ordenado por el inciso primero del artículo anterior, el Gobierno podrá llegar a un pronto entendimiento con la Junta Patronal de la Fundación Paniagua, a fin de aumentar el número de patronos en tres más, nombrados por el Ministerio de Educación Nacional de ternas presentadas por el Cabildo de Chiquinquirá. La nueva Junta Patronal así constituida tendrá la administración, tanto de los bienes que pueden quedar de la Fundación Paniagua, como la de los de propiedad del Estado que están destinados al dicho Colegio.

“Queda también facultado el Gobierno para establecer las condiciones en que se reorganiza la Junta, dándole la estabilidad y autonomía que estime convenientes.”

La Sala no entra a considerar sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de estas disposiciones, porque es a la Corte Plena a quien corresponde una decisión sobre esa materia; pero como tales disposiciones se han invocado como justificativas de los actos de ocupación oficial de los inmuebles de que se trata en el presente juicio, debe ella pronunciarse aquí sobre este solo particular, y lo hace declarando que, a su juicio, tales disposiciones ni justificaban esos actos, ni impiden que sea restablecida en favor de la parte actora la posesión de que injustamente se la privó por medio de ellos.

El Gobierno, como ejecutor de las leyes, bien podía y debía en el presente caso hacer ante la Comunidad Dominicana de Chiquinquirá las gestiones normales respectivas para ver de conseguir que ésta le entregara los bienes que la Ley 77 de 1938 consideraba como de propiedad del Estado; pero si esas gestiones se encontraron con la oposición de los ocupantes de los bienes cuya ocupación se ordenaba, ésta ya no la podía llevar a cabo el Gobierno so pretexto de cumplir la ley mencionada, porque ella no podía ni puede interpretarse ni aplicarse sino con sujeción a normas de mayor respetabilidad y de más premiosa observancia, como lo son las de la Constitución Nacional, en cuanto disponen que ninguno puede ser condenado sin haber sido antes oído y vencido en juicio, y, en cuanto a que los Organos del Poder Público ejercen separadamente sus respectivas funciones, correspondiendo al Judicial, exclusivamente, el conocimiento y decisión de las cuestiones litigiosas sobre dominio y posesión, por medio de los trámites preestablecidos.

La ocupación de los inmuebles de que se trata, hecho que, según consta plenamente en autos, fue ejecutado contra la voluntad de los ocupantes, por agentes o empleados del Gobierno Nacional, valiéndose de la fuerza y a nombre de la Nación, constituye un despojo, a tenor de los artículos 877 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en los cuales se funda también la demanda, y, de consiguiente, la posesión de tales inmuebles debe serle restituida a la Comunidad Dominicana de Chiquinquirá como ocupante, previa la entrega judicial que de ellos se le hará a dicha Comunidad, en cumplimiento del presente fallo por parte del Tribunal *a quo*.

La cuestión relativa a si el *dominio* de los inmuebles de que se trata corresponde al Estado, al “Colegio de Jesús, María y José”, a la Iglesia Católica o a la Comunidad Dominicana de Chiquinquirá, como por distintas partes se alega,

es extraña al presente juicio por despojo. En éste no puede decidir la Corte otra cosa distinta de si la parte actora —la Comunidad Dominicana— estaba o nó en posesión material de los bienes reclamados cuando de ellos fue privada. Otras vías tenían quienes se consideraren con mejor derecho a tales bienes para reclamarlos ante quienes corresponda, demostrando que tienen ese mejor derecho a ellos. La Corte no puede considerar aquí más que el hecho despojo, o sea, la privación por la fuerza y sin mandamiento judicial, de la tenencia material de esos bienes de manos de quienes los tenían. Esa sola circunstancia justifica la acción de despojo e inviste de personería sustantiva a los desposeídos para impetrar el restablecimiento de las cosas al estado que tenían antes de la ejecución de los actos arbitrarios que determinaron esa privación.

Entre quienes se encontraban en la tenencia material de esos bienes, y aquéllos que para obtener tal tenencia habían de proceder de hecho, la justicia ordinaria debe proteger a los primeros.

En los juicios por despojo la personalidad sustantiva del actor que se queja de haberle sido arrebatada la cosa que poseía, se configura e identifica con los mismos hechos causales de la acción: se tiene ésta en cuanto se es titular, nó, esencialmente, del dominio de la cosa, sino de la simple tenencia material de ésta, y en cuanto por actos injustos o ilegales de otros, se ve privado de ella, sin mandamiento judicial, el que la poseía materialmente.

LOS PERJUICIOS

Como no se ha demostrado en el presente juicio el monto de éstos, y el artículo 982 del Código Civil establece que el que injustamente ha sido privado de la posesión tendrá derecho a que se le restituya con indemnización de perjuicios, ha de condenarse al pago de éstos *in genere*, para que su monto se fije de acuerdo con los artículos 480 y 553 del Código Judicial.

LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

En lo tocante a la responsabilidad criminal en que, según la parte actora, han incurrido los funcionarios o empleados que ejecutaron o hicieron ejecutar los actos constitutivos del despojo de que se trata, considera la Corte que no apareciendo de manifiesto, como no aparece, la intención dolosa con que procedieron esas personas, nó es el caso de ordenar que se expidan las copias respectivas para abrir la investigación criminal solicitada en la demanda, lo que no impide que las partes interesadas hagan uso de las acciones y recursos que consideren pertinentes.

Se deja constancia de que el respectivo proyecto que constituye la presente sentencia fue presentado y registrado en la Secretaría de esta Sala desde el día veintiséis de abril del presente año.

Por todo lo que se deja expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA en la siguiente forma el presente juicio:

1º Condénase a la Nación a restituir a la Comunidad Dominicana de Chiquinquirá, en la forma y términos de que trata el artículo 880 del Código Judicial, los inmuebles urbanos que forman la ronda de la Basílica Menor de aquella ciudad por el costado sur y que se componen de dos salones o departamentos grandes situados en plano adyacente a la sacristía de dicha Basílica, y una pieza o departamento marcado con el número 8-51 y que da sobre el atrio, demarcada así: "Por el Oriente, con el atrio de la Basílica (extremo sur); por el sur, con el edificio del Colegio de Jesús, María y José; por el Occidente, con la continuación de la ronda de la Basílica, y por el Norte, con la torre sur de la misma Basílica."

2º Condénase a la Nación a pagar a la entidad demandante los perjuicios causados por el despojo de los citados inmuebles. Estos perjuicios están limitados respecto de los dos salones grandes, a los causados desde el veinticinco (25) de agosto de mil novecientos treinta y nueve (1939) hasta la ejecución de la sentencia; respecto de la pieza distinguida con el número 8-51, desde el catorce (14) de septiembre del mismo año hasta la ejecución del fallo.

Parágrafo. El monto de tales perjuicios se determinará por el procedimiento señalado en los artículos 480 y 553 del Código Judicial.

3º No es el caso de ordenar que se abra la investigación criminal solicitada, por las razones que se han dejado ya expuestas en la parte motiva del presente fallo.

4º No se hace condenación en costas, por ordenarlo así el artículo 576 del Código Judicial.

Queda en estos términos reformada la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

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

José M. Blanco Núñez, Anibal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Luis Francisco Martínez, Oficial Mayor.

SALVAMENTO DE VOTO

DEL MAGISTRADO DOCTOR ANIBAL CARDOSO GAITAN

Una razón obliga al suscrito Magistrado a salvar su voto en el precedente fallo, con el respeto debido a sus ilustrados colegas: la de que a su juicio el Organó Judicial, en este caso la Corte, carece de jurisdicción para conocer de juicios posesorios como el que se decide en el anterior fallo, por corresponder de modo privativo a las entidades de la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento.

Esta aseveración, chocante a primera vista con el tradicional concepto de que son las autoridades del Organó Judicial las que tienen a su cargo el pronunciamiento en controversias en que se discute sobre la posesión y la propiedad de inmuebles, encuentra sin embargo sólido fundamento jurídico en las nociones y principios, y en reglas escritas del derecho administrativo, que realiza una notable evolución en el mundo contemporáneo.

Desde antes de expedirse el Código Administrativo vigente (Ley 167 de 1941), ya la Ley 130 de 1913, orgánica de esa jurisdicción, en sus artículos 18, 78 y 80 disponía que el Consejo de Estado conocía privativamente de los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones de los Ministros del Despacho Ejecutivo, por ser ilegales o lesivas de derechos civiles, correspondiendo a lo primero la acción pública y privada de la anulación por exceso de poder, y a lo segundo la acción privada de plena jurisdicción. Posteriormente la Ley 80 de 1935 ratificó y amplió tal jurisdicción para decidir sobre el restablecimiento del derecho civil violado mediante un acto de la administración. Y en el imperio de esas normas constitutivas de jurisdicción se dieron otras, como la Ley 38 de 1918, que expresamente asigna a la jurisdicción administrativa el conocimiento y decisión de los pleitos de particulares contra entidades públicas por causa de expropiación de zonas para ferrocarriles. Hoy, expedido el Código que se contiene en la Ley 167 de 1941, la facultad de conocimiento y el poder de decisión son amplísimos en orden al restablecimiento del derecho privado, quebrantado por un acto de la administración y para indemnizar los daños que con ello se ocasionan. Los artículos 67, 69 y 70 del Código mencionado son de una claridad que no admite

duda alguna sobre el establecimiento de una jurisdicción privativa y especial "contra los actos de la administración", como así los denomina el Capítulo VII del Título I, preceptos que establecen que la persona que se crea lesionada en un derecho suyo *establecido o reconocido por una norma de carácter civil* podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho. Y al hacerlo los organismos contencioso-administrativos pueden llegar hasta *establecer disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas*; finalmente, que el restablecimiento del derecho aprovechará tan sólo a quien hubiere intervenido en el juicio y obtenido declaración a su favor. Con base en esas atribuciones privativas y especiales, los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado han venido desatando jurisdiccionalmente controversias suscitadas entre particulares y entidades públicas, por actos de la administración.

A ese género de asuntos pertenece el negocio a que se refiere la sentencia que da lugar a este salvamento de voto, pues fue planteado ante el Consejo de Estado y decidido por él en fallo proferido por tan alta entidad el día 12 del mes anterior.

Es uno solo el hecho que dio origen a dos demandas que se presentaron al Consejo de Estado, sobre nulidad de una resolución administrativa que dispuso ocupar el local del edificio donde venía funcionando el Colegio de Jesús, María y José de Chiquinquirá e indemnización de daños en propiedad ajena por esa ocupación y a dos juicios por despojo adelantados en esta Sala de Negocios Generales de la Corte. Tal hecho lo constituye el acto de desposesión llevado a efecto por agentes de la autoridad, en el inmueble mencionado, con respecto a sus ocupantes los Reverendos Padres de la Comunidad Dominicana (ordinales 9º y 10º de los hechos expuestos en la demanda).

El Consejo de Estado, haciendo uso de su jurisdicción privativa, y considerando que "el Estado está obligado a indemnizarle (a la Casa de Estudios o Colegio de Jesús, María y José de Chiquinquirá) la expropiación de hecho y los daños causados", "administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad

de la ley", condenó a la Nación *al pago del valor del edificio* del antiguo convento, estimado en la cantidad de treinta mil pesos (\$ 30.000). La presente sentencia de la Corte, después de estudiar los mismos hechos, condena a la Nación a *restituir* a la Comunidad Dominicana el inmueble relacionado en el libelo.

No entra el suscrito Magistrado a conceptualizar sobre tan manifiesta desarmonía entre dos decisiones, ambas jurisdiccionales, de los órganos más altos de las dos jerarquías, para expresar su parecer acerca de la fundamentación jurídica de sus mandatos. Pero si le sirve ella para elevarse a la consideración abstracta y general de estos conflictos jurisdiccionales.

El fallo anterior de la Corte se basa en las normas ordinarias sobre competencia, que atribuyen a los Jueces comunes el conocimiento de las acciones por despojo. El del Consejo de Estado, en la jurisdicción especial que le otorgan las normas ya citadas del Código Contencioso Administrativo.

No es natural contribuir a que esa situación caótica y contradictoria resulte del ejercicio simultáneo de la jurisdicción... judicial y de la contencioso administrativa se acentúe. Al contrario, parece que es deber de las propias entidades que con sus fallos puedan llegar a producir el choque jurisdiccional, el que hagan lo que esté en sus medios para evitarlo.

Estima el suscrito Magistrado que la Corte Suprema de Justicia debe reconocer la evolución que el derecho administrativo colombiano ha operado dentro del dominio que antes fue exclusivo del derecho civil y que sirvió para organizar la jurisdicción judicial como única para desatar controversias sobre derechos civiles de los particulares, comprendiéndose en esa regla general las que resultasen de la pugna entre intereses opuestos de éstos y los de la administración manifestados en actos de las autoridades. Cuando no existía la jurisdicción contencioso-administrativa todas esas diferencias se desataban por la sola jurisdicción existente, que lo era la judicial. Mas la creación de organismos especiales a los cuales se adscribió el conocimiento y decisión de los litigios a que se hace referencia sacó de la jurisdicción común tales controversias para situarlas en el campo donde actúan los funcionarios del órgano contencioso administrativo. El proceso que siguió dicha evolución culminó en el Código de 1941, cuyas disposiciones en lo pertinente se han examinado. Expedido ese estatuto no hay ya duda sobre el poder jurisdiccional de los Tribunales Administrativos y del Consejo de Estado para desatar privativamente tales pleitos en forma definitiva.

La penetración que el derecho administrativo viene haciendo en la esfera que antes correspon-

dia al derecho civil tiene sus fundamentos de orden técnico, que no es preciso examinar extensamente en este salvamento de voto. Algunos de esos motivos ya se han dejado entrever en la presente exposición. Pero puede decirse, sin riesgo a exagerar, que ese fenómeno de incursión del derecho administrativo en el derecho civil, y en las instituciones jurisdiccionales que antes le eran peculiares, es un hecho que se registra generalmente en todas las legislaciones y que se reconoce como avance necesario y benéfico en las relaciones del derecho público con el derecho privado.

Cuando ocurra el quebrantamiento de un derecho privado por acto de la administración es lo natural que los órganos que tienen el poder de anular ese acto o de modificarlo, restablezcan el derecho violado (artículos 67 y 69, Ley 167 de 1941), pues la ley quiere que de esas relaciones entre la autoridad y el lesionado conozcan Jueces especiales. Tal conocimiento, por la naturaleza de su objeto, es privativo, y comprende el poder de adoptar las medidas propias para el restablecimiento de los estados jurídicos pre-existentes. De esta suerte, las acciones similares a las contencioso administrativas, protectoras de los derechos privados, establecidas en la legislación ordinaria y contempladas por el aspecto de la competencia de los funcionarios, deben ceder el campo a las normas especiales que regulan la jurisdicción para las controversias entre entidades públicas y los particulares afectados por actos de ellas.

Con esta premisa y las otras consideraciones ya hechas, es oportuno observar que al admitir ese hecho la Corte Suprema no haría en modo alguno un desconocimiento arbitrario de las reglas de nuestro derecho positivo que consagran la competencia del Órgano Judicial en los juicios por despojo, normas que siguen rigiendo para todos los demás casos de particulares entre sí que buscan en ellas el amparo de sus derechos, sino que reconocería, para los litigios entre esos particulares y las autoridades públicas, la jurisdicción que la ley establece especialmente.

No se piense que al hacer tal reconocimiento de la jerarquía privada del Consejo de Estado se proclama el sometimiento a ella del Órgano Judicial. Este no puede revisar las providencias del Órgano Contencioso Administrativo, ni éstas pueden entorpecer el ejercicio de la jurisdicción que pertenece a los Jueces comunes. Principios que han de informar no solamente la actitud que asuma la Corte en un caso concreto, sino que en opinión del Magistrado que esto escribe, han de servir de norma para que cuando quiera que ocurran o puedan ocurrir tales conflictos de las dos jurisdicciones, el Órgano Judicial se inhiba de conocer, declarando, en obediencia a la

ley, que la competencia le corresponde a los organismos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Es verdad, como se anota en la anterior sentencia, que hay numerosas decisiones de ésta y de otras Salas de la Corte en las cuales se ha dicho que las cuestiones sobre posesión de inmuebles solamente pueden ser desatadas por el Organismo Judicial. Mas a ello cabe observar que los Tribunales Contencioso-Administrativos son órganos de la administración de justicia, en cuanto la ejercitan, como lo hace el Organismo Judicial. Una y otra jurisdicción tienen su origen en el poder del Estado, y son manifestaciones de su soberanía. No hay por tanto razón esencial alguna que se oponga al conocimiento con jurisdicción de los organismos contencioso administrativos en casos de la naturaleza del que se examina.

Hay tan sólo una separación del trabajo decisorio jurisdiccional, que no existía antes de crearse la jurisdicción contencioso-administrativa. Con este criterio para esa separación: las lesiones del derecho privado emanadas de actos de la administración pertenecen al conocimiento de los Tribunales Contencioso-Administrativos; las lesiones de derecho privado, que no tengan ese origen, aunque de ellas haya de responder una entidad pública, corresponden en su conocimiento al Organismo Judicial.

Y no ha desatado el Consejo de Estado una acción personal, sino que ha ido mucho más lejos. No solamente se ha pronunciado sobre la posesión de un inmueble, —a lo que se limita

la presente decisión de la Corte— sino que se ha fallado sobre el dominio del inmueble, declarando que pertenece al Colegio o Casa de Estudios de Jesús, María y José y condenando a la Nación a pagarle su valor. En el parecer de quien salva su voto, este fallo hace tránsito a cosa juzgada, y mal podría pretenderse desconocer su fuerza o imperio mediante una acción de dominio ante el Organismo Judicial.

Aquel fallo condenó al demandado a pagar la cantidad de treinta mil pesos (\$ 30.000) como valor del edificio. ¿Cabría acaso pensar que las partes, o una de ellas, pudiesen intentar en los Tribunales judiciales una modificación del *quantum* fijado como valor del inmueble, para aumentarlo o disminuirlo? No parece que tal cosa pueda hacerse, pues si así fuese, la decisión del Consejo de Estado sería provisional, transitoria, mientras se dictara la definitiva; tesis de imposible aceptación si se tiene en cuenta que la ley le confiere al Consejo la facultad de decisión sin condiciones, para que desate las demandas correspondientes en fallos que deben cumplirse compulsoriamente.

En el caso particular del juicio por despojo que se falla en la anterior sentencia, el Magistrado que suscribe salva su voto, porque considera que dicha sentencia no ha debido pronunciarse, y que en cambio es procedente, por las razones expuestas, la declaración de inhibitoria de la Corte.

Anibal Cardoso Gaitán—Luis Francisco Martínez, Oficial Mayor.

NO SE ACLARA LA SENTENCIA ANTERIOR

1.—En distintas ocasiones ha establecido la Corte que no dejan de ser sentencias definitivas, y, por ende, irrevocables e inmodificables dentro del respectivo juicio especial en que se profieren, las sentencias con que se terminan esta clase de juicios.

2.—El artículo 1º de la Ley 77 de 1938 está muy lejos de decir que el Gobierno proceda a ocupar por la fuerza los inmuebles de que trata; en consecuencia, ese texto legal era inejecutable en la forma en que lo hizo el Gobierno. La debida recurrencia por parte de éste al Organó Judicial, ante la negativa de los ocupantes, para que dicho Organó proveyese lo conveniente y legal en presencia de lo dispuesto en aquélla y en las demás leyes pertinentes, no habría constituido por parte del Gobierno un acto de desobediencia a la Ley 77 de 1938 (aunque ésta no se hubiera declarado inexecutable), sino todo lo contrario, el acto de respetuoso tributo y de fiel sujeción a aquellas normas de superior imperio, porque ellas constituyen la esencia misma y los elementos orgánicos de nuestra vida constitucional y democrática, según los cuales los Poderes Públicos, como emanación de la soberanía de la Nación, si bien colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado, son limitados, tienen funciones separadas y se ejercen precisamente en los términos que la Constitución establece, ya que de otro modo se sembrarían la confusión y el caos, tanto en lo político, como en lo social y administrativo. Jamás será alzarse en rebelión contra una ley ordinaria, interpretarla y aplicarla acatando la Ley Fundamental de la República.

3.—El poder de decisión, aun contra el mismo Estado en los asuntos atinentes a la propiedad y a la posesión, y en general a la administración de justicia, corresponde exclusivamente a uno de esos Organos del Poder Público: al Judicial, así como la guarda de la suprema ley normativa corresponde al más alto Tribunal de dicho Organó, la Corte Suprema. Por lo tanto, creada una situación conflictiva de esta índole, la decisión tiene que emanar precisamente de ese Organó, a

quien la Constitución le ha asignado la función de tutelar eficazmente los derechos no sólo del Estado sino de todos los asociados, por medio de sus decisiones o sentencias que son, como las leyes, manifestaciones de la soberanía. De todo lo cual se deduce que, dada una situación de esta naturaleza, el Organó Ejecutivo debe detenerse en el preciso lugar donde comienza el campo de acción que el constituyente ha reservado para que el Judicial dé a cada uno lo suyo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio ocho de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

El doctor Gonzalo Vargas Rubiano, como apoderado de la Nación en el juicio promovido por la Comunidad Dominicana de Chiquinquirá, ha presentado ante esta Sala un memorial que dice así:

“Señores Magistrados de la Sala de Negocios Generales:

(Magistrado ponente, doctor Blanco Núñez).

Referencia: Comunidad Dominicana contra la Nación.

“Amparándome en el artículo 482 del Código Judicial solicito respetuosamente de la Sala, en mi calidad de apoderado de la Nación en el negocio de la referencia, la aclaración de diversos conceptos, cuya interpretación suscita ‘verdaderos motivos de duda’. Tales conceptos han sido expresados en diversos pasajes de la parte motiva, pero inciden ‘eficazmente en la inteligencia que debe darse a la resolutive’. (*Jurisprudencia de la Corte*, tomo V, volumen 1, página 53).

“En lo tocante a la responsabilidad criminal, dispuso la mayoría de la Sala, al considerar la petición hecha en la demanda de ordenar abrir la correspondiente investigación penal, que no ‘era el caso de ordenar que se expidan las copias respectivas para abrir la investigación criminal solicitada en la demanda.’ De esto parece deducirse que la mayoría de la Sala considera que, por haberse procedido a la ejecución de un man-

dato legal, artículo 1º de la Ley 77 de 1938, la Nación procedió de buena fe.

“Así, pues, como no se calificó la posesión de la Nación, hay razonable motivo para dudar de si la Corte considera de buena o de mala fé a aquella. Confío en que la Corte, al hacer la aclaración de este punto, tenga en cuenta que en este caso concreto, el ilícito civil se confunde con el ilícito penal, y que la Nación actuó en ejecución de un texto legal que no ha sido declarado inexecutable por la autoridad facultada para ello, y al cual el Organó Ejecutivo debía darle estricto cumplimiento, so pena de incurrir en la violación de sus deberes constitucionales.

“Las siguientes palabras del gran maestro vienes Hans Kelsen, tienen cabal aplicación aquí, tanto más si se considera que el Gobierno Nacional estaba íntimamente persuadido de la juridicidad de la ley:

“Si se investiga esta cuestión desde el punto de vista de la política del derecho, se llega a la siguiente conclusión: si el Organó Ejecutivo, —obligado a obediencia— ha de decidir si la norma es *regular*, y, por lo tanto ejecutable, se corre el peligro de que jamás se le preste obediencia, de que nunca se le aplique, puesto que el interesado puede liberarse de esa carga alegando la ilegalidad de la norma. Es más: si la *decisión sobre la validez de la norma queda al arbitrio del Organó Ejecutivo, se hace depender dicha validez de la ‘buena voluntad’ del ejecutor, con lo cual queda en el aire la posibilidad de existencia del orden, su validez objetiva. Esta consideración pesa lo bastante para que el derecho positivo se oriente en este sentido.* (Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, edición de 1934, página 383).” (La transcripción de este memorial ha sido hecha fielmente).

Se considera:

Por razón de orden o de método en la explicación que va a hacerse, se principiará por tratar lo relativo a la alegada *falta de calificación de la posesión* en el fallo de esta Superioridad del dos de junio último, a que se refiere el memorial preinserto, para después tratar lo relativo a la *falta de declaración de inexecutable del texto legal*, en cuya ejecución —según se alega también en dicho memorial— procedió el Gobierno a apoderarse de los inmuebles materia del presente juicio; pero antes de todo, conviene dejar establecida esta cuestión:

Que lo pedido por el memorialista, bajo el nombre de *aclaración* del fallo arriba mencionado, no es la simple aclaración que la ley y la doctrina permiten, sino una verdadera modificación o reforma aditiva de dicho fallo, en el sentido de que la Corte haga una calificación

consistente en expresar si a la Nación debe considerársela poseedora de buena o mala fe, porque del hecho de que no se hubiera ordenado expedir las copias respectivas para abrir la investigación criminal solicitada en la demanda, parece deducirse —sigue diciendo el memorialista— “que la mayoría de la Sala considera que, por haberse procedido a la ejecución de un mandato legal —artículo 1º de la Ley 77 de 1938—, la Nación procedió de buena fe.”

En distintas providencias, entre ellas la que puede leerse en las páginas 184 y siguientes del tomo LIII de la *Gaceta Judicial*, número 1983, ha establecido ya la Corte que no dejan de ser sentencias *definitivas*, y, por ende, irrevocables e inmodificables dentro del respectivo juicio especial en que se profieren, las sentencias con que finalizan esta clase de juicios.

Por lo tanto, bastarían esta consideración y las que arriba se dejan hechas con respecto a la petición del apoderado de la Nación en el presente caso, para que, sin adelantar más en el examen de lo solicitado por él en su precitado memorial, se obtuviera por parte de la Sala una decisión adversa o negativa; mas no quiere ella pronunciar tal decisión sin detenerse algo más en tal examen, porque lo que va a expresar no sólo deja en forma invariable lo resuelto en la providencia cuya modificación se insinúa, sino que pone de manifiesto que esa providencia está estrictamente ceñida a la Constitución y a las leyes del país.

LO RELACIONADO CON LA DECLARACION DE POSESION DE BUENA O DE MALA FE

Suponiendo que el fallo con que finalizó el juicio promovido contra la Nación por la Comunidad Dominicana de Chiquinquirá, fuese susceptible de la modificación impetrada por el memorialista —que no lo es, como se deja ya expresado— tal modificación no podría hacerse, pues esta cuestión ni ha sido materia del debate ni es propia del juicio posesorio, sino del de reivindicación. Basta leer la demanda, para ver que ella se funda sólo en las disposiciones del Título 13 (artículos 972 y siguientes del Código Civil) que se refieren a conservar o a recuperar la posesión y a la indemnización de perjuicios, y nó, en las del Capítulo 4º, Título 12, artículos 961 y siguientes, en que se plantea la cuestión de las “Prestaciones Mutuas” en relación con la calificación de la buena o mala fe del poseedor vencido en los juicios de reivindicación. Tampoco en los hechos del libelo se trata esta cuestión, y, por tanto, nada puede la Sala resolver sobre esa materia, pues como es bien sabido, la sentencia tiene que ser conforme con la demanda, y se repite, materia es ésta de los juicios de dominio o reivindicación.

Ante la Corte se promovió un juicio por despojo, contra la Nación, para que ésta restituyera a la Orden o Comunidad Dominicana de Chiquinquirá determinados inmuebles de que esta Comunidad estaba en posesión. La mayoría de la Sala encontró que se había comprobado la posesión alegada y que de ésta el Gobierno había privado por vías de hecho a los ocupantes, y condenó a la Nación a que restituya los inmuebles de que en tal forma se había apoderado. Esto, por una parte, fue todo, y siendo demasiado claro, como lo es, ninguna aclaración necesita.

También pidió la parte demandante que se condenara a la Nación por "los perjuicios consiguientes al despojo de los citados inmuebles", pero como no acreditó cuáles habían sido esos perjuicios ni su cuantía, la mayoría de la Corte condenó, *in genere*, a la Nación al pago de tales perjuicios, porque el artículo 982 del Código Civil dispone que "el que injustamente ha sido privado de la posesión tendrá derecho para pedir que se le restituya con indemnización de perjuicios", y porque el artículo 977 *ibidem* consagra igual derecho.

Tampoco esto necesita ninguna aclaración, porque es suficientemente claro.

LO RELACIONADO CON LA INVESTIGACION CRIMINAL Y CON LA LEY 77 DE 1938

Al referirse a estas cuestiones, el señor apoderado de la Nación sólo dice en su memorial que la mayoría de la Sala dispuso que no "era el caso de ordenar que se expidan las copias respectivas para abrir la investigación criminal solicitada en la demanda", de lo que él deduce que la mayoría de la Sala considera que la Nación debió de proceder de buena fe en el cumplimiento de la Ley 77 de 1938.

Se hacía muy importante que el señor apoderado hubiera citado íntegramente el párrafo de la sentencia que contiene la parte que transcribió, pues de otro modo no puede conocerse en su totalidad el pensamiento de la mayoría de la Sala sobre este punto.

Lo que ese párrafo de la sentencia dice es esto:

"3º No es el caso de ordenar que se abra la investigación criminal solicitada, por las razones que se han dejado ya expuestas en la parte motiva del presente fallo."

Y las razones expuestas sobre el particular en la parte motiva fueron éstas:

"En lo tocante a la responsabilidad criminal en que, según la parte actora han incurrido los funcionarios o empleados que ejecutaron o hicieron ejecutar los actos constitutivos del despojo de que se trata, considera la Corte que no

apareciendo *de manifiesto*, como no aparece, *la intención dolosa* con que procedieron esas personas, no es el caso de ordenar que se expidan las copias respectivas para abrir la investigación criminal solicitada en la demanda, lo que no impide que las partes interesadas hagan uso de las acciones y recursos que consideren pertinentes."

Estas frases son también suficientemente claras, y no han menester aclaración alguna ni en sí mismas, ni menos aún, si se armonizan, como deben armonizarse, con las demás partes del fallo, el cual perdería su coherencia y su alcance si se le analiza y critica fragmentariamente.

Dijose en él que, en sentir de la mayoría de la Sala, no aparecía "*de manifiesto*" "*la intención dolosa*" —se subraya— de los agentes o empleados del Gobierno que ocuparon los bienes de que era poseedora la Comunidad de Dominicanos de Chiquinquirá, y que por eso no se ordenaba expedir las copias para que se abriera contra ellos la investigación criminal solicitada por la parte actora; pero si tal concepto de la mayoría de la Sala fuere erróneo, ahí mismo dejó ella dicho, refiriéndose a la responsabilidad penal, que se dejaba a salvo el derecho de hacer uso de las acciones y recursos que las partes consideren pertinentes. Sabido es, por lo demás, que la calificación, con alcance y poder jurisdiccionales, del carácter criminoso de un hecho y de la responsabilidad del autor de este hecho, no corresponde en definitiva sino a los Jueces y Tribunales de lo Penal.

Mas de que dichos empleados hubieran tal vez entendido —como lo entiende el reclamante— que su actuación se ajustaba a lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 77 de 1938 no se sigue que la Corte tenga que reconocer que lo actuado por ellos hubiera estado realmente en conformidad con esa disposición, que no dice, ni habría podido decir, que el Gobierno procediera a ocupar, *por la fuerza*, el local donde funciona el "Colegio de Jesús, María y José"; ni se sigue tampoco que la Corte hubiera podido legitimar la desposesión violenta de los inmuebles reclamados por dicha Comunidad, con apoyo en tal texto legal.

No debe confundirse la parte subjetiva con la objetiva de la cuestión. La primera se relaciona con la manera conforme a la cual interpretaran y aplicaran el artículo 1º de la Ley 77 de 1938 los agentes o empleados del Gobierno, que ocuparon los inmuebles materia del presente juicio; la segunda se refiere a lo que la Corte, en función de entidad juzgadora y de guardiana de la Constitución Nacional, tenía que decidir, tanto en presencia de los hechos materia de tal juicio, como en presencia del texto legal que se invocaba como justificativo de lo actuado por el Go-

hierno. Y la decisión de la mayoría de la Sala fue la que tenía que ser de acuerdo con sus facultades y deberes; y la pronunció también en forma, tan clara en lo relativo a la Ley 77 de 1938, y tan acorde con esas facultades y deberes, que tampoco por este aspecto hay nada que aclarar en la providencia que motiva las solicitudes del memorialista, ni nada que reformar.

En efecto, dijose en esa providencia:

“Los principios tutelares sobre los cuales descansan la organización social, el ordenamiento jurídico de un país de vida genuinamente constitucional y democrática, repudian que ninguna persona, así sea ésta la misma Nación, se valga de la violencia, de la acción personal o directa, para tomar, sin previo mandamiento judicial, la cosa que otro ocupe, aunque éste no sea el verdadero dueño de esta cosa.

“La posesión así adquirida constituye un despojo, y no puede ser protegida ni reconocida como valedera por la justicia, porque esa será una posesión violenta según el artículo 772 del Código Civil; porque existe el vicio de violencia, sea que se haya empleado contra el verdadero dueño de la cosa, o contra el que lo poseía sin serlo, o contra el que la tenía en lugar o a nombre de otro, y porque lo mismo es que la violencia se ejecute por una persona o por sus agentes, que se ejecute con su consentimiento, o después de ejecutada se ratifique expresa o tácitamente. (Artículo 774 *ibídem*).”

“Porque una de dos: o el que pretenda la cosa está en posesión de ésta, o no lo está. Si la posee, no tiene por qué recuperarla ni por la fuerza ni sin el empleo de ésta; y si no está en posesión de ella, no puede arrebatarla a quien la tenga, prescindiendo de recurrir ante el Organismo competente, que lo es el Judicial, para que éste se la entregue conforme a las reglas sustantivas y de procedimiento, que se han preestablecido para estos casos y a las cuales tienen todos que vivir sometidos en un país ordenadamente constituido.

“Las ideas que se dejan expresadas en presencia de las alegaciones contrarias a la presente demanda, comprenden el caso de autos y contradicen tales alegaciones. En efecto, si la Nación creía que por virtud de leyes anteriores le correspondía el dominio de los inmuebles que ocupaba la Comunidad de Dominicanos de Chiquinquirá, no debió privar a esta Comunidad de tales inmuebles, como lo hizo, por vías de hecho, sino que invocando los títulos o instrumentos que considerara fundamentales de sus derechos, debió recurrir al correspondiente juicio para que el Organismo Judicial, previamente, proveyera lo que fuere de ley.

“Por estas mismas razones, no puede aceptar la Corte que la Ley 77 de 1938, hubiera podido

justificar el procedimiento de la Nación al privar, por la fuerza, a la Comunidad Dominicana de Chiquinquirá, de la posesión o tenencia de los bienes materia del presente juicio.

“En efecto, los artículos primero y segundo de dicha Ley dicen lo siguiente:”

“La Sala no entra a considerar sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de estas disposiciones, porque es a la Corte plena a quien corresponde una decisión sobre esa materia; pero como tales disposiciones se han invocado como justificativas de los actos de ocupación oficial de los inmuebles de que se trata en el presente juicio, debe ella pronunciarse aquí sobre este solo particular, y lo hace declarando que, a su juicio, tales disposiciones ni justificaban esos actos, ni impiden que sea restablecida en favor de la parte actora la posesión de que injustamente se la privó por medio de ellos.

“El Gobierno, como ejecutor de las leyes, bien podía y debía en el presente caso hacer ante la Comunidad Dominicana de Chiquinquirá las gestiones *normales* respectivas para ver de conseguir que ésta le entregara los bienes que la Ley 77 de 1938 consideraba como de propiedad del Estado; pero si esas gestiones se encontraron con la oposición de los ocupantes de los bienes cuya ocupación se ordenaba, ésta ya no la podía llevar a cabo el Gobierno so pretexto de cumplir la Ley mencionada, porque ella no podía ni puede interpretarse ni aplicarse sino con sujeción a normas de mayor respetabilidad y de más premiosa observancia, como lo son las de la Constitución Nacional, en cuanto disponen que ninguno puede ser condenado sin haber sido antes oído y vencido en juicio, y, en cuanto a que los Organismos del Poder Público ejercen separadamente sus respectivas funciones, correspondiendo al Judicial, exclusivamente, el conocimiento y decisión de las cuestiones litigiosas sobre dominio y posesión, por medio de los trámites preestablecidos.”

El artículo 1º de la Ley 77 de 1938 —se repite— sólo dice que “el Gobierno procederá a ocupar el local donde actualmente funciona el Colegio de Jesús, María y José y demás bienes. . . etc.” Ese artículo está, pues, muy lejos de decir que el Gobierno procediera a ocupar *por la fuerza* tales inmuebles; luego ese texto legal era inejecutable en esa forma inusitada por el Gobierno.

La debida recurrencia por parte de éste al Organismo Judicial, ante la negativa de los ocupantes, para que dicho Organismo proveyese lo conveniente y legal en presencia de lo dispuesto en aquélla y en las demás leyes pertinentes, no habría constituido por parte del Gobierno un acto de desobediencia a la Ley 77 de 1938 (aunque

ésta no se hubiera declarado inexecutable), sino todo lo contrario, el acto de respetuoso tributo y de fiel sujeción a aquellas normas de superior imperio, porque ellas constituyen la esencia misma y los elementos orgánicos de nuestra vida constitucional y democrática, según los cuales los Poderes Públicos, como emanación de la soberanía de la Nación, si bien colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado, son *limitados*, tienen funciones *separadas* y se ejercen precisamente en los términos que la Constitución establece, ya que de otro modo se sembrarían la confusión y el caos, tanto en lo político, como en lo social y administrativo.

Jamás será alzarse en rebelión contra una ley ordinaria, interpretarla y aplicarla acatando la ley fundamental de la República.

El poder de decisión, aun contra el mismo Estado, en los asuntos atinentes a la propiedad y a la posesión, y en general a la administración de justicia, corresponde exclusivamente a uno de esos Organos del Poder Público: al Judicial, así como la guarda de la suprema ley normativa corresponde al más alto Tribunal de dicho Organismo, la Corte Suprema. Por lo tanto, creada una situación conflictiva de esta índole, la decisión tiene que emanar precisamente de ese Organismo a quien la Constitución le ha asignado la función de tutelar eficazmente los derechos no sólo del Estado sino de todos los asociados, por medio de sus decisiones o sentencias que, son, como las leyes, manifestaciones de la soberanía.

De todo lo cual se deduce, que dada una situación de esta naturaleza, el Organismo Ejecutivo, debe detenerse en el preciso lugar donde comienza el campo de acción que el constituyente ha reservado para que el judicial dé a cada uno lo suyo.

En el orden de ideas que se deja arriba expresado y que sobre la materia que ahora se examina fue el que inspiró lo que la mayoría de la Sala expresó tanto en el fallo a que se refiere el memorialista, como en el que ella pronunció en el juicio posesorio promovido contra la Nación por la Junta de Patronos del Colegio de Jesús, María y José, carece por completo de pertinencia la cita que hace el señor apoderado de la Nación del párrafo de la obra de Hans Kelsen; y puesto que ya se dejó expresado extensamente en ambos fallos en qué sentido entendió y entiende la mayoría de la Sala, que podía cumplir el Gobierno la Ley 77 de 1938, quizá sea de mayor actualidad aquí la siguiente cita para el caso que se contempla:

"No pueden existir los Estados modernos sin que concurren a formarlos los tres Poderes fundamentales: Ejecutivo, Legislativo y Judicial; actuando cada uno en su esfera de acción, pero

unidos en sus fines y propósitos comunes, como las aristas de las caras de una pirámide triangular, que partiendo de una base terminan en un vértice que precisa la figura geométrica. Así, como la pirámide, el Estado, levanta sobre una base que es la sociedad, sus tres Poderes, para terminar en un vértice que es el Jefe del Estado, formando la figura jurídica de Nación políticamente organizada.

"De estos tres Poderes —ya lo dijo Platón— el Judicial es el ancla del Estado. La grandeza de la República Romana se debió al Poder Judicial. Y se confirma que el Poder Judicial es el escudo que defiende a los otros Poderes, y con ello el régimen jurídico imperante, observando cómo, cuando por un golpe revolucionario se derrumba un sistema de gobierno y desaparecen los Poderes Públicos, el Judicial sigue su curso sereno y ecuánime, sorteando las dificultades para cumplir su fin primordial de defensor de los derechos que la sociedad garantiza a los individuos que se agrupan en torno a sus leyes y garantías jurídicas.

"Pero el Poder Judicial no es una persona material sino teórica, intelectual, jurídica, que sólo se manifiesta por las leyes de su creación, que le dan vida fijándole sus atribuciones, al mismo tiempo que determinan cómo debe concurrirse ante este Poder a impetrar las garantías y derechos que asegura el legislador.

"Ese conjunto de normas que fijan la organización y las atribuciones del Poder Judicial, y al mismo tiempo los procedimientos, es lo que constituye en términos generales, el Derecho Procesal. Y como estas normas aseguran a los individuos el goce de todos los derechos creados por la ley, la ciencia procesal es, respecto de las normas que constituyen el patrimonio jurídico de las personas, lo que el Poder Judicial es respecto de los otros Poderes; es decir, es el escudo, es el ancla de los otros derechos, les da vida y movimiento y hace efectivas las simples concepciones teóricas que consagran las leyes. De ahí que Del Vecchio lo haya llamado 'el derecho para el derecho'.

"La civilización moderna es el producto de la armoniosa cooperación recíproca de los hombres a lo largo de la historia, y esa armonía sólo ha podido producirse en razón de la confianza que las agrupaciones humanas tienen en la justicia garantizada por el Poder Judicial; y a su vez, la garantía que tienen los particulares respecto del Poder Judicial con las normas procesales que le fijan su esfera de acción. Podemos decir entonces que si la grandeza de la República Romana se debió al Poder Judicial y la garantía que ofrece este Poder se debe al severo cumplimiento de las leyes procesales, no es aventurado concluir que la grandeza de la civilización mo-

derna se debe al Derecho Procesal, en cuanto ha permitido que el Poder Judicial garantice en forma efectiva los derechos de los hombres y de las colectividades que han laborado en la confianza de adquirir el producto de su trabajo, recibiendo del Estado la segura defensa de su persona y de sus bienes. De ahí que don Valentin Letelier afirme categóricamente que sin el Derecho Procesal reinarian la arbitrariedad y el desconcierto." (Manuel Urrutia Salas, en la obra titulada "*Las actuales orientaciones del Derecho*. Conferencias pronunciadas por catedráticos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Edición de 1942").

Si los brillantes conceptos del autor que se acaba de citar, siempre, a través de todos los tiempos, han sido guiones luminosos, fuente segura de inspiración en los más fecundos y provechosos avances y realizaciones que el Derecho de los pueblos civilizados ha logrado conquistar, hoy, cuando gran parte de la tierra se convulsiona entre el fuego, la sangre y las ruinas de la más espantosa catástrofe de la historia invocándose las voces de libertad, derecho, igualdad, protección al débil, respeto a los organismos que las mismas naciones se han dado para tu-

telar los derechos del individuo y los de las colectividades contra el despotismo y la opresión de los fuertes, tales conceptos se actualizan con lineamientos más profundos y se imponen con mayor fuerza y realce en la conciencia de todos los hombres que desean que la vida de los pueblos discurra por los cauces serenos de un orden legal basado en la justicia, porque sólo fundada en ésta podrá encontrar la humanidad la paz y el bienestar perdurables de que tanto ha menester.

La mayoría de la Sala cree que al decidir en la forma que lo ha hecho la controversia que ha dado origen al escrito del señor apoderado de la Nación se ha ajustado estrictamente a estos principios y a sus deberes constitucionales y legales, y, por tanto, considera que no es el caso de acceder, como no accede, a lo solicitado por él en dicho escrito.

Notifíquese.

José M. Blanco Núñez, Anibal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Luis Francisco Martínez, Oficial Mayor.

SALVAMENTO DE VOTO

DEL MAGISTRADO DOCTOR ANIBAL CARDOSO GAITÁN

El suscrito Magistrado salvó su voto en la sentencia proferida por esta Sala el 2 de junio último, en el juicio posesorio respectivo venido en apelación de la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Tunja. Al hacerlo explicó que la razón para presentarlo era la de que en su concepto la Corte carece de competencia para conocer y fallar el negocio, por ser su conocimiento del resorte de la jurisdicción contencioso-administrativa, atribuida al Consejo de Estado.

Habiendo pedido el señor apoderado de la Nación algunas aclaraciones a la providencia dictada por la Sala, la solicitud se resuelve en

el auto anterior. Y como en él se hacen consideraciones sobre puntos tratados en la primera decisión, referentes al fondo del asunto, y no a la jurisdicción y competencia de la Corte Suprema, el Magistrado que suscribe está colocado, como la primera vez, en la situación, penosa para él, de tener que salvar su voto, como en efecto lo hace, pues estima que la Corte debió abstenerse de dictar aquel fallo, por falta de jurisdicción.

Anibal Cardoso Gaitán—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Acción de restitución por despojo del "Colegio de Jesús, María y José" - Existencia jurídica de la Fundación Paniagua sobre el "Colegio de Jesús, María y José" - Naturaleza jurídica de los juicios posesorios - Patronos de las Fundaciones - Interpretación de la Ley 71 de 1925.

1.—Tanto por la Ley 11, de 25 de agosto de 1886, como por la Ley 77 de 1938, se viene en conocimiento de que la "Fundación Paniagua" está vigente, que esa Fundación y el Colegio creado por ella no es un establecimiento público, sino una institución autónoma de carácter estrictamente privado, dirigida por los patronos, quienes en tal carácter son administradores de los bienes que integran la Fundación, tanto de los originarios, como de los que el Estado o los particulares le hayan cedido en el transcurso de la vida del Instituto. Siendo esto así, el amparo de posesión pedido por quienes fueron desposeídos violentamente de esa posesión, debe concederse.

2.—Conforme al artículo 979 del Código Civil, los juicios posesorios no son para definir el derecho de propiedad; en ellos únicamente se investiga el hecho de la posesión por parte del querellante con el fin de darle la protección debida, en el caso de que resulte poseedor. Habrá ocasiones, como en la presente, en que no pueda prescindirse del aspecto de propiedad, pero entonces ella se debe tener en cuenta para ilustrar el fenómeno de la posesión. En estas condiciones si el título en virtud del cual se posee, y que se exhibe además como título de propiedad, tiene apariencias de seriedad y de que no es precario, el hecho de ocupar el bien y retenerlo como propio, configura la posesión que se necesita establecer en los juicios posesorios. Se repite que en los juicios posesorios lo importante es el hecho de la posesión que alegue el demandante. El título de propiedad, cuando sea necesario, puede tenerse en cuenta no para decidir la cuestión de propiedad, sino para poder conocer la naturaleza jurídica de la posesión controvertida. Non ut de proprietate pronuntietur, sed ut de possessione bene iudicetur. Basta, de consiguiente, que una persona manifieste signos aparentes de que es

propietario, mediante la ocupación material de la cosa y la ejecución de actos de señorío sobre ella para que el Juez le dé amparo, contra cualquiera que intente ocupar también la cosa a viva fuerza.

3.—Los patronos, como representantes que son de la persona jurídica encarnada en la Fundación, son los administradores de los bienes de la entidad, la cual en derecho es la dueña y propietaria, como que sobre la masa de bienes integrantes de la Fundación en un momento dado, radica, conforme a la idea de los expositores, la personalidad moral de la institución. Los patronos son, por decirlo así, elemento transitorio y secundario en la vida de la Fundación, dada su condición de meros regentes y administradores de la entidad; no son sus dueños.

4.—Aun suponiendo constitucional la Ley 77 de 1938, que ordenó despojar de su posesión al "Colegio de Jesús, María y José", con todo no sirve para coonestar el lanzamiento por vías de hecho de ese Colegio, toda vez que la Constitución salvaguarda los derechos del poseedor. Ante la invocación de estos derechos la administración tiene que detenerse, porque el poseedor es reputado dueño mientras otra persona, incluyendo al Estado, no justifique serlo por las vías adecuadas. La Ley Fundamental de la República, a la que todas las autoridades están obligadas con superior imperio, garantiza que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. Lanzar al poseedor usando de vías de hecho sin previo juicio controvertido con el que pretende mejor derecho a la posesión, aun cuando el pretendiente sea el Estado, representa un despojo que vulnera en definitiva el canon constitucional citado.

5.—La Ley 71 de 1925 no tiene el alcance de significar, como a primera vista parece, que el Congreso reivindica para el Estado

todos los inmuebles expropiados a los institutos religiosos en épocas pretéritas, incluyendo aun aquellos sobre los cuales el mismo Estado había constituido derechos irrevocables en favor de terceros. Es claro que aquellos edificios expropiados en que terceros han adquirido algún derecho de propiedad y posesión, no pueden volver al patrimonio del Estado, del cual salieron con carácter definitivo por haberlos cedido la Nación en algún momento, por el solo mandato de la ley, la cual, envolviendo entonces el desconocimiento de derechos adquiridos, sería inaplicable por inconstitucional.

6.—La sentencia del Consejo de Estado, proferida para condenar al pago de una indemnización de dinero por virtud de la expropiación del Colegio de Jesús, María y José no puede paralizar, en manera alguna, la sentencia de la justicia ordinaria sobre amparo de posesión, como a primera vista pudiera pensarse, pues las dos jurisdicciones son distintas, el juicio administrativo nada tiene que ver con la acción posesoria, no podría interferir en la acción civil, la cual tiene sus características especiales y es de competencia del Organismo Judicial.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio dos de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El doctor Aparicio Gil, en su calidad de apoderado de la Junta de Patronos del Colegio de Jesús, María y José, de la ciudad de Chiquinquirá, instauró ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, contra la Nación, el interdicto de restitución de la posesión por causa de despojo llevado a cabo por los agentes del Estado, sobre el edificio ocupado por el Colegio, situado en la Plaza de la Libertad, de la mencionada ciudad, demarcado así: por el costado norte, con la Iglesia de la Catedral y el Convento de los Padres Dominicanos; por el costado occidental, con propiedades de los mismos Padres Dominicanos, pared de por medio; por el costado sur, con la calle 8ª; y por el costado oriental, con la Plaza de la Libertad.

La Nación, por conducto de su representante legal, el Fiscal del Tribunal de Tunja, se opuso al interdicto, negando que se hubiera consumado ningún despojo.

El juicio abrióse a pruebas, dentro de cuyo término tanto el demandante como la Nación hicieron practicar varias. Agotada la tramitación de primera instancia el Tribunal le puso término

al litigio, negando el interdicto. Uno de los Magistrados de la Sala falladora salvó su voto.

Interpuesto el recurso de apelación por el demandante, el negocio vino a la Corte, donde como está preparado para resolverlo, a ello se procede. En segunda instancia la Nación estuvo representada por un apoderado especial.

CAPITULO I

Los hechos invocados.

Resumiendo los hechos invocados con el fin de dar bases al derecho ejercitado, son:

1º Desde hace más de treinta años el inmueble mencionado ha sido poseído de manera pública y tranquila por la Junta de Patronos del Colegio de Jesús, María y José, posesión que se ha ejercido con ánimo de señor y dueño y sin extraño consentimiento, consiéndolo tal posesión en el uso del edificio para el funcionamiento del instituto, habitación del Rector, profesores, alumnos, construcción de obras materiales en el edificio y su adaptación a las necesidades del Colegio, y en que la Junta de Patronos ha dado en arrendamiento constantemente los locales del mismo edificio que dan sobre la plaza y la calle, cuyos productos ha percibido el Síndico.

2º El Colegio citado es una fundación particular, hecha por el doctor Juan Agustín Mataflana, como albacea fideicomisario del doctor Antonio Paniagua, según instrumento público otorgado en la Villa de Chiquinquirá el 8 de octubre de 1813, que debe ser gobernada por la Junta de Patronos y vivir independientemente de la potestad civil y de la eclesiástica, según la voluntad del fundador.

3º Tanto la Nación como el Departamento de Boyacá han reconocido en todo tiempo cómo legítimo propietario del inmueble a la fundación representada por la Junta Patronal, y cuando quiera que han necesitado alguna parte del edificio han contratado su arrendamiento y pagado puntualmente los respectivos cánones de los contratos.

4º El Ministro de Educación Nacional, invocando la Ley 77 de 1938, profirió la Resolución número 231, de 30 de marzo de 1939, ordenando la ocupación del edificio. En tal virtud el día 3 de abril de 1939 fue invadido de modo violento el inmueble por los señores Carlos Martínez Sánchez, Manuel J. Mesa, Antonio Mejía Jaramillo, y por los ingenieros Quiñones Neira y Perdomo, en calidad de comisionados del Ministerio; por el Comandante Luis Soler, Jefe del Cuerpo de Policía Nacional, que acompañó a los comisionados, y por sesenta individuos del Cuerpo de Policía, quienes debidamente armados, hicieron salir a profesores y alumnos, y no les

permitieron volver a entrar, no obstante las protestas del Rector del instituto y del Presidente de la Junta de Patronos.

5º La Policía y los comisionados del Ministerio colocaron cerraduras en el servicio sanitario del edificio, rompieron los candados de las aulas y salones del Colegio y construyeron una pared de ladrillo para clausurar la puerta que comunica el edificio del Colegio con la iglesia, para evitar que profesores, empleados y alumnos, pudieran gozar de esta puerta de comunicación que desde tiempo inmemorial ha servido también de entrada al Colegio.

CAPITULO II

La sentencia apelada.

No obstante las apreciaciones contenidas en los pasajes que en otro capítulo serán transcritos del fallo del Tribunal, esta entidad concluyó negando el amparo de posesión solicitada, porque en su sentir los actos demostrados, no equivalían a verdadera posesión. El Tribunal después de detenerse en la consideración de lo que son el *animus* y el *corpus*, como elementos inseparables de la posesión, y de aludir al contenido de las Leyes 11 de 1886 y 77 de 1938, referentes a la Fundación Paniagua, propone esta cuestión como fundamental en orden a desatar la discusión:

“Con estos antecedentes se debe determinar ahora si el edificio del Colegio es de propiedad de la Fundación Paniagua, como lo afirma el demandante en los hechos 17 y 18 de su demanda, o si es de propiedad nacional, y en este último caso si por medio de un acto voluntario del propietario del inmueble éste se desprendió de la facultad de ejercer sobre él los actos a que sólo da derecho el dominio, entregándose a otra persona para que a su nombre ejecutare aquellos actos, y si en estas circunstancias puede prosperar la acción posesoria instaurada.”

El Tribunal apoyado principalmente en la autoridad del informe de la comisión que estudió para segundo debate el proyecto de ley, de la que vino a ser después la 77 de 1938, cuyo contenido transcribe, y de otras consideraciones respecto del alcance principalmente de las Leyes 11 de 1886 y 71 de 1925, artículo 5º, sentó la conclusión de que el Colegio nunca ha sido dueño del edificio que ocupa y de que fue lanzado.

El Magistrado disidente salvó su voto combatiendo las ideas emitidas por la mayoría falladora.

CAPITULO III

Personería sustantiva del demandante.—Existencia actual de la Fundación Paniagua.

El día 8 de octubre de 1913, en escritura que otorgó ante el Escribano Público de la Villa de

Chiquinquirá, del Estado de Cundinamarca, el doctor Juan Agustín Matallana, clérigo domiciliario del Arzobispado y Capellán Mayor del monasterio de monjas Carmelitas de la ciudad de Santa Fé, y como albacea fideicomisario del finado doctor Antonio Paniagua, declaró: que el finado doctor Paniagua, como legítimo dueño que había sido de la hacienda de Hato Chico, situada en la feligresía del inmediato pueblo de Simijaca, por cláusula especial de su testamento bajo cuyo gobierno falleció, le había dejado al otorgante la dicha hacienda con amplia facultad de que pudiera disponer de ella y de sus usufructos en las obras pías que fuesen del servicio de Dios y que a bien tuviera el albacea; que en tal virtud había dispuesto que les quedara la hacienda en venta y a censo redimible a los antiguos arrendatarios de ella Ramón Angel y su legítima mujer Rosaura Cortés, según la voluntad del doctor Paniagua, y de acuerdo con la escritura de venta que ya había otorgado ante el mismo Escribano el 5 de agosto de 1811; que “otorga, funda e instituye a favor de este pueblo una casa pública de estudios de latinidad, de filosofía, derecho canónico y teología moral para que los estudiantes se puedan ordenar, y ésta es la que ha de llamar como arriba apunto, Casa de Estudios de Jesús, María y José, cuyo título era su voluntad se conservara, y con más razón si en algún tiempo se llegase a erigir en colegio formal de Colegiales y Rector, etc., y que para que la tal fundación no carezca del método y reglas que conforme a su voluntad deben guardarse para su existencia una vez realizado pasaba a exponerlas y eran del tenor siguiente: . . .”; que nombraba por patronos de la fundación, en primer lugar “y por primer Patrono al Alcalde de primer voto y representación de esta villa; en segundo lugar y por segundo Patrono, al señor Cura de la misma Villa; en tercer lugar y por tercer Patrono, al señor Cura de Simijaca; en cuarto, al señor Cura de Saboyá; y en quinto y último lugar al Apoderado o Procurador General de esta misma Villa”; que la fundación en su ejecución, ejercicio, nombramientos y elecciones debía ser independiente y libre de ambas potestades eclesiástica y civil; y que la ejecución y dotación de la fundación no debía empezar sino desde el día de la muerte del otorgante “desde cuyo tiempo en adelante era cuando los dichos patronos debían correr con el cobro reidual correspondiente al fondo de que ha de subsistir la dicha fundación cual era el de veinte mil pesos de principal con que la dotaba para siempre, bajo las condiciones arriba expuestas, cargados hasta ahora sobre la mencionada hacienda de Hato Chico, y sus deudores los expresados Ramón Angel y doña Rosaura Cortés.”

Aceptaron la escritura muchos vecinos principales del pueblo, quienes se obligaron por sí y los demás moradores a "poner a su costa en esta Villa la obra material de la Casa de Estudios con la capacidad que se exige para ello, y la habitación de los maestros y siendo posible a los estudiantes."

En el año de 1825 la Fundación Paniagua recibió amplio reconocimiento por parte del Gobierno y fue autorizada oficialmente para iniciar su labor. Así consta en el Decreto dictado por el General Santander el 21 de diciembre del año mencionado, publicado en la *Gaceta de Colombia* del 5 de febrero de 1826, número 225, el cual conviene transcribir en su integridad:

"DECRETO

"Francisco de P. Santander, etc., etc.

"Habiéndose presentado al Poder Ejecutivo por el Síndico Procurador de Chiquinquirá copia legalizada de la fundación particular hecha por el doctor Juan Agustín Matallana, como albacea testamentario del doctor Antonio Paniagua de una casa de estudios en la expresada Villa cuyas cátedras deben pagarse con las rentas destinadas por el doctor Matallana; y habiendo sido aceptada esta fundación por el Cabildo y vecinos de Chiquinquirá pidiendo el Síndico Procurador el permiso del Poder Ejecutivo para llevarla a efecto: he venido en decretar lo que sigue:

"Artículo 1º Por parte del Gobierno de la República no hay inconveniente en que se cumpla en Chiquinquirá la fundación de una casa de estudios que hizo el doctor Juan Agustín Matallana como albacea del doctor Paniagua en los términos y con las condiciones que expresa la escritura pública de 8 de octubre de 1813 que se llevará a efecto.

"Artículo 2º Por consiguiente se establecerán en la casa de estudios de Chiquinquirá las cátedras que dotó el fundador, que son de latinidad, de filosofía y de derecho canónico: los cátedráticos se sujetarán en la enseñanza al plan provisorio de estudios de 26 de octubre de 1820, de que se pasará copia a los patronos de la mencionada casa por conducto del Intendente del Departamento, quien cuidará de su exacto cumplimiento; la filosofía se enseñará en castellano.

"Artículo 3º El Secretario de Estado del Despacho del Interior queda encargado de la ejecución de este Decreto.

"Dado en el Palacio de Gobierno en Bogotá, a 21 de diciembre de 1825.—15º

"(Fdo.) FRANCISCO DE PAULA SANTANDER

"El Secretario del Interior,

"José Manuel Restrepo"

En el año de 1836 la institución encontrábase en plena vigencia. Así se infiere de las disposiciones legales que ese año se dictaron en relación con ella; fue la primera la declaración que formuló la Ley de 17 de mayo, consistente en que "la casa de enseñanza de la Villa de Chiquinquirá será considerada como los demás establecimientos públicos del Estado"; y la segunda, el Decreto de 9 de julio, cuyo artículo 4º dispuso aplicar para local del Colegio el edificio del convento de Chiquinquirá en que habían habitado los religiosos, ordenando en el artículo 6º que el Gobernador de Vélez le hiciera entrega del edificio al Colegio. Dicho edificio había sido expropiado por el General Santander al convento de Predicadores, por Decreto de 17 de febrero del mismo año, dictado en desarrollo de las Leyes de 6 de agosto de 1821 y 7 de abril de 1826, sobre supresión de los conventos menores.

En el año de 1855 la Asamblea de Vélez, cuya jurisdicción alcanzaba a Chiquinquirá, dictó una ordenanza sobre organización del Colegio. Pero esa ordenanza fue anulada por el Tribunal o Corte de Tunja, como contraria o violatoria de los derechos de la fundación.

En el año de 1865 la Corte Suprema Federal, integrada por José Araújo, Andrés Cerón, Marcelino Gutiérrez, José M. Rojas Garrido y Ramón Gómez, adoptó la decisión del 9 de marzo, en que también se sostuvo que el Colegio de Jesús, María y José era una institución puramente privada, sometida a las reglas de su fundador. Se trató de que los Patronos de la fundación demandaron ante la Corte la suspensión del artículo de una ley del Estado de Boyacá, "sobre instrucción primaria", disposición cuya aplicación lesionaba los derechos de la fundación. La Corte halló jurídica la demanda de los Patronos, basada en el carácter privado del instituto; fueron estos sus considerandos:

"1º Que el establecimiento de que se trata es de institución puramente privada, supuesto su fundador, el Presbítero doctor Agustín Matallana, no tuvo a bien darle otro carácter, ordenando por el contrario, en la carta que otorgara a ocho de octubre de mil ochocientos trece, que su voluntad se cumpliera en un todo, con absoluta prescindencia de las potestades civil y eclesiástica; lo que desde luego pudo disponer sin embargo de obrar como albacea testamentario del Presbítero doctor Juan Antonio Paniagua, de quien, con tal fin, según lo manifiesta en dicha escritura, recibió amplias facultades: y como además allí formuló minuciosamente las reglas sobre organización y régimen que él quiso se observasen en la ejecución de su plan, referentes a la clasificación de las materias de enseñanza, al nombramiento de empleados, a la formación de la Junta Directiva Administradora a que con-

fió el Gobierno el establecimiento, etc., etc., fácil es comprender que en cuanto a su especial modo de ser y a su marcha, no se le puede sujetar a otras leyes.

2º Que al aceptar los vecinos de Chiquinquirá esta institución creada a beneficio del pueblo, se sometieron a ciertas condiciones que quedarían sin efecto desde el momento en que cualquiera autoridad la desvirtuara dictando providencias incompatibles con las reglas prefijadas en la fundación.

3º Que al preceptuar el artículo 39 en alusión, que en adelante el Colegio de Jesús, María y José, sea regido por las disposiciones que expida el Cabildo, se tuerce la voluntad del fundador explícitamente declarada en la citada escritura de ocho de octubre de mil ochocientos trece, en cuyo caso se debe dar distinta inversión así al capital que constituye su dotación como a los réditos, de conformidad con cláusulas terminantes que se registran en ese documento, afectándose por el mismo hecho los derechos de propiedad que corresponden al instituto.

“En vista de lo expuesto, y de acuerdo con lo pedido por el señor Procurador, resuelve:

“Suspéndese el mencionado artículo 39, en la parte arriba transcrita.” Dese cuenta al Senado.

Este proyecto, después de haber sido discutido con detención, fue *aprobado unánimemente.*”

Es cierto que la anterior decisión de la Corte no mereció la aprobación del Senado de Plenipotenciarios, como lo exigía el artículo 72 de la Constitución Federal para obtener plena firmeza. No obstante, la sentencia es valiosa en cuanto enseña el concepto jurídico que unánimemente prevaleció en la más alta corporación judicial de la República en esa época, en desacuerdo con la opinión, según la cual, por virtud de la Ley granadina de 17 de mayo de 1836, ya citada, la fundación había perdido su primitivo carácter por haberse incorporado al Estado como establecimiento público. No obstante esta última respetable opinión indudablemente la razón jurídica estuvo de parte de la Corte Federal, la cual de seguro tuvo a la vista otras leyes posteriores a la de 1836, que implícitamente le devolvieron al instituto su primitivo carácter de fundación; tal, entre otras, la Ley de 17 de abril de 1855, cuyo artículo 4º declaró de competencia del Poder Municipal la dirección de la instrucción pública, pero imponiendo que “respecto de los establecimientos sostenidos por fondos especiales, esta dirección sólo se ejercerá en cuanto no contrarie la voluntad de los fundadores.” Este precepto de carácter general ordenó que en los establecimientos docentes prevaleciera la voluntad de los fundadores; lo cual equivalía a la restauración de las fundaciones antiguas, que

el Estado por leyes particulares había absorbido y puesto al nivel de los colegios e institutos oficiales por él creados, sin intervención de otras voluntades.

En el año de 1886 el Consejo de Delegatarios dictó la Ley 11, de 25 de agosto, “por la cual se determina cómo debe regirse la casa de educación de Jesús, María y José, de Chiquinquirá.” El artículo único de esta Ley dice:

“El instituto de educación de la Villa de Chiquinquirá, intitulado de Jesús, María y José, con los bienes y rentas que se conserven de los que por su origen le pertenecen y de los demás que por leyes o decretos le fueron aplicados como a Colegio de Chiquinquirá, estará a cargo de sus Patronos, y será por ellos regido y administrado, con arreglo a la voluntad del fundador.”

Esta Ley reconoció expresa y directamente al Colegio de Jesús, María y José su primitivo carácter de fundación de derecho privado, mediante la disposición de que en adelante el instituto estaría a cargo de sus Patronos siendo por ellos regido y administrado “*con arreglo a la voluntad del fundador.*” El legislador devolvió así su existencia a la Fundación Paniagua, si era que, contra lo que conceptuó la Corte Federal en el año de 1865, se estima que no se le había aún devuelto por considerar vigentes las leyes que la habían incorporado al Estado. Y esa restauración hizose sobre la base de que la fundación se componía de bienes que le pertenecían desde su origen y bienes procedentes de aplicaciones especiales que el Estado le había hecho.

Que el propósito que se persiguió con la sanción de la Ley 11 fue el expuesto, de restaurar la Fundación Paniagua, demuéstrole el sentido claro que primitivamente tenía el respectivo proyecto de ley presentado a la consideración del Consejo de Delegatarios por el doctor Jesús Casas Rojas, y que decía:

“Reconócese y declárase inviolable el derecho que la escritura de fundación, otorgada en la Villa de Nuestra Señora de Chiquinquirá, el día 8 de octubre de 1813 por el señor doctor Juan Agustín Matallana, da a los Patronos en ella nombrados para gobernar y mantener la casa de estudios de la mencionada Villa, según los estatutos allí establecidos.”

El Consejero doctor Luis M. Rubio, a quien pasó este proyecto para el estudio en segundo debate, en el informe de que fue autor, consideró que lo dispuesto en el proyecto nada objetable tenía; pero determinó darle otra redacción a la idea del doctor Casas Rojas, y que fue la que vino a quedar consagrada en la Ley 11, en atención a que, de los bienes de la fundación, según el informante, unos son de aquellos en que se hizo la fundación y otros le habían sido

cedidos por el Estado, después de la declaración hecha en 1836 de ser el Colegio público; y que como sobre estos últimos bienes podían suscitarse cuestiones de propiedad entre los Patronos de la fundación y el Departamento de Boyacá, quien podía alegar derecho sobre ellos invocando el artículo 188 de la Constitución Nacional, era incorrecto que la Ley viniese a decidir aquellas cuestiones.

Por eso la Ley 11 quedó como aparece redactada, tratando de evitar el sentido que hubiera podido dársele con la redacción primitiva, de que fallaba de hecho negativamente las pretensiones de propiedad que el Departamento de Boyacá intentase alegar sobre aquellos bienes de la fundación provenientes de aplicaciones que le hubieran sido hechas por el Congreso.

Empero, conforme a los claros términos de la Ley, resalta el sentido nitido de reconocer la fundación de acuerdo con su carácter originario, es decir, regida y administrada por sus Patronos según la mente del fundador. De consiguiente, pugna con el fin de la Ley el sentido que se le atribuye, de que al mismo tiempo que reconoció la fundación, limitó el derecho que ella pudiera tener sobre los bienes que le había cedido la Nación, a ser simple administradora de dichos bienes. La Ley habló de que a cargo de los Patronos quedaba la *dirección y administración del instituto*; pero esta expresión hay que entenderla armónica con el sentido técnico que corresponde a los vocablos *dirigir* y *administrar*, u otros semejantes, aplicados a los patronos de una fundación, que son en verdad meros administradores y regentes, del ente jurídico autónomo denominado fundación, compuesto de un conjunto de bienes predestinados a cumplir un fin especial, previsto por el fundador, entre los cuales se cuentan así los bienes originarios producto de la primitiva donación, como aquellos otros que por cualquier otra causa acrecen posteriormente a la primitiva masa de bienes.

El legislador de 1886, reconociéndole a la fundación, de manera expresa, su carácter de tal, de hecho ratificó la independencia y autonomía del patrimonio de que ella está formada, compuesto de bienes que desde su origen le pertenecen y de los demás "que por leyes o decretos le fueron aplicados." De consiguiente la Ley 11 está muy lejos de contener un mandato de administración de bienes del Estado en favor del Colegio de Chiquinquirá, entendida la Ley como debe ser, teniendo en cuenta sus términos expresos y los principios básicos que en el campo del derecho moldean la figura jurídica de las fundaciones, que son patrimonios autónomos e independientes, dotados de personalidad, su alcance es más radical, y significa que la fundación del Presbi-

tero Paniagua, compuesta en 1886 de los bienes que de origen le corresponden y de los que poseía por aplicaciones o cesiones que el Estado le había hecho, estaría bajo la administración y dirección de los patronos que el fundador había previsto.

Vino posteriormente la Ley 77 de 1938, "sobre reorganización del Colegio Público de Chiquinquirá, que ha funcionado con el nombre de *Jesús, María y José*, y sobre instrucción pública secundaria en aquel Municipio." En sus dos primeros artículos esta Ley dispuso:

"Artículo 1º Derógase la Ley 11 de 1886. En consecuencia, el Gobierno procederá a ocupar el local donde actualmente funciona el Colegio de Jesús, María y José y demás bienes que pertenecen al Estado por razón de la supresión de los conventos menores, decretada por las Leyes de 1821 y 1826, bienes que fueron destinados a la instrucción pública.

"Inmediatamente el Gobierno procederá a reorganizar el Colegio de acuerdo con la Ley. El Gobierno podrá constituir una Junta autónoma encargada de la administración de los bienes indicados, y de los demás que hayan sido asignados al Colegio por leyes especiales, bienes que en ningún caso podrán destinarse a objeto distinto del que primitivamente les señalaron las leyes de supresión de conventos menores.

"El Gobierno podrá entenderse con la Junta Patronal de la *Fundación Paniagua*, para entregarle o reconocerle lo que pueda corresponderle por el aporte de veinte mil pesos sencillos, que fueron percibidos en cuotas de mil pesos anuales, suma que fue empleada en apoyar la fundación del Colegio. Este arreglo podrá hacerse directamente o por medio de un Tribunal de Arbitramento, sin lugar a posterior aprobación del Congreso.

"Artículo 2º Sin embargo de lo ordenado por el inciso primero del artículo anterior, el Gobierno podrá llegar a un pronto entendimiento con la Junta Patronal de la *Fundación Paniagua*, a fin de aumentar el número de Patronos en tres más, nombrados por el Ministerio de Educación Nacional de ternas presentadas por el Cabildo de Chiquinquirá. La nueva Junta Patronal así constituida tendrá la administración, tanto de los bienes que puedan quedar de la *Fundación Paniagua*, como la de los de propiedad del Estado que están destinados al dicho Colegio.

"Queda también facultado el Gobierno para establecer las condiciones en que se reorganiza la Junta, dándole la estabilidad y autonomía que estime convenientes."

Esta Ley dice pues que deroga la Ley 11 de 1886. Pero de la combinación de sus preceptos resulta que su real sentido no es efectivamente el de una derogatoria, cual si se tratase de des-

conocer en absoluto la existencia de la Fundación Paniagua.

La Ley en el inciso 2º del artículo 1º y en el artículo 2º termina por reconocer la existencia de la fundación, desde que dispone que el Gobierno puede entenderse con la Junta Patronal para el efecto de reconocerle los veinte mil pesos que primitivamente invirtió el Patrono en la fundación y que los arreglos podrán hacerse directamente o por medio de un Tribunal de Arbitramento; lo cual naturalmente supone la existencia de una persona con la cual negociar.

Del contexto general de la Ley lo que resulta claro es que por medio de ella se intenta reivindicar para el Estado los bienes que éste anteriormente le había cedido a la fundación y especialmente el local donde actúa el Colegio. Basado el legislador en la idea, según la exposición de motivos del proyecto de ley, de que la mayor parte de los bienes que ocupa o posee la Fundación Paniagua, pertenecen a la Nación, intenta reincorporarlos a su patrimonio. "De todo lo expuesto —dice la exposición de motivos después de hacer la historia de la fundación— se deduce claramente que de la fundación del Colegio del doctor Matallana sólo se tomaron para el Colegio veinte mil pesos sencillos, en cuotas anuales, y que todos los demás bienes que han constituido y que constituyen hoy el haber de ese Colegio, en su mayor porcentaje, pertenecen al Estado, y en especial el local donde funciona el Colegio."

Este pensamiento de la exposición de motivos es el inspirador de la Ley y el que la explica. Bajo la idea de que el local donde actualmente funciona el Colegio de Jesús, María y José, es de propiedad del Estado, la Ley le ordena al Gobierno ocuparlo, y que proceda a reorganizar allí mismo dicho Colegio, pudiendo además constituir una Junta autónoma que se encargue de la administración de los bienes que el Congreso manda ocupar. Pero a renglón seguido de este acto de total desconocimiento de la fundación, que de haber quedado único y aislado hubiese implicado evidentemente la plena derogación de la Ley 11 de 1886, la misma Ley 77 rectifica en parte su primer mandato, cuando termina por inclinarse ante el hecho de la supervivencia de la fundación, ordenándole al Gobierno se entienda con los Patronos para el efecto de entregarles el único bien que el legislador estima le pertenece: los veinte mil pesos con que al crearla la dotó el Presbítero doctor Matallana, como fideicomisario del doctor Paniagua; disponiendo además que el Gobierno pueda en último extremo "llegar a un pronto entendimiento con la Junta Patronal de la *Fundación Paniagua*, a fin de aumentar el número de Patronos en tres más, nombrados por el Ministerio de Educación Nacional

de ternas presentadas por el Cabildo de Chiquinquirá", conseguido lo cual, es decir, el aumento del número de Patronos previstos por el fundador, entonces la orden de ocupación no se cumpliría, sino que "la nueva Junta Patronal así constituida tendrá la administración, tanto de los bienes que puedan quedar de la *Fundación Paniagua*, como la de los de propiedad del Estado que están destinados al dicho Colegio.

Es patente pues el reconocimiento que la Ley 77 hace en sus dos últimos ordenamientos de la persona jurídica conocida con el nombre de Fundación Paniagua, nacida de la escritura otorgada por el doctor Matallana el 8 de octubre de 1813. El legislador le ordena al Gobierno negociar con dicha persona tanto para ver de entregarle los veinte mil pesos que reconoce le pertenecen, como para obtener el aumento del número de patronos previstos por el fundador en el acta de constitución, en tres más nombrados por el Ministerio de Educación de ternas presentadas por el Cabildo de Chiquinquirá, con el objeto de que la nueva Junta así constituida sea la que dirija la Fundación Paniagua. No se da la orden de pactar sino con personas que tengan una existencia jurídica. Con personas inexistentes no se negocia, ni obligación alguna se conviene. Luego el legislador, mediante la Ley 77, hizo también un expreso reconocimiento de la existencia del ente jurídico autónomo consistente en la Fundación Paniagua, representado por la Junta Patronal prevista en los respectivos estatutos.

De esta manera es como se llega a la conclusión de que en realidad existe la persona jurídica de derecho privado creada en 1813 por el doctor Matallana como fideicomisario del Presbítero Paniagua, y reconocida por el Estado, consistente en el Colegio de Jesús, María y José de Chiquinquirá, representado por su Junta Patronal, quien es la que, por medio de apoderado debidamente constituido, ejercita contra el Estado la presente acción de amparo. El Estado, inclusive en la Ley 77 de 1938, reconoció la existencia de dicha persona. Nada más se necesita para adquirir el rango de persona jurídica. Está así acreditada la personería sustantiva del querrelante, como persona capaz de ser sujeto de derechos y de obligaciones.

CAPITULO IV

Los actos de posesión acreditados.

En la sentencia apelada hácese un recuento de la situación de hecho debidamente acreditada en el proceso, que la Corte halla ajustado a las pruebas, por cuya razón lo reproduce y acoge:

"I.—La acción instaurada es la restitutoria por despojo, consagrada por el artículo 982 del Código Civil.

“La parte demandante sostiene en los hechos fundamentales de la demanda que la Junta de Patronos del Colegio de Jesús, María y José de Chiquinquirá ha tenido la posesión del inmueble alinderado en el libelo desde hace más de treinta años, de manera continua, pública y tranquila, con ánimo de señor y dueño y sin extraño consentimiento; que tal posesión ha consistido ‘en el uso de tal edificio para el instituto de segunda enseñanza denominado Colegio de Jesús, María y José, habitación de profesores, Rector y alumnos, construcción de obras materiales del edificio y su adaptación a las necesidades del Colegio’; que la parte demandante ha dado en arrendamiento los locales del mismo edificio que dan sobre la plaza y la calle y cuyos cánones ha percibido el Síndico del Colegio. (Hecho 14).

“Estos actos aparecen debidamente demostrados con las declaraciones de Justo Pastor Avellaneda, Ramón Leonidas Gómez, Neftalí Villamil, José Domingo Arias Bernal, Gregorio Quiñones, Pío Alberto Ferro y otros que se leen a los folios 48 vuelto y siguientes del cuaderno número 2. Tales testigos, en sustancia, afirman que conocen el edificio alinderado en la demanda, el cual ha sido poseído por la Junta de Patronos del Colegio citado desde hace más de treinta años; que allí ha funcionado el Colegio de Jesús, María y José y que en él han habitado profesores, Rector, alumnos y otros empleados del mismo establecimiento educacionista; que la Junta de Patronos ha arrendado locales que hacen parte del edificio a varias personas, habiendo percibido los arrendamientos correspondientes. (Declaraciones y documentos pedidos como prueba y visibles a los folios 57 y siguientes del cuaderno citado).

“No hay duda pues, con base en todo el acervo de prueba recogido en el aludido cuaderno número 2, que la Junta de Patronos del Colegio de Jesús, María y José ha ejecutado los actos aludidos por más de un año hasta cuando, por orden del Ministerio de Educación Nacional, las autoridades correspondientes entraron al edificio y lo ocuparon con todas sus dependencias.

“II.—Sostiene también la parte demandante que el lunes santo, 3 de abril de 1939, ‘fue invadido de modo violento el edificio antes alinderado por los señores Carlos Martínez Sánchez, Manuel J. Mesa, Antonio María Jaramillo, y por los ingenieros Quiñones Neira y Perdomo, en calidad de comisionados del Ministerio de Educación Nacional, por el Comandante Luis Soler, Jefe del Cuerpo de Policía Nacional que acompañó a los comisionados y por sesenta individuos del Cuerpo de Policía, quienes debidamente armados se apoderaron de tal edificio; que

aquellas personas obraron por orden del Ministerio de Educación Nacional, ‘quien profirió la Resolución número 231, de 30 de marzo’ del mismo año, y que no fueron suficientes las protestas del Rector del Colegio y Presidente de la Junta de Patronos para impedir la ocupación violenta, ‘la que fue consumada contra la voluntad de éstos.’ (Hechos 5º, 6º y 7º del libelo).

“En los hechos 8º a 13 de la demanda, se afirma que las puertas del edificio fueron abiertas y que la Policía montó guardia en él, impidiendo la entrada de profesores y alumnos; que los comisionados del Ministerio de Educación hicieron salir del edificio a profesores, alumnos y Padres Dominicos, valiéndose de engaños y promesas, y luego no los dejaron entrar; que colocaron cerraduras al servicio sanitario del edificio, y que rompieron candados de las aulas y salones del Colegio y construyeron una pared de ladrillo ‘para tapar la puerta que comunica al edificio del Colegio con la iglesia’, impidiendo así que los comisionados, profesores, alumnos y empleados del Colegio ‘pudieran gozar de esta puerta de comunicación que sirve desde tiempo inmemorial como entrada al Colegio.’

“Al folio 19 y siguientes del cuaderno número 2, aparece copia, debidamente autenticada, de la Resolución número 231, de 30 de marzo de 1939, del Ministerio de Educación Nacional, en cuya parte resolutive se lee:

‘Artículo 1º Se designa al Abogado Jefe de la Sección de Negocios Generales del Ministerio y una comisión de Inspectores de segunda enseñanza, que indicará el Jefe de la Sección respectiva, para que hagan la ocupación del local donde actualmente funciona el Colegio de Jesús, María y José de Chiquinquirá, junto con los demás bienes que pertenecen al Estado por razón de la supresión de los conventos menores, decretada por Leyes de 1821 y los que provengan de donaciones o auxilios hechos a ese plantel por personas naturales o jurídicas.

‘Artículo 2º Los comisionados determinarán el modo y los medios legales de hacer la ocupación de que se trata y las autoridades administrativas les prestarán el apoyo que necesiten, especialmente el Alcalde en su carácter de Jefe de Policía.

‘Artículo 3º Los comisionados harán una minuciosa investigación de los bienes que pertenecen al Colegio en virtud de aplicaciones decretadas por el Estado o por asignaciones de otras personas jurídicas o de particulares, los ocuparán y rendirán al Ministerio un informe detallado de ello, como también de las rentas

que produzcan y de la manera de reorganizar inmediatamente el plantel.

‘Comuníquese.

‘Dada en Bogotá a 30 de marzo de 1939.

‘El Ministro (Fdo.) Alfonso ARAUJO

‘El Secretario (Fdo.), Helí Rodríguez...’

‘Los testimonios que arriba se citaron, unidos a las deposiciones de los señores Rafael Otálora, Alberto Quiñones Galán, José Domingo Arias Bernal, Luis E. Rodríguez, Campo Elías Pinzón, Antonio Sasa y otros, quienes declararon extrajudicialmente y más tarde fueron ratificados, afirman el hecho de la ocupación del edificio por parte de los comisionados del Ministerio de Educación Nacional, en asocio de las fuerzas armadas y de otros ciudadanos.

‘De otro lado, aparecen en copia en el cuaderno de pruebas número 3, las distintas comunicaciones dirigidas por el Ministerio de Educación Nacional a la Junta de Patronos del Colegio de Jesús, María y José tendientes a obtener por parte de ésta la entrega pacífica y ordenada del edificio en cumplimiento a lo dispuesto por la Ley 77 de 1938.

‘En esta forma quedan acreditados estos dos fenómenos importantes: a) Actos reveladores de posesión en el edificio por parte de la Junta de Patronos del Colegio citado por más de treinta años hasta el 3 de abril de 1939; y b) Ocupación del edificio por los comisionados del Ministerio de Educación Nacional y demás autoridades de Policía.

‘A juicio del fallador no hay controversia en el hecho de que la Junta de Patronos del Colegio de Jesús, María y José hubiera utilizado el edificio por lapso mayor de treinta años para colegio, y que hubiera también arrendado en distintas épocas y a distintas personas varios locales de dicho edificio y percibido sus arrendamientos’.

Como se ve el Tribunal reconoce que la Junta de Patronos del Colegio de Jesús, María y José ha tenido el edificio por un lapso mayor de treinta años, con destino al funcionamiento del Colegio, y además en distintas épocas en nombre propio ha dado en arrendamiento varios locales del edificio a diferentes personas, sin contradicción de nadie. Ello no es ejercer una administración o una tenencia a *non domino*, sino una posesión. El administrador recauda los productos y usufructúa la cosa para otro. El poseedor en cambio la emplea y la usa para sí, como en el caso de la Fundación Paniagua con el edificio del Colegio.

Sin embargo el Tribunal concluye que no existe la acción posesoria porque el Colegio de Chiquinquirá no es la Fundación Paniagua y por lo mismo, el edificio del Colegio, aplicado al instituto no puede considerarse como aplicado a la nombrada Fundación, y porque los Patronos han sido por lo tanto simples administradores de un bien que pertenece al Estado, quienes lo cedió al Colegio cuando éste fue declarado público en el año de 1836.

Las conclusiones del Tribunal son equivocadas. Hase demostrado que la Fundación Paniagua está vigente con expreso reconocimiento de los legisladores de 1886 y 1938. No es un establecimiento público, según la afirmación del Tribunal. Es una institución autónoma de carácter privado, dirigida por los Patronos, quienes en tal carácter son administradores de los bienes que integran la Fundación, tanto de los originarios, como de los que el Estado o los particulares le hayan cedido en el transcurso de la vida del instituto. Siendo así el amparo pedido ha debido concederse, puesto que está acreditada la posesión. Y sin que para ello sea óbice el mandato de ocupación del edificio, contenido en la Ley 77 de 1938, como adelante tendrá ocasión de comprobarse. Acreditado el hecho de la posesión se imponía la consecuencia de protegerla.

Según el artículo 979 del Código Civil en los juicios posesorios no se tomará en cuenta el derecho de dominio que por una o por otra parte se alegue. Lo que vale decir que los juicios posesorios no son un juicio para definir el derecho de propiedad; en ellos únicamente se investiga el hecho de la posesión por parte del querellante con el fin de darle la protección debida, en el caso de que resulte poseedor. Habrá ocasiones, como en la presente, en que no pueda prescindirse del aspecto de propiedad, pero entonces ella se debe tener en cuenta para ilustrar el fenómeno de la posesión. En estas condiciones si el título en virtud del cual se posee, y que se exhibe además como título de propiedad tiene apariencias de seriedad y de que no es precario, el hecho de ocupar el bien y retenerlo como propio, configura la posesión que se necesita establecer en los juicios posesorios.

Bien sabido es que la posesión, de acuerdo con nuestras normas, que son iguales a las que universalmente predominan, jurídicamente es la *tenencia* de una cosa determinada con ánimo de dueño y señor. De aquí los dos elementos que debe reunir quien se titula poseedor: contacto material con la cosa, o sea la tenencia; y señorío de ella, mediante su uso, goce y aprovechamiento. No importa que el poseedor no sea dueño; pero desde que aprehende la cosa, la usa y la aprovecha como el dueño, ya empieza a ser dueño, a

desplazar al verdadero propietario, quien en esa situación de desconocimiento práctico de su derecho carece del poder de acudir a la violencia haciéndose por sí mismo justicia, debiendo entonces apelar al apoyo de los Jueces para que le reconozcan la propiedad que otro le está usurpando.

El fundamento de los interdictos posesorios estriba en la necesidad de proteger la propiedad, dondequiera que ésta sea posible. La posesión es el signo externo de la propiedad. De consiguiente quien *tiene* bajo su poder una cosa ejercitando sobre ella el *señorio*, debe ser protegido, porque es posible que sea el dueño. La ley reputa dueño al poseedor, y si otro tiene un derecho preponderante, debe demostrarlo ante los Jueces. En manera alguna le será lícito invocar ese derecho preponderante —aun cuando en realidad lo sea— para cometer un acto de violencia arrojando personalmente de la cosa al poseedor.

Como dice Savigny, el derecho no se armoniza con la violencia; la prohíbe y la estigmatiza. Por ello nació la protección posesoria como prohibición y muro contra la violencia. La legalidad y la paz social exigen que todo individuo que ejerce de hecho un derecho debe ser mantenido en ese estado de hecho hasta que otro haya demostrado tener un derecho mejor. En el mantenimiento de este principio radica la efectividad del imperio del derecho, la conservación del equilibrio jurídico entre los distintos poderes individuales y la integridad de la paz social.

Según el alemán Ihering, para proteger al propietario precisa una norma que inevitablemente, por su misma generalidad, protege también al no propietario que se encuentra en posesión de la cosa. Pero este inconveniente no puede ser un obstáculo a la aplicación de la norma, porque la ley se consagra por la superioridad de las ventajas que trae sobre los inconvenientes que por determinados aspectos ofrece.

Todas estas ideas conviene recordarlas, con el objeto de establecer que en los juicios posesorios lo importante es el *hecho* de la posesión que alegue el demandante. El título de propiedad cuando sea necesario puede tenerse en cuenta no para *decidir* la cuestión de propiedad, sino para poder conocer la naturaleza jurídica de la posesión controvertida. *Non ut de proprietate pronuncietur, sed ut de possessione bene judicetur*. Basta de consiguiente que una persona manifieste signos aparentes de que es propietario, mediante la ocupación material de la cosa y la ejecución de actos de señorío sobre ella, para que el Juez le dé amparo, contra cualquiera que intente ocupar también la cosa a viva fuerza.

Siendo una persona jurídica de derecho privado distinta del Estado, la que poseía el edificio desde tiempo inmemorial, con ánimo de señor y dueño, los caracteres de la posesión se manifiestan de manera inconfundible. El señorío sobre el inmueble lo ejercía la Fundación Paniagua plenamente sin reconocer dominio ajeno. El Estado jamás reclamó en más de treinta años, contados desde la vigencia de la Ley de 1886, contra el carácter de dueño que la Fundación se atribuía. Ella arrendaba el edificio y lo usaba por cuenta propia, y el Estado toleró semejante aprovechamiento. Y este hecho de la posesión es perfecto, aun en la hipótesis de que el instituto fuera un establecimiento público desde 1836 en que la ley lo declaró oficial y público, hasta el año de 1886 en que recobró su independencia. Estando demostrado que el Colegio volvió en este año a tener su primitivo carácter de Fundación de derecho privado, dirigida por los Patronos que previó el fundador, sobre los bienes de la Fundación, incluyendo aquellos que el Estado le había cedido, ejercía una posesión legítima. Ya se explicó el fin y el contenido jurídico exacto de la Ley 11 de 1886, el cual por otra parte resulta claro de sus términos y conviene repetir: devolverle expresamente a la Fundación Paniagua su carácter primitivo, disponiendo que volviera, “con los bienes y rentas que se conserven de los que por su origen le pertenecen y de los demás que por leyes o decretos le fueron aplicados como a Colegio de Chiquinquirá”, al Gobierno o a la administración de sus Patronos, “con arreglo a la voluntad del fundador”. Entendiendo lo que ante los principios jurídicos representa la figura de las fundaciones, es posible también traducir dentro de las reglas de derecho, el sentido que técnicamente debe corresponder a las expresiones que empleó el legislador. De consiguiente, de acuerdo con ese sentido el Estado entregó a la Fundación, no simplemente en administración, los bienes que antes le había cedido, pues éstos, junto con los que de origen le correspondían, debían ser administrados por los Patronos del Colegio “con arreglo a la voluntad del fundador”. Y fue voluntad del fundador que el instituto tuviera como propios todos los bienes y que se gobernara con independencia de las potestades civil y eclesiástica. Bien sabido es además que los Patronos como representantes que son de la persona jurídica encarnada en la Fundación, son los administradores de los bienes de la entidad, la cual en derecho es la dueño y propietaria, como que sobre la masa de bienes integrantes de la Fundación en un momento dado, radica, conforme a la idea de los expositores, la personalidad moral de la institución. Los Patronos son, por decirlo así, elemento tran-

sitorio y secundario en la vida de la Fundación, dada su condición de meros regentes y administradores de la entidad; no son sus dueños.

No es posible alegar el mandato contenido en el artículo primero de la Ley 77 para anular la acción de amparo de la posesión que a favor del Colegio de Jesús, María y José, de Chiquinquirá, existe. Esta Ley, en efecto, ordena al Gobierno que proceda a ocupar el local donde actualmente funciona el Colegio. El legislador dio esa orden de ocupación, basado en la idea de que el inmueble referido pertenece en propiedad al Estado. Esa idea es patente en la ley; *el Gobierno procederá —dice— a ocupar el local donde actualmente funciona el Colegio de Jesús, María y José y demás bienes que pertenecen al Estado por razón de la supresión de los conventos menores.*

Sin necesidad de definir en este pleito la constitucionalidad del anterior mandato legal, y aún más, suponiéndolo correcto y por ende constitucional, con todo no sirve para cohonestar el lanzamiento por vías de hecho de su local, de que, invocando dicho mandato, fue objeto el Colegio de Chiquinquirá.

El Estado, al igual de los particulares, es libre de estimar unilateralmente que determinado bien le pertenece y concebir seriamente el propósito de recuperarlo, estando en poder de terceros. En abstracto, esa idea, que el Estado tendrá que concretar por medio de un acto revelador de su voluntad, bien sea ley, decreto o resolución gubernamental, podrá aun ser inobjetable. La orden se cumplirá en caso de que el bien efectivamente pertenezca al Estado y siempre que en su ejecución el Gobierno no encuentre obstáculos legales de tanto imperio y entidad como la misma orden de ocupación. Pero si el Gobierno, legítimo ejecutor de las órdenes del legislador, se encuentra ante un hecho, como la posesión, que otras leyes y la Constitución Nacional ordenan respetar, mientras el poseedor no sea vencido en juicio contradictorio, el Gobierno está obligado entonces a perseguir la ocupación del bien por las vías reglamentarias erigidas con mira a garantizar el derecho de propiedad inclusive contra los poderes del Estado, que en materia semejante está sometido al derecho común y despojado de facultades exorbitantes.

De consiguiente, ni aun a pretexto de cumplir la ley que ordena la ocupación de un inmueble, la Administración está en capacidad de ordenar el lanzamiento contra el particular que esté ejerciendo sobre el inmueble la posesión por tiempo necesario para obligar al Estado a con-

trovertir el dominio antes de recurrir al lanzamiento del poseedor, en fuerza de que tal orden debe entonces traducirse y ponerse en práctica según las exigencias y requisitos del orden jurídico preestablecido. Y esto es claro.

En todo Estado constitucional impera el principio de la sujeción a la ley, y de ésta a la Constitución. Este principio descansa en el hecho de que la ley deriva sus poderes de la Constitución; con lo cual se aleja la posibilidad de dejar impunes los proceder arbitraríos de las autoridades, cuyas facultades están limitadas al marco de la Ley básica. De ahí que en los Estados democráticos la competencia que esté situada más allá de los lindes de aquella Ley Fundamental, nace viciada, debiendo entonces encauzarse por los procedimientos que si estén autorizados.

Especialmente tratándose de actos que afectan a la libertad y propiedad particular, a la Administración de está permitido llevarlos a término siempre que así lo ordene una ley interpretada y ejecutada en armonía con la ley primaria, que es la Constitución. En el Estado de derecho los casos dudosos se resuelven a base de la presunción de que el particular está libre de la coacción oficial.

Por lo tanto, expedida en la Ley 77 la orden de ocupar el edificio del Colegio de Chiquinquirá, por estimar el legislador que dicho edificio pertenece en propiedad al Estado, a la administración le correspondía ejecutarla pero sin desconocer los derechos que alegara el poseedor. Ante la invocación de estos derechos la Administración tenía que detenerse, porque la Constitución los salvaguarda y protege. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona, incluyendo al Estado, no justifique por las vías adecuadas mejor derecho. La Ley Fundamental de la República, a la que todas las autoridades están obligadas con superior imperio, garantiza que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. Lanzar al poseedor usando de las vías de hecho sin previo juicio controvertido con el que pretende mejor derecho a la posesión, aun cuando el pretendiente sea el Estado, representa un despojo que vulnera en definitiva el canon constitucional citado.

Ya se ha visto que con anterioridad a la expedición de la Ley 77, la Fundación Paniagua era poseedora legítima del edificio del Colegio. En estas circunstancias la orden de ocupación del inmueble contenida en la mencionada Ley, en contacto práctico con ese hecho, protegido también por otras leyes prevalentes, impedía que se cumpliera directamente, mediante el empleo

de la violencia o vías de hecho. El respeto debido a la situación jurídica del poseedor le imponía entonces a la Administración la obligación de acudir a la autoridad judicial para ver de alcanzar, por esa vía regular, el propósito que abrigó el legislador de que se ocupara el edificio como de propiedad del Estado. La Administración, a causa y por efectos de nuestra organización política y de los postulados de derecho público en que ella se inspira, carecía de potestad para definir con autoridad y fuerza compulsoria las cuestiones de propiedad y posesión del edificio del Colegio de Chiquinquirá. De esa competencia no gozaba el Congreso ni menos el Gobierno. Le correspondía por entero al Órgano Judicial decidir si la afirmación que se hace en la Ley 77 respecto de la propiedad del edificio del Colegio de Chiquinquirá, es exacta. Por ende el Gobierno no podía darle a esa afirmación fuerza compulsoria. En el particular cabe aplicar aquí por lo pertinente la doctrina de la sentencia de Corte Plena pronunciada el 21 de febrero de 1941: "Los altos principios de equilibrio y de control dentro de los cuales se mueve todo Estado de derecho, principios recogidos y consagrados en la Constitución colombiana, impiden, que el Estado se convierta en juez y al mismo tiempo parte en los litigios de índole civil relativos a la propiedad privada con los particulares. En estos litigios las autoridades administrativas no son aptas para intervenir con autoridad de jueces, porque la Constitución les ha negado la respectiva potestad de administrar justicia fallando sobre las acciones que el Estado crea tener tendientes a modificar en su favor situaciones jurídicas preestablecidas".

Y también esta misma Sala de Negocios Generales de la Corte, en sentencia de fecha 25 de abril de 1942, publicada en la *Gaceta Judicial* números 1984 y 1985, tomo 53, página 524, dijo lo siguiente:

"La función administrativa, incluyendo en ella la que emana de los fallos jurisdiccionales del Consejo de Estado, en nuestro derecho está erigida con miras distintas de las de definir las acciones civiles provenientes de la propiedad y posesión de inmuebles. Si existe alguna materia de la atribución propia y excluyente de la justicia ordinaria es ésta. A la jurisdicción administrativa le está vedado invadirla. Para hacer lícita la intervención de los otros Órganos del Poder Público en el conocimiento y fallo de las acciones civiles, ordinarias y sumarias, sobre la propiedad y posesión de inmuebles, habría que eliminar varios preceptos de la Carta Fundamental que proclaman el principio de la separación de los tres Órganos estatales por ella reconocidos".

Además conviene recordar que en Derecho Administrativo, según ilustres tratadistas como Bonnard, Hauriou y otros, se admite que la circunstancia de que en principio el medio de ejecución del acto sea lícito y regular, no impide que degeneren en vía de hecho ilícita, cuando para emplearlo requiérese autorización previa concedida por la autoridad judicial por tener por objeto las personas o las propiedades. Pues se parte del principio de que la autorización judicial es necesaria cuandoquiera que el medio de ejecución proyectado por la autoridad consiste en ejercer la compulsión o la violencia material respecto de las personas o de las propiedades, porque la libertad individual y la propiedad deben quedar bajo la salvaguardia de la autoridad judicial; de esta manera la Administración no puede llevar la coacción material sobre las personas y sobre las propiedades sin expresa autorización de los Jueces comunes. Por ello la jurisprudencia administrativa sienta la tesis de que si la Administración procede en estos casos sin autorización previa de dichos Jueces, hay ejecución forzada por la vía administrativa, y esto constituye una vía de hecho absolutamente ilegal.

Aplicando estas científicas ideas al caso suscitado por la aplicación de la Ley 77, se tiene: esta Ley ordenó que el Gobierno ocupase como de propiedad del Estado el edificio en que funciona la Fundación Paniagua. La orden en abstracto y aisladamente considerada podría estimarse lícita, siempre que se tome como una definición unilateral y sin efectos vinculantes de ninguna clase contra terceros, del derecho de propiedad que la Nación cree tener. Pero al poner en práctica la orden el Gobierno encuentra que una persona jurídica de estricto derecho privado está poseyendo con pleno señorío de dueño el inmueble, y que se niega a entregarlo. Ante esta situación, al Gobierno, como Órgano del Estado con pretensiones de reivindicante, le obligaba elegir otro camino y acudir ante la autoridad judicial a demandar al poseedor con el objeto de satisfacer, dentro de las vías adecuadas, el propósito del legislador de que se ocupara el edificio. Como la Administración procedió en forma contraria, y pretermitiendo los conductos regulares para obtener la entrega y ocupación del edificio lanzó violentamente a la Fundación Paniagua de la posesión que estaba ejerciendo desde más de cincuenta años atrás, ese acto de fuerza es una vía de hecho vedada, equivalente a un despojo, por lo cual debe ser sancionado dándole amparo al poseedor que invoca el respectivo interdicto, con que la ley lo protege.

La Ley 71 de 1925.

El Tribunal de primera instancia invoca también como antecedente de que la posesión y propiedad del edificio del Colegio de Chiquinquirá no corresponde a la Fundación Paniagua, el artículo 5º de la Ley 71 de 1925, el cual dice:

“Artículo 5º Los edificios que por leyes o decretos del Poder Ejecutivo, fueron expropiados a institutos religiosos para el servicio de la instrucción pública, se consideran de propiedad nacional, aunque los colegios que en ellos funcionan tengan en su dirección autonomía legal. Es deber del Gobierno atender a la conservación y ensanche de tales edificios”.

Se dice, con apoyo en esta disposición, que el Colegio de Jesús, María y José, de Chiquinquirá es apenas un mero tenedor del edificio, ya que la Nación es su dueño según la declaración contenida en el precepto, que viene a confirmar el concepto de que el mencionado instituto es simple administrador del inmueble.

La ley, según el título, fue dada con el fin de disponer “la manera como debe auxiliarse la construcción de edificios para colegios de segunda enseñanza”.

Y acorde con este fin, en el artículo primero se dispone un auxilio de cien mil pesos (\$ 100.000) para ayudar a los Departamentos en la construcción, terminación y reparación de los colegios de enseñanza secundaria y profesional, suma que se ordenó distribuir por el Ministerio de Instrucción Pública equitativamente y mediante la solicitud hecha por los Gobernadores, quienes acompañarán a ella el plano del colegio que se va a construir o terminar. El artículo 2º determina la forma como se debe fiscalizar la inversión del auxilio, creando en cada colegio beneficiado una junta compuesta de las personas que el precepto menciona. El artículo 3º dispone que el adelanto de la obra queda a cargo del Director General de Instrucción Pública de cada Departamento, quien rendirá al Ministerio informes mensuales detallados acerca de la cantidad de material gastado, costo, nómina de empleados y obreros, etc. El artículo 4º le otorgó al Ministerio de Educación la facultad de escoger los colegios que deberían auxiliarse de entre aquellos que se estaban construyendo o merecían inmediata reparación. Y el artículo 5º formula la declaración que se dejó transcrita.

El espíritu de la Ley es en su conjunto el fomento de la educación de segunda enseñanza mediante el auxilio decretado para la construcción, terminación y reparación de los edificios en que funcionaban muchos institutos. Ese auxilio debía darse tanto a los establecimientos cos-

teados con fondos departamentales, como a los sostenidos con sus propios recursos. Ello se desprende del propio texto de la Ley, que no hace excepciones, lo mismo que del informe de la Comisión que estudió en la Cámara el respectivo proyecto, en el que se lee: “Con esta medida se atiende a una necesidad evidente, como es la de terminar o mejorar los edificios dedicados a la educación de la juventud, que no podrían atender a ello *con sus propios recursos* o con los de los Departamentos”.

Cónsono con el fin indicado se redactó el artículo 5º transcrito. La misma Comisión informante de la Cámara dijo respecto de este artículo lo siguiente: “El honorable Senado introdujo dos artículos al proyecto original del citado Ministerio, consistentes esos dos artículos en hacer notar que los edificios que por leyes o decretos del Poder Ejecutivo fueron expropiados a institutos religiosos se consideraran *como de propiedad nacional*. Habría podido no figurar la mencionada disposición en el proyecto, y siempre lo hubiera vuestra Comisión recomendado a vuestra ilustrada consideración; *y siempre habrían quedado los edificios expropiados en la situación en que hoy se hallan*; sin embargo no obsta que se consigne tal artículo, *pues ni perjudica al proyecto ni al orden de cosas existente*”.

De consiguiente, en la intención con que se formuló el artículo 5º nada trascendental ni nuevo se dispone. El orden de cosas existente no varía. No se persiguió el propósito de crear una especie de título de propiedad en favor del Estado. Se intentó únicamente situar en el mismo plano de igualdad los edificios expropiados a los religiosos para el servicio de la instrucción pública con los de propiedad del Estado para el único efecto de atender a su conservación y ensanche necesarios. Nada más. Y así tiene además que interpretarse la disposición por dos motivos fundamentales, el primero nacido del texto mismo de la disposición y el segundo de orden constitucional, a saber:

El artículo, a la par que dispone de los edificios mencionados se consideran de *propiedad nacional*, agrega que no obsta a eso el que los colegios que en ellos funcionan “**TENGAN EN SU DIRECCION AUTONOMIA LEGAL**”. Luego desde que el mismo ordenamiento reconoce que algunos de tales edificios pueden estar bajo el dominio de institutos autónomos, es decir, con personería legal (y el concepto es obvio que comprende así a los llamados establecimientos públicos, personas jurídicas de derecho público, como a las instituciones de utilidad común, que tienen un origen privado); es porque está limitando el objeto y alcance con que se emplea

la expresión PROPIEDAD NACIONAL, que no es el de significar, como a primera vista parece, que el Congreso reivindica para el Estado todos los inmuebles expropiados a los institutos religiosos en épocas pretéritas, incluyendo aun aquellos sobre los cuales el mismo Estado había constituido derechos irrevocables en favor de terceros.

Por otra parte, los principios constitucionales también fuerzan la indicada limitación. Porque es claro que aquellos edificios expropiados en que terceros han adquirido algún derecho de propiedad y posesión, no pueden volver al patrimonio del Estado, del cual salieron con carácter definitivo por haberlos cedido la Nación en algún momento, por el solo mandato de la ley, la cual envolviendo entonces el desconocimiento de derechos adquiridos sería inaplicable por inconstitucional. De esta manera el artículo 5º de la Ley 71 entendido con un alcance general, resulta ineficaz en cuanto con el precepto se trate de regular y definir situaciones jurídicas concretas como la creada alrededor del edificio en que funciona la Fundación Paniagua, entidad moral autónoma que desde antes de la Ley adquirió la posesión y por ende todos los derechos que de ahí emanan, los cuales salvaguarda la Carta Fundamental en el sentido de que no pueden ser amenguados ni vulnerados por leyes nuevas.

Está plenamente acreditado que la Fundación Paniagua es legítima poseedora, en la extensión jurídica del vocablo, por lo menos desde el año de 1886. En estas condiciones no podría ser la voluntad del Congreso cristalizada en una ley, la que tuviese la virtud de arrebatarle los derechos adquiridos con anterioridad sobre el inmueble, el cual considerado desde el punto de vista de la propiedad del Estado pertenecería al grupo de sus bienes fiscales, susceptibles de ser por él enajenados como bienes sometidos al derecho común; no se trataría, por su naturaleza, de un inmueble de uso público, inenajenable e imprescriptible, según lo son los de esta clase.

CAPITULO V

Los perjuicios.

Como no se ha demostrado en el presente juicio el monto de éstos y el artículo 982 del Código Civil establece que el que injustamente ha sido privado de la posesión tendrá derecho a que se le restituya con indemnización de perjuicios, ha de condenarse al pago de éstos *in genere*, para que su monto se fije con arreglo al artículo 553 del Código Judicial.

CAPITULO VI

Competencia del Organó Judicial para conocer de la presente acción posesoria.

El estudio contenido en el proyecto de sentencia sobre este negocio fue terminado por el ponente y registrado en la Secretaría de la Sala desde el mes de febrero del año próximo pasado. (Véase folio 36 vuelto del cuaderno número 7). La demora en discutirlo se explica por el cúmulo, magnitud y complejidad de los asuntos adscritos a la Sala de Negocios Generales, que forman un conjunto de los más variados y graves problemas de derecho civil, administrativo y constitucional, que literalmente la agobian. Discutiéndose el proyecto, el Consejo de Estado profiere una sentencia con fecha 12 de mayo del año en curso destinada a resolver el juicio administrativo que allí se instauró por parte de la Fundación Paniagua con el objeto de reclamar contra el Estado el daño proveniente de la ocupación del edificio del Colegio. Dicha acción administrativa es la que anteriormente a la vigencia del nuevo Código Contencioso-Administrativo autorizaba la Ley 38 de 1918. Esta Ley, cuyo principio inspirador fue consagrado también por el nuevo estatuto general de la jurisdicción contencioso-administrativa, Ley 167 de 1941, decía:

“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”.

El Consejo de Estado en la citada sentencia decidió así la acción promovida por la Fundación:

“La Nación está obligada a pagarle al Colegio o Casa de Estudios de Jesús, María y José, de Chiquinquirá, representada por su Junta de Patronos, la suma de treinta mil pesos (\$ 30.000), por la expropiación que llevó a cabo del edificio del antiguo Convento de la Orden de Santo Domingo.

“Para verificar el pago de que trata el punto anterior, será condición indispensable que la Junta de Patronos del Colegio o Casa de Estudios de Jesús, María y José otorgue escritura pública, debidamente registrada a favor de la Nación, sobre tradición del dominio del inmueble expropiado, con todas sus anexidades, por los linderos que se determinan en el número sexto de los hechos de la demanda”.

Como podría pensarse que este fallo del Consejo de Estado tenga la virtud de paralizar o afectar de algún modo la acción posesoria que hoy decide la Corte, conviene examinar brevemente ese punto, con lo cual se aclara una situación que para algunos puede presentarse oscura.

La acción decidida en el Consejo de Estado tiene su propia finalidad, que no es otra que la de que la Nación pague los daños que causa con las expropiaciones de hecho y con las cuales el Estado se beneficia y enriquece. Por eso la sentencia del Consejo se limita a reconocer el valor del bien que se supone expropiado por estar actualmente en poder de la Nación. El proceso administrativo fallado no versó pues sobre una acción posesoria; se trató simplemente de una acción personal, destinada a obtener indemnización por el valor de ciertos daños: aquellos que redundan en provecho de la Nación. De consiguiente, el juicio administrativo nada tiene que ver con la presente acción posesoria. No podría interferir en la acción civil posesoria, la cual tiene sus características especiales y es de competencia del Órgano Judicial. Porque de interferir, sería para paralizar la actividad jurisdiccional de los Jueces comunes en el conocimiento y fallo del juicio posesorio. Y eso es inadmisibles desde todo punto de vista, pues es cosa indiscutida que la jurisdicción contencioso-administrativa no alcanza a las controversias sobre la propiedad y la posesión, ni aun frente al Estado, conforme ya está visto en el capítulo IV de esta sentencia, en donde se citaron fallos de esta Corte sobre el particular. Y para ilustrar más esta tesis, que es hoy la doctrina jurisprudencial de la Corte, conviene transcribir otros párrafos de la misma sentencia de esta Sala de Negocios Generales, de fecha 25 de abril de 1942, dictada en el juicio posesorio promovido contra el Estado, sobre determinadas minas de oro del río Telembí, sentencia de la cual se tomó un párrafo en el capítulo anterior; y ahora se completa la transcripción así:

"Ideas que por lo demás son postuladas en el derecho público de otros pueblos de más perfecta organización jurídica. La doctrina francesa cuyas orientaciones ha tratado de seguir la ley colombiana en el establecimiento de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, proclama que toda controversia que encarne la discusión de un derecho de posesión o de propiedad con el Estado; o que tienda a reparar las consecuencias de la privación de un derecho de propiedad privada, impuesta por la Administración Pública en interés público, corresponde decidirla al Poder Judicial. Y refiriéndose Appleton en su tratado de Derecho Admi-

nistrativo, concretamente a los litigios relativos a la posesión, dice que siendo estos litigios entre los particulares y la Administración de la misma naturaleza de los que se traban sobre la propiedad, comoquiera que es con el objeto de mejor proteger la propiedad que se protege la posesión, la jurisprudencia sostiene que la competencia le corresponde al Poder Judicial. Apunta luego dicho autor: *'Se admite por otra parte que los Tribunales judiciales son competentes, aun en presencia de una excepción de dominio público opuesta en nombre del Estado para ordenar que se vuelva a poner en posesión al poseedor expulsado o perturbado con violencia y vías de hecho por los agentes del Estado con el pretexto de que el inmueble litigioso depende del dominio público; la restitución en efecto puede ser intentada aun por un simple detentador incapaz de prescribir.'*"

La exposición que se deja copiada fue luego prohijada expresamente por la Sala de Negocios Generales en otro fallo en juicio posesorio dictado en la misma fecha del anterior y publicado en el mismo tomo 53 de la *Gaceta Judicial*, número 1986, página 724.

Aún más: la Sala Civil de Única Instancia de la Corte ratificó las mismas ideas, reproduciéndolas, en sentencia de fecha 2 de diciembre del año próximo pasado (*Gaceta Judicial*, tomo 55, números 1993-95, página 170), dictada en el juicio ordinario promovido por la Nación contra The Anglo Colombian Development Company Limited.

Ni en los fallos de la Sala de Negocios Generales, ni en el de la Civil de Única Instancia, en la cual intervinieron Magistrados de la de Casación, además de dos Conueces de la Corte, que no son miembros permanentes de ella, uno de los cuales es además reputado como de nuestros mejores profesores universitarios de Derecho Público, y constitucionalista de fama, se registraron votos disidentes.

CAPÍTULO VII

La sentencia.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada dictada en este juicio posesorio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, y en su lugar decreta:

1º Concédese el amparo de posesión solicitado por la Junta de Patronos del Colegio de Jesús, María y José, de Chiquinquirá, respecto del edificio en que el Colegio venía funcionando hasta

el día en que fue despojado por la Nación. En consecuencia, la Nación deberá restituir, en el término ordenado en el artículo 880 del Código Judicial, a la Fundación Paniagua, representada por la respectiva Junta Patronal, la posesión que ésta ejercía sobre el edificio de la ciudad de Chiquinquirá, situado en la plaza de La Libertad, costado occidental, y demarcado así: por el costado norte, con la Iglesia de la Catedral y el Convento de los Padres Dominicanos; por el costado occidental, con propiedades de los mismos Padres Dominicos, pared de por medio; por el costado sur, con la calle octava (8ª); y por el costado oriental con la plaza de La Libertad.

En caso de resistencia a la entrega se procederá como lo indica el precepto citado.

2º Condenase a la Nación a pagar a la entidad demandante los perjuicios causados por el despojo del citado inmueble. El monto de tales perjuicios se determinará por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial.

3º No se hace condenación en costas por ordenarlo así el artículo 576 del Código Judicial.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en el próximo número de la *Gaceta Judicial*.

José M. Blanco Niñez, Anibal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Luis Francisco Martínez, Oficial Mayor.

SALVAMENTO DE VOTO

DEL MAGISTRADO DOCTOR ANIBAL CARDOSO GAITAN

Una razón obliga al suscrito Magistrado a salvar su voto en el precedente fallo, con el respeto debido a sus ilustrados colegas: la de que a su juicio el Órgano Judicial, en este caso la Corte, carece de jurisdicción para conocer de juicios posesorios como el que se decide en el anterior fallo, por corresponder de modo privativo a las entidades de la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento.

Esta aseveración, chocante a primera vista con el tradicional concepto de que son las autoridades del Órgano Judicial las que tienen a su cargo el pronunciamiento en controversias en que se discute sobre la posesión y la propiedad de inmuebles, encuentra sin embargo sólido fundamento jurídico en las nociones y principios, y en reglas escritas del derecho administrativo, que realiza una notable evolución en el mundo contemporáneo.

Desde antes de expedirse el Código Administrativo vigente (Ley 167 de 1941), ya la Ley 130 de 1913, orgánica de esa jurisdicción, en sus artículos 18, 78 y 80 disponía que el Consejo de Estado conocía privativamente de los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones de los Ministros del Despacho Ejecutivo, por ser ilegales o *lesivas de derechos civiles*, correspondiendo a lo primero la acción pública y privada de la anulación por exceso de poder, y a lo segundo la acción privada de plena jurisdicción. Posteriormente la Ley 80 de 1935 ratificó y amplió tal jurisdicción para decidir sobre el restablecimiento del derecho civil violado mediante un acto de la Administración. Y en el imperio de esas normas constitutivas de jurisdicción se dieron otras, como la Ley 38 de 1918, que expresamente asigna a la jurisdicción administrativa el

conocimiento y decisión de los pleitos de particulares contra entidades públicas por causa de expropiación de zonas para ferrocarriles. Hoy, expedido el Código que se contiene en la Ley 167 de 1941, la facultad de conocimiento y el poder de decisión son amplísimos en orden al restablecimiento del derecho privado quebrantado por un acto de la Administración y para indemnizar los daños que con ello se ocasionen. Los artículos 67, 68, 69 y 70 del Código mencionado son de una claridad que no admite duda alguna sobre el establecimiento de una jurisdicción privativa y especial "contra los actos de la Administración", como así lo denomina el Capítulo VII del Título I, preceptos que establecen que la persona que se crea lesionada en un derecho suyo *establecido o reconocido por una norma de carácter civil* podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho. Y al hacerlo los organismos contencioso-administrativos pueden llegar hasta *establecer disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas*; finalmente, que el restablecimiento del derecho aprovechará tan sólo a quien hubiere intervenido en el juicio y obtenido declaración a su favor.

Con base en esas atribuciones privativas y especiales los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado han venido desatando jurisdiccionalmente controversias suscitadas entre particulares y entidades públicas, por actos de la Administración. A este género de asuntos pertenece el negocio a que se refiere la sentencia que da lugar a este salvamento de voto, pues fue planteado ante el Consejo de Estado y decidido por él en fallo proferido por tan alta entidad el día 12 del mes en curso.

Es uno solo el hecho que dio origen a dos demandas que se presentaron al Consejo de Estado, sobre nulidad de una resolución administrativa que dispuso ocupar el local del edificio donde venia funcionando el Colegio de Jesús, María y José, de Chiquinquirá e indemnización de daños en propiedad ajena por esa ocupación, y a dos juicios por despojo adelantados en esta Sala de Negocios Generales de la Corte, uno de ellos el que se resuelve con la anterior sentencia. Tal hecho lo constituye el acto de desposesión llevado a efecto por agentes de la autoridad, en el inmueble mencionado, con respecto a sus ocupantes los Reverendos Padres de la Comunidad Dominicana (ordinales 9º y 10 de los hechos expuestos en la demanda).

El Consejo de Estado, haciendo uso de su jurisdicción privativa, y considerando que "el Estado está obligado a indemnizarle (a la Casa de Estudios o Colegio de Jesús, María y José, de Chiquinquirá) *la expropiación de hecho y los daños causados*", administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, condenó a la Nación *al pago del valor del edificio* del antiguo convento, estimado en la cantidad de treinta mil pesos (\$ 30.000). La presente sentencia de la Corte, después de estudiar los mismos hechos, condena a la Nación *a restituir* a la Comunidad Dominicana el inmueble relacionado en el libelo.

No entra el suscrito Magistrado a conceptuar sobre tan manifiesta desarmonía entre dos decisiones, ambas jurisdiccionales, de los Organos más altos de las dos jerarquías, para expresar su parecer acerca de la fundamentación jurídica de sus mandatos. Pero sí le sirve ella para elevarse a la consideración abstracta y general de estos conflictos jurisdiccionales.

El fallo anterior de la Corte se basa en las normas ordinarias sobre competencia, que atribuyen a los Jueces comunes el conocimiento de las acciones por despojo. El del Consejo de Estado, en la jurisdicción especial que le otorgan las normas ya citadas del Código Contencioso Administrativo.

No es natural contribuir a que esa situación caótica y contradictoria que resulta del ejercicio simultáneo de la jurisdicción judicial y de la contencioso-administrativa se acentúe. Al contrario, parece que es un deber de las propias entidades que con sus fallos puedan llegar a producir el choque jurisdiccional, el que hagan lo que esté en sus medios para evitarlo.

Estima el suscrito Magistrado que la Corte Suprema de Justicia debe reconocer la evolución que el derecho administrativo colombiano ha operado dentro del dominio que antes fue exclusivo del derecho civil y que sirvió para

organizar la jurisdicción judicial como única para desatar controversias sobre derechos civiles de los particulares, comprendiéndose en esa regla general los que resultasen de la pugna entre intereses opuestos de éstos y los de la administración manifestados en actos de las autoridades. Cuando no existía la jurisdicción contencioso-administrativa todas esas diferencias se desataban por la sola jurisdicción existente que lo era la judicial. Mas la creación de organismos especiales a los cuales se adscribió el conocimiento y decisión de los litigios a que se hace referencia sacó de la jurisdicción común tales controversias para situarlas en el campo donde actúan los funcionarios del Organismo Contencioso Administrativo. El proceso que siguió dicha evolución culminó en el Código de 1941, cuyas disposiciones en lo pertinente se han examinado. Expedido ese estatuto no hay ya duda sobre el poder jurisdiccional de los Tribunales Administrativos y del Consejo de Estado para desatar privativamente tales pleitos en forma definitiva.

La penetración que el derecho administrativo viene haciendo en la esfera que antes correspondía al derecho civil tiene sus fundamentos de orden técnico, que no es preciso examinar extensamente en este salvamento de voto. Algunos de esos motivos ya se han dejado entrever en la presente exposición. Pero puede decirse, sin riesgo a exagerar, que ese fenómeno de incursión del derecho administrativo en el derecho civil, y en las instituciones jurisdiccionales que antes le eran peculiares, es un hecho que se registra generalmente en todas las legislaciones y que se reconoce como avance necesario y benéfico en las relaciones del derecho público con el derecho privado.

Cuando ocurra el quebrantamiento de un derecho privado por acto de la Administración es lo natural que los órganos que tienen el poder de anular ese acto o de modificarlo, restablezcan el derecho violado (artículos 67 y 69, Ley 167 de 1941), pues la ley quiere que de esas relaciones entre la autoridad y el lesionado conozcan Jueces especiales. Tal conocimiento, por la naturaleza de su objeto, es privativo, y comprende el poder de adoptar las medidas propias para el restablecimiento de los estados jurídicos preexistentes. De esta suerte, las acciones similares a las contencioso-administrativas, protectoras de los derechos privados, establecidas en la legislación ordinaria y contempladas por el aspecto de la competencia de los funcionarios, deben ceder el campo a las normas especiales que regulan la jurisdicción para las controversias entre entidades públicas y los particulares afectados por actos de ellas.

Con esta premisa y las otras consideraciones ya hechas, es oportuno observar que al admitir ese hecho la Corte Suprema no haría en modo alguno un desconocimiento arbitrario de las reglas de nuestro derecho positivo que consagran la competencia del Organó Judicial en los juicios por despojo, normas que siguen rigiendo para todos los demás casos de particulares entre sí que buscan en ellas el amparo de sus derechos, sino que reconocería, para los litigios entre esos particulares y las autoridades públicas, la jurisdicción que la ley establece especialmente.

No se piense que al hacer tal reconocimiento de la jerarquía privativa del Consejo de Estado se proclama el sometimiento a ella del Organó Judicial. Este no puede revisar las providencias del Organó Contencioso Administrativo, ni éstas pueden entorpecer el ejercicio de la jurisdicción que pertenece a los Jueces comunes. Principios que han de informar no solamente la actitud que asuma la Corte en un caso concreto, sino que en opinión del Magistrado que esto escribe, han de servir de norma para que cuandoquiera que ocurran o puedan ocurrir tales conflictos de las dos jurisdicciones, el Organó Judicial se inhiba de conocer, declarando, en obediencia a la ley, que la competencia le corresponde a los organismos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Es verdad, como se anota en la anterior sentencia, que hay numerosas decisiones de ésta y de otras Salas de la Corte en las cuales se ha dicho que las cuestiones sobre posesión de inmuebles solamente pueden ser desatadas por el Organó Judicial. Mas a ello cabe observar que los Tribunales Contencioso-Administrativos son órganos de la administración de justicia, en cuanto la ejercitan, como lo hace el Organó Judicial. Una y otra jurisdicción tienen su origen en el poder del Estado, y son manifestaciones de su soberanía. No hay por tanto razón esencial alguna que se oponga al conocimiento con jurisdicción de los organismos contencioso-administrativos en casos de la naturaleza del que se examina.

Hay tan sólo una separación del trabajo decisorio jurisdiccional, que no existía antes de

crearse la jurisdicción contencioso-administrativa. Con este criterio para esa separación: las lesiones del derecho privado emanadas de actos de la Administración pertenecen al conocimiento de los Tribunales Contencioso-Administrativos; las lesiones del derecho privado, que no tengan ese origen, aunque de ellas haya de responder una entidad pública, corresponden en su conocimiento al Organó Judicial.

Y no ha desatado el Consejo de Estado una acción personal, como así lo afirma la sentencia, sino que ha ido mucho más lejos. No solamente se ha pronunciado sobre la posesión de un inmueble —a lo que se limita la presente decisión de la Corte— sino que se ha fallado sobre el dominio del inmueble, declarando que pertenece al Colegio o Casa de Estudios de Jesús, María y José, y condenando a la Nación a pagarle su valor. En el parecer de quien salva su voto, este fallo hace tránsito a cosa juzgada, y mal podría pretenderse desconocer su fuerza o imperio mediante una acción de dominio ante el Organó Judicial.

Aquel fallo condenó al demandado a pagar la cantidad de treinta mil pesos (\$ 30.000) como valor del edificio. ¿Cabría acaso pensar que las partes, o una de ellas, pudiesen intentar en los Tribunales judiciales una modificación del *quantum* fijado como valor del inmueble, para aumentarlo o disminuirlo? No parece que tal cosa pueda hacerse, pues si así fuese, la decisión del Consejo de Estado sería provisional, transitoria, mientras se dictara la definitiva; tesis de imposible aceptación si se tiene en cuenta que la ley le confiere al Consejo la facultad de decisión sin condiciones, para que desate las demandas correspondientes en fallos que deben cumplirse compulsoriamente.

En el caso particular del juicio por despojo que se falla en la anterior sentencia el Magistrado que suscribe salva su voto, porque considera que dicha sentencia no ha debido pronunciarse, y que en cambio era procedente, por las razones expuestas, la declaración de inhibitoria de la Corte.

Anibal Cardoso Gaitán.—Luis Francisco Martínez, Oficial Mayor.



No se aclara la sentencia anterior—Competencia de la Corte para conocer de acciones posesorias contra la Nación—Posesión de buena o de mala fe.

1º La jurisdicción contencioso-administrativa se originó como consecuencia lógica y necesaria del principio elemental en que se basa todo Estado constitucional, como el nuestro, de la separación de los tres Organos del Poder Público. Desde que se reconoce la independencia entre la rama administrativa o Poder Ejecutivo, y la rama judicial, se impone la creación de Jueces especiales, con poder de decisión suficiente, que conozcan de la legalidad de los actos del Ejecutivo de carácter propiamente administrativo, con el fin de que esos actos se sustraigan del conocimiento de los Jueces comunes. La jurisdicción contencioso-administrativa se distingue de la jurisdicción ordinaria o del Poder Judicial, en que es especial.

2º Los Tribunales Administrativos son una verdadera rama del Poder Ejecutivo; son la rama consultiva o pasiva de la administración en contraposición de la rama activa o gubernamental de la misma Administración. Por tal causa se ha dicho que la potestad decisoria de los Tribunales Contencioso-Administrativos representa la aptitud legal que tiene la Administración o Poder Ejecutivo para revisar sus propios actos y calificar su legalidad. El Poder Ejecutivo vuelve así sobre sus actuaciones y por medio de funcionarios especiales pertenecientes a la misma rama, investidos por la ley de autoridad decisoria jurisdiccional, las modifica, anula o confirma. No por eso puede decirse que los Tribunales Contencioso-Administrativos sean también funcionarios del Organismo Judicial del Poder Público, y que para los efectos de resolver un conflicto de derecho entre un particular y la Administración da lo mismo que lo desate un Juez común o un Juez administrativo, cualquiera que sea la materia de controversia, porque de todos modos la decisión es judicial. Con el criterio de que todo asunto en que haya intervenido un funcionario del Estado debe ser fallado por los Jueces administrativos, no habría surgido la necesidad

de crear en Francia el Tribunal de Conflictos, para dirimir las competencias suscitadas entre el Poder Judicial y el Poder Contencioso-Administrativo, y en Colombia sobrarían los artículos 38, segundo miembro del ordinal primero del Código Judicial, y 147 de la Ley 167 de 1941, que establecen la regla de que en los conflictos jurisdiccionales por razón de competencia de atribuciones entre el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia la decisión de ésta prevalece.

3º El problema jurisdiccional no debe plantearse mirando esencialmente a lo que diga o deje de decir la justicia administrativa. En el caso planteado de si la justicia ordinaria tiene jurisdicción para conocer privativamente de las acciones posesorias promovidas por la Junta de Patronos del Colegio de Jesús, María y José, de Chiquinquirá, contra el Estado, ya dijo la Corte que sí la tiene y que no hay para qué hablar de fallos administrativos que hayan definido la propiedad y la posesión. De manera que si en sentir de alguna persona, la sentencia del Consejo de Estado que ordena el pago de lo expropiado contradice la de la Corte que manda restituir el inmueble al poseedor, la sentencia judicial prefiere en su cumplimiento a la de índole administrativa, la que se vuelve inoperante, por razón de la primera, que hace nula cualquiera decisión que le sea contraria, según terminantes normas sustantivas. La sentencia administrativa debe cumplirse en tanto no estorbe el resultado de la actividad legal y constitucional del Organismo Judicial, que actuó en su propio y privativo campo.

4º La calificación de posesión de buena o de mala fe es extraña a los juicios posesorios por despojo, en los cuales no se necesita darle calificación jurídica, de buena o de mala fe, al acto constitutivo del despojo. Se juzga el hecho objetivamente considerado, y encontrándose que se usurpó la posesión de un tercero, ello es suficiente a fundar el amparo posesorio. Para los efec-

tos de la restitución y de los perjuicios consiguientes nada influye la intención dolosa con que el usurpador haya procedido; con dolo o sin dolo, la obligación de restituir no se amengua, como tampoco aumentan o disminuyen los perjuicios indemnizables, pues la cuantía de ellos debe corresponder a los que efectivamente se hayan causado. El grado de responsabilidad penal en un despojo lo califican los Jueces penales; al Juez civil incumbe exclusivamente la responsabilidad civil derivada del acto que ha desconocido una posesión.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio quince (15) de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El apoderado especial de la Nación en el presente juicio posesorio, decidido en firme por sentencia de segunda instancia pronunciada por la Corte el día dos de junio próximo pasado, apoyándose en el artículo 482 del Código Judicial, eleva un memorial en que solicita que se aclaren conceptos de dicho fallo.

Dos son los puntos capitales de aclaración que estudia el peticionario: el uno relacionado con la competencia de la justicia ordinaria para conocer de las acciones posesorias contra la Nación; y el otro tocante al punto de que se defina si la Nación condenada a restituir es poseedora de buena o de mala fe.

Aun cuando la sentencia podrá adolecer de cualquier otro defecto, menos de expresar conceptos o contener frases que ofrezcan oscuridad, lo cual sería motivo sobrado para desechar sin más razones el pedimento, con todo quiere la Corte aprovechar la ocasión que se le presenta para agregar algunas observaciones, a modo de ampliación de las ya emitidas, con el fin de rectificar ciertas ideas equivocadas y anticonstitucionales, que de lograr prosperar e imponerse, sembrarían ellas sí, tremendo caos en el derecho colombiano, por la gravedad de sus consecuencias que irían directamente a minar la estructura institucional de la propiedad privada que, juntamente con la de la familia, son los dos pilares en que se asienta la organización jurídica de la sociedad colombiana.

I

La competencia del Organismo Judicial para conocer de las acciones posesorias contra el Estado.

El esfuerzo principal del memorialista se dirige a contradecir las ideas contenidas en el capítulo VI del fallo, en que la mayoría de la

Sala sentenciadora afirmó y demostró su competencia, e implícitamente la del Tribunal Judicial de Tunja, que falló el negocio en primera instancia, en orden al conocimiento de la acción posesoria.

El memorialista sabe o debe saberlo, por la lectura misma del artículo 482 del Código Judicial, que su contrarréplica carece de resultados prácticos en este proceso; y esto aun en la hipótesis de que sus observaciones fuesen ciertas. Sin embargo revive la discusión sobre el punto de la competencia, ya resuelto de manera definitiva e irrevocable en favor de la justicia ordinaria. Lo que quiere decir que él también comprende, y así lo deja traslucir en su alegato, que la discusión es puramente académica, sin repercusiones sobre lo que está ya resuelto.

La mayoría falladora comprende que es un tanto desacostumbrado que acepte discusiones de esa índole. Empero, lo interesante del tema, y la extrañeza que en el ánimo de esa mayoría han producido no tanto las tesis del Personero de la Nación, muy naturales en quien representa los intereses de una de las partes y en quien por primera vez —por lo menos en este juicio— se ocupa del problema que ahora inoportunamente suscita, como las del señor Magistrado que salvó su voto en la sentencia por estimar que el negocio pertenece a la índole de lo contencioso-administrativo, contra lo que antes había sostenido y defendido ampliamente en negocios similares, en que también se opusieron sentencias del Consejo de Estado para detener el juzgamiento por la Corte de acciones posesorias, lévanla a aceptar esta inoportuna y extemporánea discusión, porque así podrá recordar algunos hechos y añadir otras observaciones, que justificarán aún más ante los lectores libres de toda prevención la conducta de la Corte en el negocio posesorio por ella fallado, si es que esa conducta no está ya ampliamente respaldada en la misma sentencia, como lo cree la mayoría.

Englobando las razones del salvamento de voto y las del señor abogado de la Nación, que en su escrito de aclaración no hace más que ampliar aquéllas, se las contesta mejor, porque con tal método se desenvuelven con unidad y armonía las ideas de la mayoría de la Sala.

La sentencia profirióse sobre la base fundamental de que se llenaba en el caso de autos el presupuesto procesal de la competencia de la autoridad judicial ante la cual propúsose el ejercicio de la acción. Esa competencia existía *ab initio*; por ello la Corte en el curso del juicio y antes de dictar el Tribunal la sentencia de primer grado, pudo decidir el incidente de apelación contra un auto interlocutorio dictado inmediatamente después de haberse notificado la

demanda por el Tribunal *a quo*. La Corte conoció entonces del recurso, sin reparo de ninguno de los Magistrados de la Sala. Aceptó implícitamente que a la justicia ordinaria se le atribuía el conocimiento de la acción posesoria. Nadie observó que la Corte y el Tribunal *a quo* adelantaban un proceso nulo por carencia de jurisdicción.

Pero no es esto sólo. La Corte, después de la vigencia de todas las leyes que en Colombia hanse expedido, orgánicas de la justicia administrativa, siguió conscientemente conociendo y fallando los interdictos posesorios seguidos contra el Estado provenientes de actos de desposesión llevados a cabo por autoridades administrativas, y que por recurso de apelación llegaron aquí para ser decididos en la segunda instancia.

Se dirá que en todos esos casos la Corte no advirtió, ni hubo quien se lo advirtiera, que el régimen de atribuciones que implícitamente aceptara, había sufrido cambio radical, en fuerza de los nuevos conceptos legales imperantes sobre la materia.

Sería imperdonable descuido que la Corte, la corporación más alta de la jerarquía judicial, a quien hay que suponerle perspicacia suficiente para desentrañar el sentido de las leyes nuevas y abundantes conocimientos acerca de las modernas orientaciones del derecho, porque siempre la han integrado juristas de selección, hubiera dejado pasar varios lustros, desde el año de 1913, en que se promulgó el primer estatuto regulador de la justicia administrativa; o desde la expedición de la tan citada Ley 38 de 1918; o siquiera a partir de la Ley 80 de 1935 que introdujo el contencioso de plena jurisdicción; sin caer en la cuenta de que a mérito de alguna de estas reformas legales o por causa de todas ellas había variado el régimen de competencia de las acciones posesorias y de dominio invocadas contra el Estado —Nación, Departamentos y Municipios— basadas en la imputación de usurpaciones de la posesión sobre bienes de particulares, llevadas a cabo por funcionarios públicos; y que como secuela necesaria tampoco subsistía ya el clásico juicio ordinario tendiente a reivindicar contra el mismo Estado la propiedad privada de bienes de que la autoridad se apodere empleando el uso de la fuerza y la violencia.

Empero, afortunadamente la Corte no ha incurrido en el descuido de abandonar el examen de sus atribuciones, o mejor de las atribuciones de la llamada justicia ordinaria, frente a las leyes nuevas orgánicas de la justicia administrativa y en lo tocante a juicios posesorios. Mucho antes de que la Corte conociera del posesorio promovido por la Junta de Patronos del Colegio de Jesús, María y José, de Chiquinquirá,

decidido por la sentencia anterior, cuya aclaración se pide, ya los mismos Magistrados que suscriben este auto tuvieron oportunidad de estudiar juntos, por muchos días y en repetidas y largas conferencias privadas entre ellos, igual problema de competencia al que ahora se propone; y fruto de aquellas largas deliberaciones de los tres Magistrados fueron las dos sentencias de la Sala de Negocios Generales fechadas ambas el 25 de abril del año próximo pasado, de una de las cuales fue ponente el doctor Cardoso Gaitán, sentencias de donde se tomaron los párrafos doctrinarios que se transcribieron en la sentencia dictada en este juicio. El problema jurisdiccional que se planteó en aquellos dos juicios tuvo entonces mayor gravedad; porque mediaban sentencias del Consejo de Estado, definitivas y ejecutoriadas, que declaraban válidas y ajustadas a la ley las resoluciones gubernamentales que ordenaron ejecutar los actos violatorios de la posesión que luego sirvieron de base para proponer los interdictos posesorios. Sin embargo la Sala, compuesta, se repite, por los mismos tres Magistrados que suscriben la presente providencia, no halló que las decisiones del Consejo de Estado tuvieran fuerza para impedir que la justicia ordinaria conociera de las acciones posesorias originadas en hechos ejecutados por autorización de resoluciones administrativas confirmadas por el Consejo de Estado, y concedió los amparos de posesión solicitados por los demandantes. En las dos sentencias en mención se consignó el siguiente postulado, ampliamente demostrado luego:

“Para la Sala las sentencias del Consejo de Estado no pueden ser obstáculo a que los Jueces ordinarios ejerzan la función que constitucional y legalmente les corresponde de manera privativa y exclusiva de decidir, si una persona tiene la posesión de un inmueble y debe ser amparada en esa posesión. Está pues la Corte en desacuerdo con la tesis del señor Procurador, y a ello mueven las consideraciones que van en seguida.”

La firmeza, claridad y unidad de criterio con que entonces procedió esta Sala e inspiró la jurisprudencia anterior, son de consiguiente manifiestos; sin embargo al confrontarse ahora un problema semejante derivado de los dos juicios posesorios promovido el uno por la Junta de Patronos del Colegio de Jesús, María y José, de Chiquinquirá, fallado en la sentencia precedente, y el otro por la Comunidad Dominicana, reviviese una discusión que ya parecía terminada, pues el salvamento de voto del Magistrado disidente no es otra cosa que una impugnación a la tesis jurisprudencial que él antes contribuyera a fundar, y que representa además una aplicación práctica de los principios en que se

inspiró la sentencia de Corte Plena de fecha 21 de febrero de 1941 —*Gaceta Judicial*, tomo 50, página 660— con cuyas tesis estuvo también conforme el expresado Magistrado. Respetando, como la mayoría respeta, las opiniones de tan eminente y sabio jurista, siente la necesidad de referirse también a ellas, porque la mayoría de la Sala insiste en considerar que la tesis propugnada en el salvamento contraría más que la ley, los principios supremos derivados de la Constitución Nacional.

Se transcriben los párrafos esenciales del salvamento:

“Es uno solo el hecho que dio origen a dos demandas que se presentaron al Consejo de Estado, sobre nulidad de una resolución administrativa que dispuso ocupar el local del edificio donde venía funcionando el Colegio de Jesús, María y José, de Chiquinquirá e indemnización de daños en propiedad ajena por esa ocupación, y a dos juicios por despojo adelantados en esta Sala de Negocios Generales de la Corte, uno de ellos el que se resuelve con la anterior sentencia. Tal hecho lo constituye el acto de desposesión llevado a efecto por agentes de la autoridad, en el inmueble mencionado, con respecto a sus ocupantes los Revendos Padres de la Comunidad Dominicana (ordinales 9º y 10º de los hechos expuestos en la demanda).

“El Consejo de Estado, haciendo uso de su jurisdicción privativa, y considerando que el Estado está obligado a indemnizarle (a la Casa de Estudios o Colegio de Jesús, María y José, de Chiquinquirá, la *expropiación de hecho y los daños causados*’, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, condenó a la Nación al pago del valor del edificio del antiguo convento, estimado en la cantidad de treinta mil pesos (\$ 30.000). La presente sentencia de la Corte, después de estudiar los mismos hechos, condena a la Nación a *restituir* a la Comunidad Dominicana el inmueble relacionado en el libelo.

“No entra el suscrito Magistrado a conceptuar sobre tan manifiesta desarmonía entre dos decisiones, ambas jurisdiccionales, de los Organos más altos de las dos jerarquías, para expresar su parecer acerca de la fundamentación jurídica de sus mandatos. Pero si le sirve ella para elevarse a la consideración abstracta y general de estos conflictos jurisdiccionales.

“El fallo anterior de la Corte se basa en las normas ordinarias sobre competencia, que atribuyen a los Jueces comunes el conocimiento de las acciones por despojo. El del Consejo de Estado, en la jurisdicción especial que le otorgan las normas ya citadas del Código Contencioso-Administrativo.

“No es natural contribuir a que esa situación caótica y contradictoria que resulta del ejercicio simultáneo de la jurisdicción judicial y de la contencioso-administrativa se acentúe. Al contrario, parece que es un deber de las propias entidades que con sus fallos puedan llegar a producir el choque jurisdiccional, el que hagan lo que esté en sus medios para evitarlo.

“Es verdad, como se anota en la anterior sentencia, que hay numerosas decisiones de ésta y de otras Salas de la Corte en las cuales se ha dicho que las cuestiones sobre posesión de inmuebles solamente pueden ser desatadas por el Organó Judicial. Mas a ello cabe observar que los Tribunales Contencioso-Administrativos son órganos de la administración de justicia, en cuanto la ejercitan como lo hace el Organó Judicial. Una y otra jurisdicción tienen su origen en el poder del Estado, y son manifestaciones de su soberanía. No hay por tanto razón especial alguna que se oponga al conocimiento con jurisdicción de los organismos contencioso-administrativos en casos de la naturaleza del que se examina.

“Hay tan sólo una separación del trabajo decisorio jurisdiccional, que no existía antes de crearse la jurisdicción contencioso-administrativa. Con este criterio para esa separación: las lesiones del derecho privado emanadas de actos de la Administración pertenecen al conocimiento de los Tribunales Contencioso-Administrativos; las lesiones del derecho privado, que no tengan ese origen, aunque de ellas haya de responder una entidad pública, corresponden en su conocimiento al Organó Judicial.”

La distinción entre la jurisdicción ejercida por los Jueces comunes o Poder Judicial y la que compete a los Tribunales Contencioso-Administrativos, obedece a principios más sustanciales y científicos que los que puede ofrecer el concepto de que solamente se trata de “una separación del trabajo decisorio jurisdiccional.” En efecto.

Es ya una idea vulgar por su repetición constante entre todos los tratadistas que la jurisdicción contencioso-administrativa se originó como consecuencia lógica y necesaria del principio elemental en que se basa todo Estado constitucional, como el nuestro, de la separación de los tres Organos del Poder Público. Desde que se reconoce la independencia entre la rama administrativa o Poder Ejecutivo, y la rama judicial, se impone la creación de Jueces especiales, con poder de decisión suficiente, que conozcan de la legalidad de los actos del Ejecutivo de carácter propiamente administrativo, con el fin de que esos actos se sustraigan del conocimiento de

los Jueces comunes. La jurisdicción contencioso-administrativa se distingue así bien de la jurisdicción *ordinaria* o del Poder Judicial, en que es *especial*. “La justicia administrativa —dice Barthélemy— no es una desmembración de la jurisdicción judicial. Es el órgano jurisdiccional con que el Poder Ejecutivo impone a la administración el respeto del derecho. Los Tribunales Administrativos no arrebatan el papel de la autoridad judicial: son una de las formas en que se manifiesta el ejercicio de la autoridad administrativa.”

Según esto los Tribunales Administrativos son una verdadera rama del Poder Ejecutivo; son como dice Hauriou, la rama *consultiva* o *pasiva* de la Administración en contraposición de la rama *activa* o gubernamental de la misma Administración.

Por tal causa con razón se ha dicho que la potestad decisoria de los Tribunales Contencioso-Administrativos representa la aptitud legal que tiene la administración o Poder Ejecutivo para revisar sus propios actos y calificar su legalidad. El Poder Ejecutivo vuelve así sobre sus actuaciones y por medio de funcionarios especiales pertenecientes a la misma rama, investidos por la ley de autoridad decisoria jurisdiccional, las modifica, anula o confirma.

Hablando con propiedad no se puede decir por eso que los Tribunales Contencioso-Administrativos sean también funcionarios del Órgano Judicial del Poder Público, y que para los efectos de resolver un conflicto de derecho entre un particular y la Administración da lo mismo que lo desate un Juez común o un Juez administrativo, cualquiera que sea la materia de controversia, porque de todos modos la decisión es judicial. Para llegar a semejante confusión no habría valido la pena de los esfuerzos que se han hecho dentro de la organización de los Estados para crear un poder autónomo, distinto e independiente del Poder Judicial, que tenga sus propias y específicas atribuciones confinadas a un campo especial. Ni la confusión daría lugar a ningún conflicto de jurisdicción entre los Jueces comunes y los administrativos. Pues bastaría decir que todos los conflictos entre la Administración y los particulares, sin ninguna excepción, deben ser fallados por los segundos no importa su naturaleza, comoquiera que desde que el derecho se reclama del Estado por causa de alguna gestión de sus funcionarios, el negocio toma la índole de administrativo, porque es en actos de la Administración que se origina. Con este criterio en Francia no habría surgido la necesidad de crear el Tribunal de Conflictos, para dirimir las competencias suscitadas entre el Poder Judicial y el Poder Contencioso-Administrativo, y en Colombia sobrarían

los artículos 38, segundo miembro del ordinal primero del Código Judicial, y 147 de la Ley 167 de 1941, que establecen la regla de que en los conflictos jurisdiccionales por razón de competencia de atribuciones entre el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia la decisión de ésta prevalece. Sabido es que los conflictos obedecen a que tanto en Francia como en Colombia, por causa de la estructura constitucional del Estado, y en fuerza de la organización democrática, que salvaguarda la propiedad privada y la libertad individual contra todos, incluyendo el mismo Estado, hay materias reservadas al conocimiento del Poder Judicial, como son las concernientes a las acciones posesorias y de propiedad de los particulares contra el Estado, que no pueden ser definidas sino por fallos emanados de los Jueces comunes, y en manera alguna por los Jueces administrativos: al ejercer los Tribunales judiciales y los Contencioso-Administrativos sus respectivas atribuciones, se encuentran zonas de competencia no bien claras y definidas, y entonces surge el respectivo conflicto jurisdiccional, que en Colombia por mandato expreso de la ley lo define, con fuerza de verdad legal, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

En la sentencia anterior dijose que el proceso administrativo fallado por el Consejo de Estado no versó sobre una acción posesoria de derecho común; y que la decisión de dicha entidad tuvo su propia finalidad, distinta de la de definir si quienes invocaban la posesión eran merecedores a que se les amparara en ella.

Contra esto argumenta el salvamento de voto, diciendo que el Consejo de Estado sí decidió una acción posesoria, y aún más “se ha fallado sobre el dominio del inmueble declarando que pertenece al Colegio o Casa de Estudios de Jesús, María y José y condenando a la Nación a pagarle su valor. En el parecer de quien salva su voto, este fallo hace tránsito a cosa juzgada, y mal podría pretenderse desconocer su fuerza o imperio mediante una acción de dominio ante el Órgano Judicial.”

Con la misma fecha de la sentencia anterior de la Corte, dictada en el posesorio de la Junta de Patronos del Colegio de Jesús, María y José, de Chiquinquirá, contra la Nación, por despojo del edificio del Colegio, la Sala decidió también en segunda instancia otro juicio posesorio promovido por persona distinta, la Comunidad Dominicana de Chiquinquirá, contra la Nación, por despojo de cosa también distinta: unos locales adyacentes a la iglesia Catedral y colindantes con el edificio del Colegio. Este segundo fallo lo redactó el Magistrado doctor Blanco Núñez en calidad de ponente en ese juicio. Dicha sen-

tencia tampoco obtuvo el asentimiento del Magistrado doctor Cardoso Gaitán, alegando exactamente las mismas razones de cosa juzgada e incompetencia de la justicia ordinaria, por razón del fallo del Consejo de Estado, que aduce en el salvamento de voto que figura en este juicio.

Pues bien. La sentencia del Consejo de Estado se refiere únicamente al Colegio o Casa de Estudios de Jesús, María y José, y versó exclusivamente también sobre el edificio del Colegio. Allí no quedó comprendida la Comunidad Dominicana ni los locales por ella reclamados personalmente. Además la Corte tampoco conoce ningún fallo del Consejo de Estado al respecto, pronunciado en juicio administrativo entre la Comunidad Dominicana de Chiquinquirá y la Nación.

Sin embargo, el doctor Cardoso Gaitán, en el segundo de los juicios mencionados definidos por la Corte afirma con nitidez que la Corte tampoco pudo desatar la acción posesoria por existir cosa juzgada emanada de fallos decisivos del Consejo de Estado, y que al dictar la sentencia, no obstante eso, se ha producido "una situación caótica y contradictoria."

Es que el problema jurisdiccional no debe plantearse mirando esencialmente a lo que diga o deje de decir la justicia administrativa. La cuestión es más radical y estriba esencialmente en la solución del siguiente interrogante, que ya fue contestado afirmativamente en la sentencia: ¿tiene o nó jurisdicción legal y constitucional la justicia ordinaria para conocer privativamente de las acciones posesorias promovidas ante ella por la Junta de Patronos del Colegio de Jesús, María y José, de Chiquinquirá, y la Comunidad Dominicana, respectivamente?

Si la tiene, y la Corte ya definió con fuerza inapelable que la tiene, no hay para qué hablar de fallos administrativos que hayan definido la propiedad y la posesión. De manera que si en sentir de alguna persona, la sentencia del Consejo de Estado que le ordena a la Nación pagar \$ 30.000 por haber expropiado el edificio del Colegio de Chiquinquirá, contradice la de la Corte que ordena por virtud del ejercicio de la acción posesoria restituir el inmueble al poseedor, la sentencia judicial prefiere en su cumplimiento a la de índole administrativa, la que se vuelve inoperante, por razón de la primera, que hace nula cualquiera decisión que le sea contraria, según terminantes normas sustantivas. La sentencia administrativa debe cumplirse en tanto no estorbe el resultado de la actividad legal y constitucional del Organó Judicial, que actuó en su propio y privativo campo.

Y que el Organó Judicial actuó en su propio campo, sin invadir ajenas jurisdicciones lo pregonaba antes que la ley la Constitución Nacional, la cual debe servir de norte y guía para fijar el alcance de la ley. Cuando el sentido de las leyes es confuso o se presta a efectuar deducciones que directa o indirectamente atenten contra la "ley de leyes" hay que abandonar esas deducciones, y encuadrar las aplicaciones de la norma dentro del marco de aquélla.

Así la interpretación que se le dé a la Ley 38 de 1918, hoy reemplazada por las respectivas disposiciones del Capítulo XXII, del nuevo Código Contencioso Administrativo, en el sentido de que por virtud de esa Ley desaparecieron frente al Estado las acciones comunes de dominio y posesión de los particulares, conforme a la estructura el Código Civil, originadas en actos de desposesión llevados a cabo por las autoridades del Estado—Nación, Departamento o Municipio— cualquiera que sea la naturaleza de esos actos y el carácter de la propiedad invadida, es un desconocimiento de los principios constitucionales.

Porque a eso equivale la afirmación de que la Ley 38 de 1918 o cualquiera otra, al darle al Consejo de Estado competencia para conocer de las expropiaciones de hecho llevadas a término por autoridad, sin previa sentencia judicial, privó a los Jueces comunes de jurisdicción para conocer de los litigios sobre posesión y propiedad de los bienes irregularmente ocupados.

Si ese fue el alcance con que se dictó la mencionada Ley, la mayoría de la Sala tendrá que recortárselo.

En efecto. En Colombia está ampliamente salvaguardada la propiedad privada, inclusive contra las incursiones del Estado. El Estatuto Fundamental en el particular es terminante. Sus ordenamientos están concebidos en términos imperiosos. "Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título", principia diciendo el artículo 26 de la Codificación. Y luego previene: "Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante *sentencia judicial* e indemnización *previa*".

Y luego como si fuera todavía poco, el constituyente prescribe en el artículo 30: "*En caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial y no ser previa la indemnización*". En el expresado caso la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, ya para atender a las necesidades de la guerra, ya para destinar a ella sus

productos, como pena pecuniaria impuesta a sus dueños conforme a las leyes”.

El constituyente desplegó pues redoblado celo en expresarse de modo de no dar margen a que la ley pudiera imponer expropiaciones sin *previa indemnización y mandato judicial*. Y prohibió que las autoridades administrativas, en tiempo de paz, le arrebataran al Poder Judicial el derecho de juzgar sobre la necesidad de una expropiación.

Disposiciones tan completas y terminantes no se pueden desconocer por vía directa o indirecta. La violación indirecta, el rodeo para conseguir un fin vedado, es un fraude a la ley tan inadmisibles como el camino directo de la violación.

Las ocupaciones de hecho de la propiedad privada, llevadas a cabo por la autoridad, no se justifican sino en contadas excepciones y por motivos apremiantes de utilidad pública, como cuando no hay otra vía para *continuar* una obra pública, amenazada de paralización, por ejemplo una carretera, un ferrocarril. Entonces quizá sea, hasta cierto punto, lícito ocupar y luego indemnizar el daño.

Pero cuando se está fuera de estas urgencias, cuando no existe de por medio una situación excepcional, las ocupaciones de hecho llevadas a cabo por la autoridad son una flagrante violación de la propiedad privada reconocida en la Constitución, y eso conduce a que el propietario no pueda perder, por el hecho de la ocupación, sus acciones comunes de dominio y posesión ante la justicia ordinaria, porque si así no fuera, se contemplaría el caso de la extinción de derechos legítimamente consolidados por efecto necesario de vedadas usurpaciones.

Se podrían hacer más abundantes consideraciones, pero para los efectos de este auto es suficiente lo dicho:

De consiguiente, aquí como en Francia, por imperio de principios comunes de derecho público, más que por el alcance de leyes que se toman en un sentido literal, alejado de las normas básicas, rige el principio de que “los Tribunales judiciales son competentes, aun en presencia de una excepción de dominio público opuesta en nombre del Estado para ordenar que se vuelva a poner en posesión al poseedor expulsado o perturbado con violencia y vías de hecho por los agentes del Estado con el pretexto de que el inmueble litigioso depende del dominio público.” (Appleton, citado ya en la sentencia anterior).

Principio que por lo demás inspira un alegato presentado por el peticionario doctor Gonzalo Vargas Rubiano a la Sala Plena de la Corte, con motivo de la demanda de inconstitucionalidad de algún decreto ejecutivo.

En ese alegato, que aparece incluido en un folleto intitulado *Las aguas ante el Derecho Positivo Colombiano*, por el doctor Bernardo Uribe Holguín, páginas 99 a 101, el doctor Vargas Rubiano se refiere a la sentencia de 25 de abril, de que tanto se ha hablado en este auto y en la sentencia anterior, en los siguientes términos: “No está por demás anotar que la doctrina de este alegato sobre separación de los Organos del Poder Público; sobre incompetencia de la Administración para fallar controversias de índole civil; sobre imposibilidad para la misma entidad *de hacerse justicia directamente sin recurrir previamente a los Jueces* (subraya la Corte); etc., acaba de ser expuesta, con fecha 25 de abril del presente año, en la sentencia de esa honorable corporación que desató el juicio posesorio instaurado por el señor Julio del Castillo contra la Nación.

“Me permito reproducir los siguientes apartes del citado fallo:.....”

En seguida transcribe el memorialista los apartes del fallo que se transcribieron en la sentencia anterior, junto con la cita que en la misma sentencia se hizo de la doctrina de los Tribunales franceses, compendiada por el tratadista Appleton.

Entonces, si el doctor Vargas Rubiano acepta las tesis de la sentencia del 25 de abril de 1942, pronunciada en el juicio posesorio de minas del río Telembi, instaurado por el señor Julio del Castillo, ¿por qué razón combate la aplicación de las mismas tesis a un caso más sencillo aún, consistente en que el Gobierno sin recurrir a los Jueces comunes ocupó un edificio de propiedad privada, alegando ser suyo?

Si en tratándose de las minas del río Telembi, el poseedor no perdió la acción civil posesoria ante los Jueces comunes, y eso que mediaba sentencia del Consejo de Estado declarando válida la resolución administrativa, que ordenaba la desocupación de las minas a quien alegaba ser poseedor, ¿a mérito de qué excepción la Junta Patronal del Colegio de Jesús, María y José, de Chiquinquirá, ha perdido ella sí, la acción civil posesoria ante los Jueces comunes que como a poseedora del edificio le compete?

Parece que la excepción no podrá crearse por virtud de que el Gobierno tomó a viva fuerza el edificio.

Eso equivaldría a la doctrina de la irrevocabilidad de los hechos consumados, aun contrarios a la ley.

Por lo demás quien lea la mencionada sentencia de 25 de abril de 1942, *Gaceta Judicial* números 1984 y 1985, tomo 53, páginas 518 a 538, y la compare con el caso resuelto en la sentencia anterior, podrá juzgar imparcialmente si la Corte podía dejar de aplicar las doctrinas de aque-

lla sentencia al caso de la acción posesoria promovida por el Colegio de Jesús, María y José, de Chiquinquirá.

Porque sólo hay esta diferencia entre los dos casos: que el actual es más sencillo, sin las complicaciones del anterior.

II

Posesión de buena o de mala fe.

Se solicita la aclaración del fallo para que se diga si la Nación es poseedora de buena o de mala fe.

Esta pretensión es inoportuna, comoquiera que desde que a la Nación se le ordena restituir al poseedor, es porque se reconoce que ella carece de una posesión que le dé derecho a retener.

Por otra parte lo concerniente a la calificación de posesión de buena o de mala fe, es extraño a los juicios posesorios por despojo, en los que no se necesita darle calificación jurídica, de buena o de mala fe, al acto constitutivo del despojo. Se juzga el hecho objetivamente considerado, y encontrándose que se usurpó la posesión de un tercero, ello es suficiente a fundar el amparo posesorio. Para los efectos de la restitución y de los perjuicios consiguientes nada influye la intención dolosa con que el usurpador haya procedido; con dolo o sin dolo, la obligación de restituir no se amengua, como tampoco aumentan o disminuyen los perjuicios indemnizables, pues la cuantía de ellos debe corresponder a los que efectivamente se hayan causado.

Por eso son impertinentes y fuera de lugar las consideraciones del peticionario sobre la distinción entre lo ilícito penal y lo ilícito civil, con el ánimo de que la Corte diga si se cometió un acto criminalmente culposo.

El grado de responsabilidad penal en un despojo lo califican los Jueces penales. Al Juez civil incumbe exclusivamente la responsabilidad civil derivada del acto que ha desconocido una posesión.

III

Conclusión.

En consecuencia, habiendo tenido competencia plena la Corte, para dictar la sentencia cuya aclaración se pide, en virtud de la cual la Nación debe restituir a la Junta de Patronos del Colegio de Jesús, María y José, de Chiquinquirá, el edificio del Colegio, esa sentencia tiene la fuerza de una verdad legal, y es deber ineludible de todos atenerse a la resolución judicial, sin que su cumplimiento y ejecución pueda detenerse por otros pronunciamientos.

Por tal razón, no hay nada que aclarar en la sentencia dictada, quedando así negada la aclaración pedida por el representante de la entidad demandada.

Notifíquese y publíquese este auto en el próximo número de la *Gaceta Judicial*.

José M. Blanco Núñez, Anibal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Luis F. Martínez, Oficial Mayor.

AMPLIACION DEL SALVAMENTO DE VOTO

DEL MAGISTRADO DOCTOR ANIBAL CARDOSO GAITAN

Debe referirse el suscrito Magistrado, con alguna extensión, a varias de las observaciones que sus distinguidos colegas en la Sala, doctores Arturo Tapias Pilonieta y José M. Blanco Núñez, formulan en la aclaración precedente. Y al hacerlo obra con el aprecio y respeto muy sinceros que les profesa, fundados en el reconocimiento de sus probadas capacidades y de su autoridad eminente de juristas, para darle toda su importancia al contenido de sus interesantes apreciaciones.

El salvamento de voto que ahora se amplía tuvo por base la convicción en quien lo suscribe de que a la Corte Suprema de Justicia, y en general al Organismo Judicial, no le corresponde fallar en asuntos de la clase del que motivó la providencia dictada por la Corte respecto a la posesión del edificio del Colegio de Jesús, María y José, de Chiquinquirá. Y que por tratarse de las consecuencias de un acto administrativo, el de desposeimiento del dicho edificio y su aplicación a fines de utilidad pública, los presuntos lesionados debían ejercitar, como ejercitaron efectivamente, la vía contencioso-administrativa para la defensa de sus derechos, mas no la judicial, en virtud de atribuciones claras que confieren el conocimiento y decisión al Consejo de Estado.

La aclaración del fallo plantea dos cuestiones: una doctrinaria, de interés general evidente y de resultados prácticos, sobre jurisdicción y competencia respecto de ciertos asuntos que envuelven controversia y que emanan de actos administrativos; y otra, menos importante, pero que no por ello carece de interés, y es la de una posible modificación de criterio, frente a estos problemas jurídicos de competencia, en el Magistrado que esto escribe.

De ambos tópicos trata la presente ampliación, que comprende dos partes, cada una destinada al desarrollo de la materia correspondiente.

I

Siguiendo el orden que lleva la ampliación del fallo han de contemplarse las distintas argumentaciones que allí se hacen.

a) Dicese que sería imperdonable descuido de la Corte, a la que hay que suponer informada de las leyes nuevas y de las modernas orientaciones del derecho, haber dejado pasar varios lustros, desde el año de 1913 en que se expidió el primer estatuto regulador de la justicia administrativa, hasta las más recientes leyes pertinentes a la materia, sin notar que por causa de esas reformas había variado el régimen de competencia de las acciones posesorias y de dominio invocadas contra el Estado y basadas en la imputación de usurpaciones de la posesión sobre bienes particulares, llevadas a cabo por funcionarios públicos, y de que por lo mismo no subsistía ya el clásico juicio ordinario tendiente a reivindicar contra el Estado la propiedad de bienes de que la autoridad se apodere empleando la fuerza y la violencia.

Este primer argumento, deducido de la autoridad que merecen las decisiones de un mismo género⁵, producidas a través de un largo lapso por la Corte Suprema, al fallar controversias sobre posesión surgida de actos administrativos, y que suponen haber aceptado la Corte su competencia para desatarlas, no es todo lo valedero que al primer examen parece; porque, de una parte, se anota la falta de un pronunciamiento directo sobre la cuestión de la competencia, la que en muchos fallos de aquellos a que implícitamente se alude no se contempló, sino que se dio como admitida, sin análisis; y de otra parte, la rectificación que la propia Corte actual ha hecho en otros capítulos de la jurisdicción y competencia, que venía también atribuyéndose la Corte ilegalmente desde el propio año citado de 1913, están indicando que tal razón de autoridad no ha de ser suficiente, ni lo ha sido, para persistir en una interpretación de las atribuciones del Consejo de Estado y de la Corte Suprema, si dicha interpretación no es jurídica.

El propio señor Magistrado doctor Arturo Tapias Pilonieta, redactor de la sentencia a que se refiere la aclaración, le prestó a la Administración de Justicia un servicio destacado, cuando por obra de su docta ponencia la Corte declaró, por primera vez después de 1913, que a la luz de la ley orgánica de la jurisdicción contencioso-administrativa expedida en aquel año y de

otras leyes complementarias, al Consejo de Estado le corresponde, y no a la Corte Suprema, fallar privativamente sobre las reclamaciones que los particulares puedan intentar contra providencias administrativas que declaran una obligación a cargo de un funcionario de manejo, y que se extiende también a sus fiadores; y que después, en el juicio ejecutivo para el cobro de la suma deducida no se puede proponer toda clase de excepciones, pues las más pertinentes a la obligación deben plantearse ante la jurisdicción contencioso-administrativa y desatarse por ella. La Corte venía conociendo indistintamente de todo género de excepciones, y eso no fue óbice para que ella cambiara en el fallo ya mencionado, y lo reiterara así ulteriormente, una doctrina que había sido aplicada, como lo expresa la aclaración, "por los juristas de selección que han formado la Corte y que dejaron pasar, por varios lustros, desde el año de 1913", un error evidente en la interpretación y aplicación de las leyes que regulan la competencia del Consejo de Estado y de la Corte.

b) En el salvamento de voto se trata acerca de la penetración que el derecho administrativo contemporáneo viene haciendo en la esfera que antes correspondía exclusivamente al derecho civil, y se observa cómo ella constituye un avance necesario y benéfico en las relaciones del derecho público con el derecho privado. Precisamente por haberse realizado ese fenómeno en la evolución del derecho, particularmente en el aspecto de la administración de justicia, es por lo que a veces ello produce una impresión desfavorable, de ser inadmisibles e inadaptables dentro de las normas rígidas y tradicionales del fuero civil.

Cuando no existía la jurisdicción contencioso-administrativa, todas las diferencias entre los particulares y la Administración las resolvía el Organo Judicial. Creada aquélla, se produjo una división del poder decisorio, entre la jurisdicción ordinaria o común y la administrativa, pero con origen ambas en la Constitución Nacional.

Mas no cree el suscrito Magistrado que esa atribución falladora, concedida constitucionalmente al Organo Administrativo, deba limitarse, a la luz de nuestro Estatuto, en los términos que lo entiende la mayoría de la Sala. La Ley 130 de 1913 creó el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, y dio al Consejo de Estado, fuera de sus demás funciones, las que eran propias de ese supremo organismo, el mayor en la jerarquía respectiva, como es la Corte Suprema también el más alto Tribunal judicial. Los poderes del Consejo de Estado no tienen pues, examinados a la luz de nuestra Ley Fundamental, restricciones o limitaciones. Antes de establecerse la jurisdicción contencioso-administra-

tiva en Colombia, el Organo Judicial decidía todas las controversias que se suscitaban entre la Administración y los particulares. El mismo poder que tenía el Organo Judicial, la plena jurisdicción de que se hallaba investido para fallar en esas materias, pasó a los Tribunales Contencioso-Administrativos en el momento de crearse. Y establecidos, las leyes posteriores les han renovado esas atribuciones naturales.

No es difícil hacer una disquisición de naturaleza científica sobre las funciones que por su índole pertenecen, según los principios del Derecho Universal, a la rama contencioso-administrativa. Los autores de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo han ilustrado en forma amplia la cuestión.

No habiendo sino tres Organos del Poder, a uno de ellos tiene que pertenecer la jurisdicción contencioso-administrativa. Desde luego, no al legislador. Tampoco es fácil admitir que ella haga parte del Organo Ejecutivo. Si la jurisdicción administrativa, al resolver cuestiones que interesan a los particulares y al Estado, fija derechos privados en cabeza de aquéllos, o se los desconoce, y sus fallos no son revisables por otra jurisdicción, sino que son definitivos, así como el Organo Judicial resuelve general y ordinariamente las controversias cuando discuten dos particulares, y fija derechos en una de las partes, negándoselos a la otra, y al hacerlo sus fallos, por no ser revisables por otra jurisdicción, son definitivos, la jurisdicción administrativa y la jurisdicción judicial, en cuanto cumplen la función de declarar, reconocer o negar definitivamente el derecho de las partes que se presentan a los juicios, no solamente son análogos sino que coinciden esencialmente. Jueces los unos y los otros funcionarios; jurisdicción plena aquélla y ésta.

Numerosos son los asuntos que desata la jurisdicción contencioso-administrativa reconociendo o negando derechos de particulares frente a las entidades públicas. Las pensiones militares, amparadas como derechos por la Constitución, al ser reconocidas en favor de determinadas personas, constituyen derechos privados que entran en el patrimonio particular. Cuando el Consejo de Estado resuelve sobre el pago de un impuesto nacional, su decisión afecta derechos civiles de los contribuyentes, afecta su patrimonio, su propiedad. Las sentencias que en éstos y en otros casos dicta la jurisdicción contencioso-administrativa, declaran pues derechos privados, o los niegan, y tienen como las judiciales igual imperio. Antes de establecerse la jurisdicción administrativa, la autoridad judicial resolvía estos asuntos administrativos y dictaba sentencias idénticas a las que ahora profiere el Consejo de Estado.

Una división, un tanto arbitraria, atribuye todavía a la Corte Suprema el conocimiento de controversias emanadas de contratos administrativos celebrados con la Nación. Por su naturaleza administrativa, de los litigios correspondientes debería conocer el Consejo de Estado. Hoy los fallos que recaen en estos pleitos sobre contratos administrativos son sentencias judiciales; cuando la ley asigne al Consejo de Estado el conocimiento de este género de negocios, también serán judiciales sus sentencias.

Y cuando tal cosa ocurra, o antes, habrá de reformarse la disposición legal que establece que en los conflictos de competencia entre el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia prevalece la insistencia de la última; norma injustificada, porque ambas jurisdicciones son plenas, y parece sugerir la actual regulación que la Corte estuviese colocada en un plano jurisdiccional superior al Consejo de Estado. Pero la sola obvia consideración de que los fallos de este último no pueden ser revisados por la Corte, traduce el reconocimiento que nuestras instituciones hacen de la igualdad en la jerarquía de las dos jurisdicciones.

c) Expresa la mayoría de la Sala que hay materias reservadas al conocimiento del Poder Judicial, como son las concernientes a las acciones posesorias y de propiedad de los particulares contra el Estado, que no pueden ser definidas sino por fallos emanados de los Jueces comunes, y en manera alguna por los Jueces administrativos. Pero ya se vio cómo hay acciones de particulares contra el Estado en que se discuten derechos privados, patrimoniales, o en que se afecta el patrimonio de aquéllos, y que sin embargo las resuelve, con competencia no discutida, el Consejo de Estado.

d) Las anteriores consideraciones ponen de relieve cómo al afirmarse en el salvamento de voto que la Corte no debía conocer del juicio posesorio en el asunto del Colegio de Jesús, María y José, y fallarlo, no solamente se basó en la consideración de haberse producido ya el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, por haber dictado sentencia el Consejo de Estado, sino que por razones tocantes con la naturaleza de las dos jurisdicciones y con su organización constitucional y legal en Colombia, el conocimiento en el caso del pleito le correspondía al Consejo de Estado, aun cuando éste no hubiese dictado su providencia con anterioridad a la de la Corte.

e) Anota la mayoría de la Sala que el proceso administrativo —en el caso del pleito en mención— fallado por el Consejo de Estado “no versó sobre una acción posesoria de derecho común; y que la decisión de dicha entidad tuvo su propia finalidad, distinta de la de definir si quienes invocaban la posesión eran merecedores

a que se les amparara en ella.” Claro que el proceso administrativo no versó sobre una acción posesoria de derecho común. Pero si la decisión contencioso-administrativa tuvo “su propia finalidad”, ésta no podía ser otra que la de defender un derecho que se consideró quebrantado por un acto de la Administración; defensa que se ejercitó en la plenitud de su alcance: o para que se anulara el acto administrativo y se restableciera la situación existente antes de él; o para que, en su defecto, y si prosperaba la petición sobre reconocimiento de un derecho privado, se ordenase una indemnización satisfactoria del daño causado, pagándose el valor del bien a sus presuntos dueños.

Y no era necesario que la Corte conociese un fallo del Consejo de Estado en un pleito seguido ante él, sobre el reclamo de la Comunidad Dominicana respecto de la propiedad en una parte del edificio. El mismo acto administrativo que produjo el desposeimiento del Colegio de Jesús, María y José, causó el desposeimiento de la Comunidad Dominicana, en relación con unos locales que ella ocupaba. El presupuesto legal del acto administrativo que causa daño, se llenaba, y era suficiente para que fuese jurídica la declaración inhibitoria de la Corte. Cosa juzgada no había realmente en el caso de la Comunidad Dominicana, como si lo había respecto del Colegio de Jesús, María y José, pero aun sin haberla, carecía de jurisdicción la Corte porque la naturaleza del asunto se la daba al Consejo de Estado. El problema jurisdiccional, como acertadamente lo afirma la mayoría de la Sala, no debe plantearse por lo que diga o deje de decir la justicia administrativa. Existe con anterioridad a su pronunciamiento.

f) Que los fallos como el que profirió el Consejo de Estado en el pleito sobre el Colegio de Jesús, María y José, de Chiquinquirá, hacen tránsito de cosa juzgada, se dijo en el salvamento de voto y se reitera aquí, porque en ellos se decide definitivamente respecto a los derechos privados en el bien cuyo dominio se controvierte, y que se reconocen por la justicia contencioso-administrativa cuando ordena que se pague su valor. Con ese pronunciamiento y con el pago de la indemnización, el asunto queda resuelto en firme y el derecho reconocido en forma completa.

g) La mayoría de la Sala considera que es inconstitucional la Ley 38 de 1913, en cuanto atribuye al Consejo de Estado competencia para conocer de las expropiaciones de hecho llevadas a término por autoridad, sin previa sentencia judicial. Y para sustentar su tesis recuerda que de conformidad con la Constitución, se garantiza la propiedad privada, y que sólo por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropia-

ción mediante sentencia judicial e indemnización previa; y que el propio estatuto dispuso que en caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenecen al orden judicial y no ser previa la indemnización.

Olvidan mis distinguidos colegas cómo las varias leyes que rigen sobre expropiaciones para vías públicas, para la construcción de obras de desecamiento e irrigación, etc., etc., y que han merecido igual tacha de inconstitucionalidad a la que ellos le hacen a la Ley 38 de 1918, vinieron a la Corte Suprema acusadas de inexactitud, y salieron incólumes del cargo de quebrantar el Estatuto fundamental de la Nación, y están rigiendo y se aplican con toda su fuerza. Es impropio de la presente ampliación de un salvamento de voto traer a ella el contenido de las sentencias de exequibilidad constitucional a que se alude. Pero el hecho es notorio: la Ley 38 de 1918 y las otras siguen vigentes; aunque las expropiaciones y las ocupaciones de hecho se realizan sin el pago previo de los inmuebles que se toman para la ejecución de una obra de utilidad pública. Entre esas leyes está la 83 de 1935, en su artículo 6º, acusada de inconstitucionalidad por autorizar la entrega de la propiedad sin previa y total indemnización. Dijo entonces la Corte: "Ha sido previsto (el acto de la entrega de la cosa) con el objeto de atender cumplidamente a los fines urgentes de la utilidad pública y del interés social, fines que de acuerdo con la última parte del inciso primero del artículo 26 de la Codificación Constitucional, priman sobre el derecho del particular." Esta sentencia de la Sala Plena mereció la aprobación del señor Magistrado doctor Tapias Pilonieta quien expresó al votarla hallarse "de acuerdo con las consideraciones de orden estrictamente jurídico que la sustentan." (*Gaceta Judicial*, tomo XLVI, página 203).

Pero la mayoría de la Sala, no obstante encontrar inadmisibles el procedimiento de la expropiación sin indemnización previa y mandato judicial, lo acepta cuando dice: "Las ocupaciones de hecho de la propiedad privada, llevadas a cabo por la autoridad, no se justifican sino en contadas excepciones y por motivos apremiantes de utilidad pública, como cuando no hay otra vía para *continuar* una obra pública, amenazada de paralización, por ejemplo una carretera, un ferrocarril. Entonces quizás sea, hasta cierto punto, lícito ocupar y luego indemnizar el daño."

Si es preciso dar cumplimiento a la norma constitucional que exige la indemnización previa, no cabe admitir que en contadas excepciones, para *continuar* una obra, quepa el quebran-

tamiento del precepto constitucional. El precepto es obligatorio o no lo es; si lo primero, no hay lugar a excepciones; si lo segundo, la excepción no puede ser otra que la regla general que comprenda los casos que contempló la Corte en la sentencia referida, o sea aquellos en que se impone la necesidad "de atender cumplidamente a los fines urgentes de utilidad pública y de interés social"; no sólo para continuar una obra, sino para iniciarla y desarrollar de modo amplio el beneficio común. El concepto de la indemnización previa va siendo revaluado por razones de interés social público. Y la Corte Suprema de Colombia ha encontrado constitucional la modificación que en él se ha operado, para los casos de expropiación indirecta u ocupación de hecho de la propiedad privada.

No es pues inconstitucional la Ley 38 de 1918, como no ha de serlo tampoco el Capítulo XXII del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941) que trata de las "indemnizaciones por trabajos públicos." Es interesante la definición que de "trabajos públicos" y de las condiciones que deben llenar para que merezcan ese calificativo, trae y admite el ilustre profesor colombiano doctor Tulio Enrique Tascón, tomada de Rolland: "Es trabajo público todo trabajo de construcción, de administración o de conservación de un inmueble, ejecutado por cuenta de una persona moral de derecho público en el interés público. Resulta de allí que varias condiciones son necesarias, pero suficientes, para que haya trabajo público. Las condiciones aludidas son: 1ª El trabajo público necesariamente debe ser hecho por cuenta de la Nación, los Departamentos o los Municipios, sin que importe que éstos ejecuten el trabajo por medio de agentes suyos o por intermedio de particulares que las mismas entidades supervigilen y controlen; 2ª El trabajo debe recaer sobre la construcción, administración o conservación de un inmueble, no sobre objetos muebles; 3ª El manejo y construcción del inmueble deben hacerse con miras de servicio público o de interés social; 4ª No se exige una declaración previa de utilidad pública, pues las tres condiciones antes indicadas son necesarias, pero suficientes" (Derecho Contencioso - Administrativo Colombiano, página 201).

Tratando Roger Bonnard este punto en su libro *Précis de Droit Administratif*, dice: "IV. La expropiación indirecta.—Noción.— La expropiación indirecta entra en la categoría de las cesiones forzadas de inmuebles en provecho del dominio público. Se opera como consecuencia obligada de la toma de la posesión que ha hecho la Administración. Tal toma de la posesión se caracteriza por haber sido efectuada sin autorización legislativa ni administrativa en el curso-

de una operación administrativa regular y como necesaria a esa operación. Y se considera como legítima y se acepta como definitiva por ser necesaria para la ejecución del acto administrativo y aunque se haga sin autorización. La expropiación indirecta se diferencia por consiguiente de la expropiación ordinaria particularmente en que la toma de la posesión es previa al traspaso de la propiedad y al pago de la indemnización. . . . El particular desposeído en las condiciones requeridas por la expropiación indirecta puede ejercer la acción de reivindicación porque él es todavía propietario. *Pero, no puede intentar una acción posesoria porque la posesión de la Administración es legítima.*" (Se subraya).

Además, y esto es importante, la Corte ha declarado su incompetencia para conocer de reclamaciones que ante ella han venido por expropiaciones indirectas y daños en propiedad ajena, y ha decidido que es nulo lo actuado al respecto ante el Organismo Judicial: "De acuerdo con el artículo 29 de la Ley 38 de 1918 todo lo relacionado con expropiaciones y daños en propiedad ajena en que sea parte la Nación es de la exclusiva competencia del Consejo de Estado. No puede, por tanto, el Organismo Judicial conocer y fallar en litigios de esta clase. La incompetencia de jurisdicción inhibe a la Corte para decidirlos. Por consiguiente, es nulo el juicio que se siga en este caso ante el Poder Judicial." (*Gaceta Judicial*, tomo LII, página 99).

h) De lo dicho resulta clara la conclusión de que al Consejo de Estado le correspondía, según la Ley 38 de 1918, y le corresponde hoy de acuerdo con el Código de la materia, el conocimiento y la decisión en los asuntos de la clase del que originó el litigio sobre el Colegio de Jesús, María y José, de Chiquinquirá.

No se consuma pues "una flagrante violación de la propiedad privada, reconocida en la Constitución", cuando por obra de una expropiación indirecta u ocupación de hecho, el Estado toma la propiedad privada y luego se indemniza al dueño de su valor, por la vía del conocimiento y jurisdicción del Consejo de Estado; sólo que en lugar de las acciones comunes ante la justicia ordinaria, tiene el propietario, para defender su derecho, las acciones ante la justicia administrativa, sin que se realice el desconocimiento del derecho privado "por efecto de vedadas usurpaciones." La persona que recibe el valor de su propiedad, reconocida como tal, no pierde su derecho, pero sí cede su interés privado en beneficio del interés público, tomándosele su propiedad y dándosele en cambio su valor.

II

Dice la mayoría de la Sala en la precedente aclaración:

"Mucho antes de que la Corte conociera del posesorio promovido por la Junta de Patronos del Colegio de Jesús, María y José, de Chiquinquirá, decidido por la sentencia anterior, cuya aclaración se pide, ya los mismos Magistrados que suscriben este auto, tuvieron oportunidad de estudiar juntos, por muchos días y en repetidas y largas conferencias privadas entre ellos, igual problema de competencia al que ahora se propone; y fruto de aquellas largas deliberaciones de los tres Magistrados fueron las dos sentencias de la Sala de Negocios Generales fechadas ambas el 25 de abril del año próximo pasado, de una de las cuales fue ponente el doctor Cardoso Gaitán, sentencias de donde se tomaron los párrafos doctrinarios que se transcribieron en la sentencia dictada en este juicio. El problema jurisdiccional que se planteó en aquellos dos juicios tuvo entonces mayor gravedad; porque mediaban sentencias del Consejo de Estado, definitivas y ejecutoriadas, que declaraban válidas y ajustadas a la ley las resoluciones gubernamentales que ordenaron ejecutar los actos violatorios de la posesión que luego sirvieron de base para proponer los interdictos posesorios. Sin embargo la Sala, compuesta, se repite, por los mismos tres Magistrados que suscriben la presente providencia, no halló que las decisiones del Consejo de Estado tuvieran fuerza para impedir que la justicia ordinaria conociera de las acciones posesorias originadas en hechos ejecutados por autorización de resoluciones administrativas confirmadas por el Consejo de Estado, y concedió los amparos de posesión solicitados por los demandantes. En las dos sentencias en mención se consignó el siguiente postulado ampliamente demostrado luego: '*Para la Sala las sentencias del Consejo de Estado no pueden ser obstáculo a que los Jueces ordinarios ejerzan la función que constitucional y legalmente les corresponde de manera privativa y exclusiva de decidir, si una persona tiene la posesión de un inmueble y debe ser amparada en esa posesión.*' Está pues la Corte en desacuerdo con la tesis del señor Procurador y a ello muévenla las consideraciones que van en seguida.' La firmeza, la claridad y unidad de criterio con que entonces procedió esta Sala e inspiró la jurisprudencia anterior, son de consiguiente manifiestos; sin embargo al confrontarse ahora un problema semejante derivado de los dos juicios posesorios promovidos el uno por la Junta de Patronos del Colegio de Jesús, María y José, de Chiquinquirá, fallado en la sentencia precedente, y el otro por la Comunidad Dominicana, reviviese una discu-

sión que ya parecía terminada, pues el salvamento de voto del Magistrado disidente no es otra cosa que una impugnación a la tesis jurisprudencial que él antes contribuyera a fundar, y que representa además una aplicación práctica de los principios en que se inspiró la sentencia de la Corte Plena de fecha 21 de febrero de 1941 —*Gaceta Judicial*, tomo L, página 660— con cuyas tesis estuvo también conforme el expresado Magistrado.”

Se reclama al suscrito Magistrado la consecuencia natural que deben guardar sus opiniones sobre inhibitoria de la Corte en los juicios posesorios referentes al Colegio de Jesús, María y José, de Chiquinquirá, y las que el mismo Magistrado sustentó en otros dos juicios posesorios sobre minas y al dar la Corte Plena un fallo en su función constitucional sobre la vigencia de las leyes. Afortunadamente no hay contradicción más que aparente entre el modo de pensar que tuvo entonces el suscrito Magistrado y el que ahora tiene. En esas oportunidades, que se recuerdan, y en la presente, su criterio es igual sobre el imperio de la Constitución, en cuanto dispone que los asuntos en que se controvierta el dominio o la posesión de inmuebles son del resorte del Organismo Judicial.

Es muy fácil ver la posición estable y nítida en que se ha colocado siempre en el particular el Magistrado que salva su voto. Basta para ello leer con atención sus razones expuestas en la primera parte de esta ampliación, relacionadas con el conflicto de jurisdicciones entre el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia. En ellas se subrayan las condiciones especiales que configuran los casos en que el Estado toma la propiedad privada para fines de utilidad pú-

blica o de interés social, en los cuales se justifica ampliamente, por esos mismos motivos y finalidades, no sólo el que la indemnización venga posteriormente, sino el procedimiento que se sigue y la competencia de la autoridad que falla los litigios en que se regula la indemnización a los particulares. Tales juicios indemnizatorios no son del género de los juicios posesorios en que se definen situaciones jurídicas privadas, frente al Estado, cuando no está de por medio la utilidad pública. Los juicios posesorios fallados por la Corte el 25 de abril de 1942 se referían a las minas llamadas de Telémbi, y en ellos se discutió la posesión para la Nación o para interesados privados titulares de las minas. No se trataba de ocupar un bien privado para aplicarlo al servicio público. Por eso, por ser tan dispares los casos, del Colegio de Jesús, María y José, de Chiquinquirá, y de las minas del Telémbi, según se ha visto, el suscrito Magistrado no confronta contraposición alguna de sus conceptos, emitidos en las dos oportunidades en que ha tenido que pronunciarse sobre la jurisdicción que debía resolver los nombrados litigios. Sigue siendo cierto para el Magistrado disidente que las sentencias del Consejo de Estado no pueden ser obstáculo a que los Jueces ordinarios ejerzan la función que constitucional y legalmente les corresponde de manera privativa y exclusiva de decidir si una persona tiene la posesión de un inmueble y debe ser amparada en esa posesión. Pero siempre que se trate de asuntos en que no esté comprometido el interés público.

Anibal Cardoso Gaitán.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

MENSAJES

Lima, 20 de julio de 1943.

Excelentísimo señor Presidente de la Corte Suprema de Colombia—Bogotá.

Con ocasión del glorioso aniversario de esa República hermana, me es grato transmitir el cordial saludo que envía la Corte Suprema del Perú a la de Colombia, formulando fervientes votos por la prosperidad de ese país y la ventura personal de usted y de todos los miembros de ese alto Tribunal.

GERMAN ARENAS,
Presidente de la Corte Suprema.

Bogotá, 20 de julio de 1943.

Excelentísimo señor Germán Arenas, Presidente Corte Suprema—Lima.

Especialmente honroso y grato es para mí manifestar a Su Excelencia y a la honorable Corte Suprema de ese país, los rendidos agradecimientos de la entidad que presido, por su gentil saludo, enviado con ocasión del aniversario de nuestra independencia nacional, y formular sinceros votos por la grandeza y prosperidad del Perú, lo mismo que por la ventura personal de los miembros de ese Supremo Tribunal.

ISAIAS CEPEDA,
Presidente Corte Suprema.

Bogotá, 28 de julio de 1943.

Excelentísimo señor Germán Arenas, Presidente Corte Suprema—Lima (Perú).

Cumpliendo honrosa comisión de la Corte Suprema de Colombia, compláceme testimoniar a ese dignísimo Tribunal de Justicia, y por su alto conducto al gran pueblo peruano, con motivo de la gloriosa efemérides de su independencia nacional, nuestros sentimientos de fraternal amistad y nuestros fervientes deseos por la prosperidad siempre creciente de esa República hermana, lo mismo que porque en esta hora aciaga en que los anhelos de libertad y de emancipación espiritual sostienen titánica lucha contra las fuerzas de la violencia y la barbarie, puedan formarse una conciencia jurídica americanista

y triunfar en el mundo los principios fundamentales del derecho y de la justicia que inspiran las actuaciones de las entidades que representamos.

Atento servidor,

ISAIAS CEPEDA,
Presidente de la Corte.

Lima, 3 de agosto de 1943.

Excelentísimo señor Isaias Cepeda, Presidente de la Corte Suprema de Colombia—Bogotá.

En nombre de la Corte Suprema del Perú me es sumamente grato agradecer a Vuestra Excelencia y a ese excelentísimo Tribunal Supremo su fraternal mensaje con ocasión del aniversario de la independencia nacional, formulando fervientes votos por la prosperidad de esa Nación hermana y por la ventura personal de Vuestra Excelencia y de todos los miembros de ese alto Tribunal.

GERMAN ARENAS,
Presidente de la Corte Suprema.

8 de julio de 1943.

La Corte Suprema de Justicia deplora la muerte del gran ciudadano Guillermo Valencia, acaecida hoy en su ciudad natal, Popayán, la fecunda, y al registrar tan doloroso acontecimiento como una pérdida para la República y las letras hispanas, rinde el tributo de su admiración al altísimo poeta, orador, humanista y eminente hombre de Estado, que con su patriotismo insomne dio a Colombia tantos días de gloria y con su genio tanto orgullo al Continente.

Comisiónase al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán para que represente a la Corte Suprema en los funerales del Maestro.

Transcribese en nota de estilo a la familia del gran extinto y publíquese en la prensa diaria y en la "Gaceta Judicial".

INDICE

Editorial.—El daño sucesivo y su indemnización. Por Anibal Cardoso Gaitán... ..

Págs.

215

SALA PLENA

Decreto número 1357 de 31 de julio de 1941 y artículo 46 de la Ley 58 de 1931, sobre contadores juramentados, acusados como inconstitucionales.—Se declara inexequibles, por inconstitucionales, el Decreto 1357 de 1941, originario del Ministerio de la Economía Nacional, y los siguientes ordenamientos del artículo 46 de la Ley 58 de 1931: 1º) La proposición principal de dicho artículo, mediante la cual se confiere autorización a la Superintendencia de Sociedades Anónimas para establecer la institución de los contadores juramentados, y 2º) El pasaje del ordinal b) que dice: "... y desempeñar las demás funciones que sobre el ramo de sus conocimientos les fije la Superintendencia de Sociedades Anónimas." Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta... ..

223

Decreto número 200 de 1942, sobre alza de tarifas en las empresas de energía eléctrica, acusado como inconstitucional.—Se declara exequible el artículo único del Decreto número 200 de 1942, "por el cual se dicta una medida sobre tarifas de las empresas de energía eléctrica." Magistrado ponente, doctor Hernán Salamañca... ..

230

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

Acción de nulidad de unos títulos y de reivindicación.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fecha diez y siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario de la parcialidad indígena de Yumbo contra el Municipio de Yumbo. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda... ..

234

Acción para el pago de una suma de dinero. Se infirma parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el veintiocho de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario seguido por José María Bueno contra Nicasio y Querubín Perdomo. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango... ..

238

Acción principal reivindicatoria.—Cesión de créditos.—Embargo.—Certificado del Registrador sobre suficiencia de títulos.—Dación en pago.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día veinticinco de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario adelantado por la señora Victoria Rojas v. de Barriga contra Jorge

Castillo Casas y Elisa Valenzuela de Castillo. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez... ..

Págs.

242

Marcas.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el nueve de abril de mil novecientos cuarenta y dos en el juicio ordinario promovido por la Sociedad Edificio Vásquez, S. A., contra el señor J. Alejandro Vásquez. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestroza Daza... ..

249

Presunción de legitimidad del hijo concebido dentro del matrimonio de sus padres.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el primero de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio que sobre paternidad natural pidió el señor Edgard Schwartz se le reconociera la calidad de padre respecto del menor Edwin John Svendbiad. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestroza Daza... ..

255

Responsabilidad de las entidades de derecho público por perjuicios causados por sus agentes autorizados.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día veintiséis de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario sobre pago de perjuicios seguido por Roberto J. Barreto contra el Municipio de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón... ..

258

Reivindicación.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día cuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario de reivindicación promovido por Julio R. Sandoval M. contra la Société Nationale de Chemins de Fer en Colombie. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez... ..

261

Recurso de hecho.—Se admite el recurso de hecho, y por consiguiente se concede el de casación, en el juicio ordinario seguido por María Luisa Caicedo contra Joaquín A. Collazos Vásquez y otros. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestroza Daza... ..

265

Pacto de retroventa.—No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, de fecha trece de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario promovido por José María Nieto Rojas contra la sucesión de Roza Báez. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango... ..

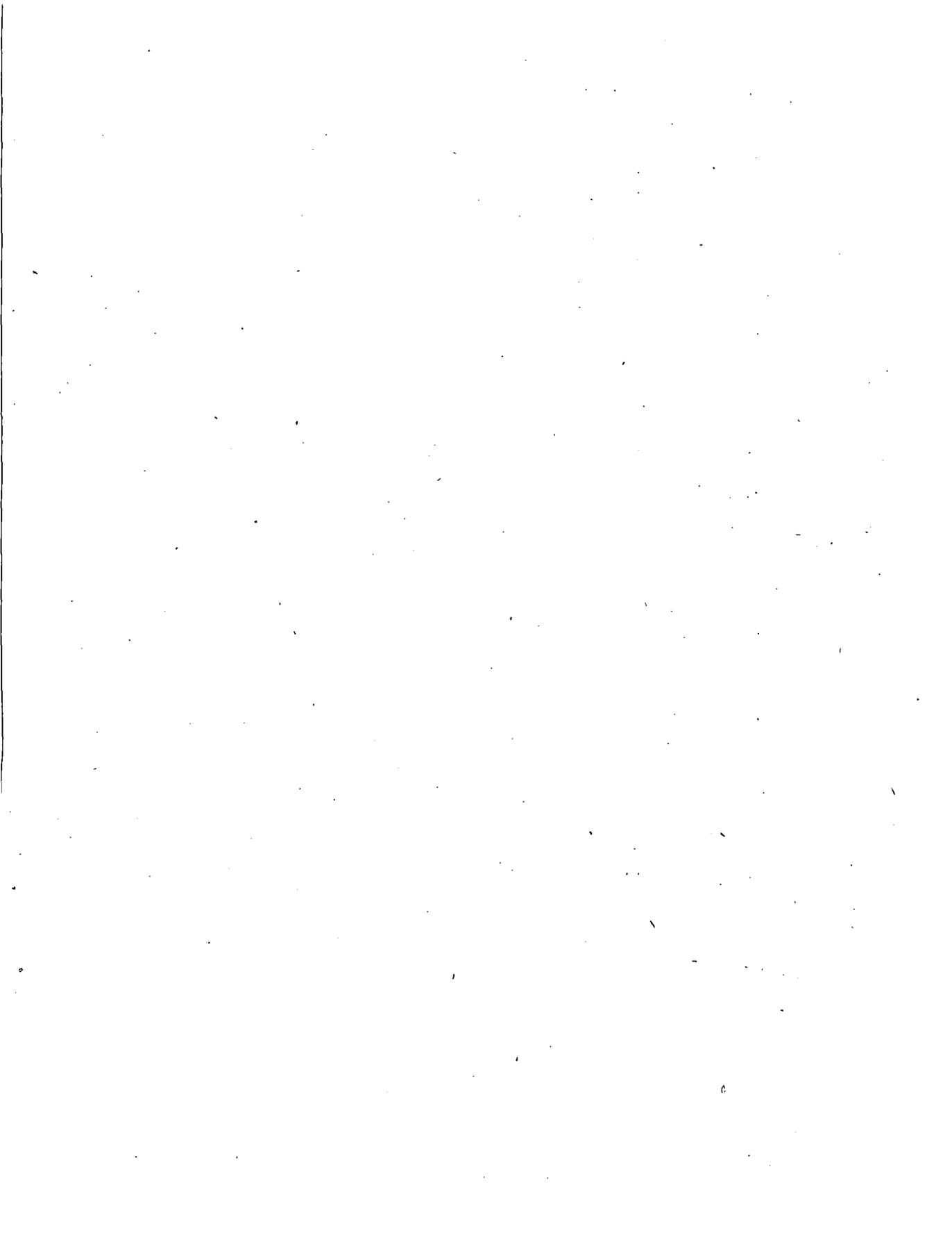
267

Acción de nulidad de un remate.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el ocho de octubre de mil novecientos cuaren-

Págs.	Págs..
ta y uno, en el juicio sobre nulidad interpuesto por Leopoldo Martínez contra Samuel Ortégón Casas y Ana F. Escamilla de Pinzón. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca.....	
Reivindicación.—Apreciación de los indicios o de la prueba indiciaria en casación.— Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el veinte de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario de reivindicación adelantado por Heliodoro Muñoz contra Eleázar Orozco. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda.....	
Salvamento de voto, Magistrado doctor Hernán Salamanca.....	
Acción petitoria de pago de perjuicios.—Incongruencias.— No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha veintiséis de julio de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario de perjuicios interpuesto por Rafael A. Reyes y Magdalena García de Reyes contra el señor Gabriel Pardo O. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda.....	273
Acción sobre pago de perjuicios.— No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el veinticinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario sobre perjuicios instaurado por la señora Mercedes Echeverría v. de Recio contra la Tropical Oil Company, S. A. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón.....	276
Acción para el pago de una suma de pesos. Exhibición.— No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día trece de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario que para obtener el pago de una suma de pesos siguió Roberto Garzón de la Torre contra José María Córdoba. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón.....	280
Acción de rescisión por lesión enorme.— No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de fecha veinte de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario de lesión enorme adelantado por Antonio Linares contra el Banco Agrícola Hipotecario. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango.....	285
Interpretación de los contratos.— No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintisiete de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio que sobre pago de una suma de pesos instauró el señor Vicente Hurtado C. contra la Compañía de Cementos Portland Diamante. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca.....	288
Acción de reconocimiento de una pretendida filiación natural después de fallecido el presunto padre.— Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el trece de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio que sobre reconocimiento de hijos naturales instauró a favor de sus menores hijos la señora María J. Cárdenas contra Sara Moyano v. de Castaño e Inés Jiménez v. de Castaño. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca.....	301
Acción de validez de un legado.—Interpretación del artículo 1127 del Código Civil. Enajenación de la cosa legada antes de la muerte del testador.—Revocación del legado. No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, fechada el quince de julio de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario seguido por Carmen Hernández P. contra los herederos de Santiago Montaña. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón.....	304
Acción de nulidad de unos contratos por simulación.—Apreciación de la prueba indiciaria.— No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario de nulidad adelantado por Alejandro, Antonio, Jesús, Julia Rosa, María Etelvina y María Amelia Grisales Salazar contra Luis María Grisales Gallegos y otros. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda.....	310
Acciones de nulidad de un remate y de indemnización de perjuicios.—Mutuo abuso del derecho.—Lesiones patrimoniales.— Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el nueve de junio de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio que sobre nulidad de un remate e indemnización de perjuicios instauró el señor José G. Quintana M. contra el National City Bank y la Bolsa de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza.....	315
SALA DE CASACION PENAL	
Qué son delitos de responsabilidad.—Incompetencia de la Corte Suprema para juzgar a un Magistrado del Tribunal Superior por delitos comunes.—Auto de proceder contra Edilberto Arévalo Correal, Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, por intervención en política.— Se llama al doctor Edilberto Arévalo Correal, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a responder en juicio criminal por el cargo comprendido bajo la denominación genérica de "abuso de autoridad y otras infracciones," de que trata el Código Penal en el Libro 2º, Título III, Capítulo VI. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo.....	290
Recurso de revisión en materia penal.—El recurso de revisión no es una tercera instancia que permita revivir un debate sobre pruebas y cuestiones ya tratadas en el curso del juicio.— Se niega el recurso de revisión interpuesto por Valentín Zambrano contra la providencia del Juzgado de Circuito de Cúcuta, que lo condenó por abuso de confianza, a la pena de tres años y ocho meses de prisión. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo.....	294
Aplicación de la causal 2ª de casación bajo la nueva legislación.— No se infirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior	321
	344

	Págs.		Págs.
del Distrito Judicial de Pamplona, que condenó a Pablo Antonio Capacho Flórez a la pena principal de veinticuatro años de presidio. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre.....	346	Notificaciones a los Administradores de los Ferrocarriles Nacionales. —Se confirma el auto de ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el juicio ordinario sobre perjuicios seguido por Julio Enrique Jaramillo y otros contra la Nación. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez.....	375
Estafa. —No se invalida la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el día tres de junio de mil novecientos cuarenta y dos, que condenó a Pompilio Cárdenas a la pena principal de cinco años de prisión. Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo.....	349	Embargo. — Caución de saneamiento. —Se confirma la providencia de treinta y uno de julio de mil novecientos cuarenta y dos, proferida por la Sindicatura de Impuestos de Herencias, Asignaciones y Donaciones, en el juicio ejecutivo adelantado por la Sindicatura contra Roberto Pineda R. y Guillermo Obregón. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez.....	378
Homicidio intencional. —No se invalida la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, fechada el veinte de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, que condenó a Pastor Zapata a la pena principal de cuatro años y ocho meses de presidio. Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo.....	351	Acción para el pago de una suma de pesos. Alcances. —Se condena al Departamento de Antioquia a pagar al señor Rubén Uribe Arcila la cantidad de dos mil cuatrocientos diez y ocho pesos con ochenta y dos centavos, en el juicio ordinario que éste instauró ante el Tribunal de Medellín contra el Departamento. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta.....	380
Veredicto. — Escrutinio de votos del Jurado. Estado de ira en la ejecución del hecho criminoso. —Se invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, el veintitrés de junio de mil novecientos cuarenta y dos, que condenó a Juan Ciro Fory Díaz a la pena principal de once años y tres meses de presidio. Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo.....	353	Competencia de los Tribunales Administrativos para conocer de demandas referentes a reparación de daños y perjuicios causados por órdenes o providencias de esas autoridades. — Nulidad. —Se declara la nulidad de lo actuado en el juicio ordinario promovido por Benjamín Gómez y María Elena Restrepo contra la Nación, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, para obtener indemnización de perjuicios. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez.....	384
Homicidio ultraintencional. —No se invalida la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, que impuso a José Salvador Arbeláez la pena principal de cuatro años de presidio por haber dado muerte a Ricardo Rendón. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre.....	357	Recurso de hecho. — Negocios de que conoce la Sala de Negocios Generales de la Corte. —Se declara inadmisibile el recurso de hecho interpuesto ante la Sala de Negocios Generales, en el incidente de competencia suscitado entre el Juez de Tierras de Barranquilla y el Alcalde del mismo Municipio. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez.....	386
Homicidio. —No se invalida la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona el veintisiete de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, que condenó a Celiar García Paredes a la pena principal de seis años de presidio. Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo.....	361	Oposición a una propuesta sobre exploración y explotación de petróleo. Remates verificados antes de 1873 y su registro posterior. Se declaran fundadas las oposiciones a la propuesta de contrato del señor Carlos de Narváez para explorar y explotar petróleo en terrenos del Municipio de La Victoria, presentadas por las Richmond Petroleum Company of Colombia y otros. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán....	388
Perturbaciones funcionales en casos de heridas. Riñas. —Se invalida la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, el trece de julio de mil novecientos cuarenta y dos, que condenó a Jesús Galvis a la pena principal de un año de presidio. Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo.....	363	Nulidad por incompetencia de jurisdicción. Improcedencia de la acción ejecutiva en ciertos casos. —Se declara la nulidad de lo actuado en el juicio ejecutivo adelantado por el Departamento de Boyacá (Recaudación de Rentas Departamentales de Tunja) contra los señores Carlos Buitrago Roa y Fabio Palacio Mantilla, por incompetencia de jurisdicción. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez.....	401
SALA DE NEGOCIOS GENERALES			
Excepciones. —No son viables las excepciones propuestas por el señor Fernando Ramírez G., en el juicio ejecutivo que le adelanta el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Bogotá. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez.....	367	Pensiones. —Se confirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en el juicio ordinario de pago de una suma de dinero promo-	
Acción de perjuicios por la tragedia de aviación del Campo de Santa Ana. — Daño moral inobjetivo. —Se revocan los numerales 1º y 2º de la parte resolutive de la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el trece de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario de María Elena Uribe contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta.....	371		

Págs.	Págs.
vido por Sixto Soto contra el Departamento de Bolívar. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán.	446
Acción de perjuicios.—Concurrencia de culpas. Se declara civilmente responsable a la Nación colombiana de los perjuicios sufridos por la familia de Jorge de Francisco, con la muerte violenta que sufrió éste en el cargo de Agente Motociclista de la Oficina de Circulación y Tránsito. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez.	408
Acción sobre pago de perjuicios.—Responsabilidad de las empresas de transporte en cuanto a la conducción de pasajeros.—Doctrina sobre cómputo de perjuicios.—El daño sucesivo y su indemnización periódica. —Se condena al Departamento de Antioquia en su calidad de dueño del ferrocarril del mismo nombre a pagar a Martha Montoya v. de Moreno y a sus hijos los perjuicios que sufrieron con la muerte de Julio Moreno, aplicando al cómputo de la indemnización el sistema de que sea periódica. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán.	413
Perjuicios causados por actos u omisiones de autoridades administrativas. —Se revoca la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el juicio ordinario que para obtener el pago de una suma de pesos interpuso Amelia Torres Suárez contra el Departamento de Santander. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán.	421
Acción para el pago de un cheque. —Se confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, con fecha cinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario de Carlos Weber contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta.	423
Excepciones.—Liquidadores de impuestos. Se declaran probadas las excepciones de error de cuenta e inexistencia parcial de la obligación, en el juicio ejecutivo seguido por la Nación contra Jesús Antonio Vega Lara. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta.	425
Oposición a una propuesta sobre exploración y explotación de petróleos. —Se declara no fundada la oposición formulada por el doctor Ernesto de Villa a la propuesta de contrato para explorar y explotar petróleo en terrenos situados en el Municipio de Puerto Berrio. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez.	432
Reivindicación. —Se declara probada la excepción de declinatoria de jurisdicción propuesta por la parte demandada, en el juicio ordinario de reivindicación promovido por Luis F. Romo contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán.	446
Acción de indemnización de perjuicios. —Se declara a la Nación civilmente responsable de los perjuicios causados a Leonidas Gómez B., con motivo del accidente de tránsito de que fue víctima Gómez por un camión del Ejército. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez.	451
Interdicto posesorio sobre unos inmuebles reclamados por la Comunidad Dominicana de Chiquinquirá. —Se condena a la Nación a restituir a la Comunidad Dominicana de Chiquinquirá los inmuebles urbanos que forman la ronda de la Basílica Menor de aquella ciudad por el costado sur y que se componen de dos salones situados en el plano adyacente a la sacristía de dicha Basílica, y una pieza marcada con el número 8-51, que da al atrio. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez.	454
Salvamento de voto, Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán.	463
No se aclara la sentencia anterior. —No se accede a aclarar la sentencia dictada en el interdicto posesorio interpuesto por la Comunidad Dominicana de Chiquinquirá sobre unos inmuebles. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez.	466
Salvamento de voto, Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán.	471
Acción de restitución por despojo del "Colegio de Jesús, María y José."—Existencia jurídica de la Fundación Paniagua.—Naturaleza jurídica de los juicios posesorios.—Patronos de la fundación.—Interpretación de la Ley 71 de 1925. —Se concede el amparo de posesión solicitado por la Junta de Patronos del Colegio de Jesús, María y José, de Chiquinquirá, respecto del edificio en que el Colegio venía funcionando hasta el día en que fue despojado por la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta.	472
Salvamento de voto, Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán.	487
No se aclara la sentencia anterior. —No se aclara la sentencia proferida en el juicio de despojo, iniciado por el Colegio de Jesús, María y José, de Chiquinquirá, contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta.	490
Salvamento de voto, Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán.	498
Mensajes.	504



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 1^a, Título 1.º, Ley XIII).

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR:

JULIAN MOTTA SALAS

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

(Proemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO LV

BOGOTA - COLOMBIA, JUNIO Y JULIO DE 1943

NUMEROS 1998 Y 1999

SALA PLENA

Decretos números 1454 de 1940 y 1743 de 1942, acusados como inconstitucionales.

Ha sido constante la jurisprudencia de la Corte acerca de que el ejercicio de guardar la integridad de la Constitución cuando se menoscaba por obra de leyes o decretos, se sujeta a la condición de que tales actos subsistan en el instante de fallar. Si no subsisten, especialmente por la derogatoria, la función de la Corte carece de base y de objeto.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, agosto diez y ocho de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

Con apoyo en el artículo 149 de la Constitución, los doctores Alberto Aguilera Camacho y Juan Francisco Mújica solicitaron la inexecutable de los Decretos números 1454 de 1940 y 1743 de 1942, que expidió el Organó Ejecutivo en virtud de autorizaciones extraordinarias conferidas por las Leyes 54 de 1939 y 128 de 1941. El primero creó la Asociación Nacional de Manufactureros, y el segundo dictó algunas disposiciones referentes a la inscripción en esa Asociación.

Consideran los actores que aquellos Decretos violan los artículos 1º, 2º, 12, 15, 16, 26, 27, 28, 29, 31, 38, 40, 43, 44, 45, 52, 53, 54, 55, 69, 96, 99, 113, 115, 116, 201, 205, y los demás que sean pertinentes de la Constitución.

Al contestar el traslado, el señor Procurador General de la Nación concluyó así su concepto:

“En resumen: al dictar el Presidente de la República los Decretos números 1454 de 1940 y 1743 de 1942 para crear, organizar y hacer forzosa para unos y prohibida para otros la Asociación Nacional de Manufactureros, estableciendo impuestos o cuotas obligadas de inscripción, no sólo extralimitó las atribuciones extraordinarias que le habían otorgado la Ley 54 de 1939 y la 128 de 1941, invadiendo el campo reservado al Legislativo, sino también asumió atribuciones que ni el mismo legislador puede ejercer constitucionalmente, porque es necesario concluir que si el Organó Legislativo por medio de una ley hubiera adoptado las disposiciones contenidas en los Decretos acusados, éstas serían igualmente violatorias del espíritu y de la letra de nuestro Estatuto Fundamental, especialmente en sus artículos 2, 12, 15, 27, 28, 29, 38, 44, 52, 53, 54, 69, ordinal 99, como lo demuestran los demandantes, como cree haberlo demostrado

también el suscrito, y como espero que lo declarará la honorable Corte Suprema en guarda de la Constitución Nacional y en defensa y garantía de las instituciones democráticas, que afortunadamente ella consagra.”

Posteriormente, la Ley 59 de 1942 (*Diario Oficial* número 25114) derogó totalmente los dos Decretos de que se trata, quedando entonces la Corte sin materia para decidir la acción que instauraron los doctores Aguilera y Mújica.

Ha sido constante la jurisprudencia de la Corte acerca de que el ejercicio de guardar la integridad de la Constitución cuando se menoscaba por obra de leyes o decretos, se sujeta a la condición de que tales actos subsistan en el instante de fallar. Si no subsisten, especialmente por la derogatoria, la función de la Corte carece de base y de objeto.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara que no hay lugar a resolver sobre la demanda de inconstitucionalidad de que se ha hecho mérito.

Dése cuenta a los señores Ministros de Trabajo, Higiene y Previsión Social, y de la Economía Nacional.

Publiquese, cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Isaias Cepeda, Campo Elías Aguirre, Daniel Anzola, José María Blanco Núñez, Francisco Bruno, Anibal Cardoso Gaitán, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez, José Antonio Montalvo (con salvamento de voto), *Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Secretario.*

SALVAMENTO DE VOTO

A riesgo de parecer obstinado, me veo en el caso de manifestar otra vez que es erróneo, a mi juicio, proclamar como tesis o doctrina general la de que basta la sola insubsistencia de una disposición acusada como inconstitucional, cualquiera que sea el motivo y las circunstancias de tal insubsistencia, para que la Corte pueda inhibirse de fallar en el fondo sobre la respectiva demanda de inexecutableidad.

En dos salvamentos de voto anteriores he consignado las razones en cuya virtud disiento de la teoría que, al decir del precedente fallo, “ha sido constante jurisprudencia de la Corte”. Tales salvamentos están publicados en la *Gaceta Judicial* números 1899 (año de 1935) y 1999 (año de 1942). Por eso no expongo de nuevo tales razones, evitando así inútiles y fastidiosas repeticiones.

He dejado de salvar el voto a propósito de otras providencias similares, por la principal

consideración de haberse ellas dictado respecto de leyes o decretos que no dan lugar al reclamo de prestaciones a cargo del Estado, y que han sido derogados en forma tal que no seguirán produciendo efecto alguno ulterior.

Como acepto también la solución de inhibitoria para pronunciarse acerca de inexecutableidad cuando se ha demandado simultáneamente un decreto ante el Consejo de Estado por ilegal y ante la Corte Suprema por inconstitucional, y el Consejo declara insubsistente el decreto antes de que la Corte pronuncie su fallo, pues en tal caso, insubsistente el decreto por haberlo estimado ilegal el Consejo de Estado, queda con ello restablecido el imperio del orden jurídico, y entonces resultaría innecesario y hasta redundante que la Corte decida si aquel decreto era, además, inconstitucional.

○

José Antonio Montalvo

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

Acción negatoria de una servidumbre de aguas. - Continuación de la personería de la sociedad nula o disuelta para responder ante terceros de sus obligaciones.

La sociedad nula o disuelta conserva su necesaria personería para liquidarse y también para actuar como tal enfrente de terceros, sin que éstos puedan prevalerse de tal situación para desconocerla y libertarse de toda obligación o de todo reconocimiento de un derecho social. Es ésta una regla moral que domina toda la vida del contrato social. A la sociedad en liquidación reconoce existencia jurídica la ley, no solamente entre los socios, sino con relación a terceros. Los artículos 472, 475, 478 y 479 del Código de Comercio y 2084 del Código Civil, contemplan y regulan esos diversos casos, pero siempre partiendo del principio fundamental de que una sociedad nula desde su origen conserva su existencia como sociedad de hecho, y los terceros no pueden prevalerse de esa circunstancia para exonerarse de cumplir sus obligaciones para con ella. Así lo dice el artículo 479 del Código de Comercio. Nuestro Código de Comercio distingue en forma precisa los efectos de la nulidad del contrato social, según la aleguen en juicio los socios o terceros, en forma de acción o de excepción, y hace la necesaria distinción de los litigios que se siguen entre socios, entre dos terceros, en que la sociedad demanda a un tercero, o en que un tercero demanda a la sociedad. En el primero de los casos anteriormente anotados la nulidad de la sociedad produce pleno efecto entre los asociados, y es oponible entre ellos, en forma tal que cada socio puede pedir que se declare la nulidad y se liquiden las operaciones sociales en la forma determinada por la ley (artículos 472, 475 y 476 del Código de Comercio). Si se trata de relaciones jurídicas entre terceros que no son socios, la nulidad de la sociedad produce igualmente efectos plenos, ya que los terceros pueden invocar la nulidad contra terceros, al tenor del artículo 478 del Código de Comercio. Pero en cambio, si se está en presencia de relaciones jurídicas o prestaciones entre la sociedad y un tercero, ninguno de los dos puede invocar la nulidad del pacto social para eximirse de cumplir sus obli-

gaciones. Los artículos 477 del Código de Comercio y 2084 del Código Civil disponen que los socios de una sociedad nula o de hecho no pueden alegar la nulidad contra los terceros interesados en su existencia o que hayan contratado con ella. En el caso contrario, cuando es la sociedad quien demanda a un tercero, se sigue la misma regla, y el tercero no puede alegarla para, por esa sola circunstancia, exonerarse de sus obligaciones o prestaciones. (Artículo 479 del Código de Comercio).

Es verdad que el texto del artículo 479, antes citado, se refiere al caso del tercero que ha contratado con una sociedad que no ha sido legalmente constituida, vale decir, que padece de un vicio originario, quienes no pueden, por esa exclusiva razón, sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones. Esa norma legal (artículo 479) contiene una regla moral destinada a regular la vida de todo el sistema de relaciones jurídicas entre personas, y que sirve de sostén al régimen de las obligaciones, cualquiera que sea su fuente u origen. Por esa razón, tal precepto legal y moral tiene que extenderse y tener aplicación a todos los casos similares en que un tercero, sea sujeto activo o pasivo de una obligación, tenga que enfrentarse en juicio con una sociedad nula, disuelta o de hecho, sin que sea necesario investigar el origen de la obligación, que bien puede ser el contrato, la ley, el delito, etc. De lo expuesto concluye la Corte que no habiendo estatuido nada especial el legislador respecto a la situación que contemplan los terceros con una sociedad legalmente constituida, pero luego disuelta y en liquidación, es de rigor aplicar por analogía el artículo 479 del Código de Comercio para llenar ese vacío, aceptándose, en consecuencia, que siempre que una sociedad disuelta y en liquidación demande a un tercero, tal situación no le es oponible a la sociedad, y los terceros no pueden alegarla como acción o como excepción para eximirse del cumplimiento de sus obligaciones contractuales, o extracontractuales. Tal interpretación por parte de la Sala con-

sulta no sólo el principio ético antes enunciado, sino una norma, elemento de justicia en las relaciones jurídicas, ya que si a las sociedades nulas o disueltas no les es permitido alegar esas circunstancias para rehuir sus prestaciones, tampoco deben los terceros protegerse en esos mismos motivos, que miran sólo al orden interno de los organismos sociales, para eludir los deberes de que sean deudores.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

A) Con fecha 28 de junio de 1935 el señor Gonzalo Lourido, en su carácter de Gerente de la sociedad anónima "Tejar de Santa Mónica, S. A.", demandó ante el Juzgado 3º del Circuito en lo Civil de la ciudad de Cali, en juicio ordinario de mayor cuantía, al Distrito Municipal de Cali, representado por su Personero, y a la Sociedad Urbanizadora Colombiana, sociedad anónima domiciliada en esa misma ciudad, y representada por su Gerente, para que previos los trámites respectivos, se dignara el Juzgado hacer en sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"Primera. Que el predio perteneciente a la sociedad anónima denominada 'Tejar de Santa Mónica', predio a que se refiere el hecho cuarto de esta demanda, no está gravado legalmente con servidumbre de acueducto a favor del Barrio Granada a que se refiere el hecho décimoséptimo de esta misma demanda, y no tiene, por consiguiente, el dueño de aquel predio obligación de soportar sobre él servidumbre de acueducto o de desagües a favor del citado Barrio Granada.

"Segunda. Que por esa razón, la sociedad anónima denominada 'Tejar de Santa Mónica', dueña del predio cuyos linderos se dan en el hecho cuarto de esta demanda, no está obligada a soportar la servidumbre que de hecho han establecido sobre el expresado predio el Municipio de Cali y la 'Compañía Urbanizadora Colombia', hoy 'Sociedad Urbanizadora Colombiana', servidumbre cuyas características se deducen de los hechos de esta demanda.

"Tercera. Que por tal motivo, se condene a los demandados a quitar esa servidumbre dentro del término que usted fija, quedando, por tanto, obligados solidariamente a desviar el desagüe de la alcantarilla de que ya se ha hecho mención, por otra parte, de tal manera que esos desagües no desembocuen en el predio de 'Tejar de Santa Mónica', predios cuyos linderos se determinan en el hecho cuarto. Como petición subsidia-

ria a ésta, formulo la siguiente: Que los demandados están solidariamente en la obligación de hacer la conducción de las aguas procedentes de la alcantarilla mencionada, por el predio de la sociedad anónima denominada 'Tejar de Santa Mónica, S. A.', pero construyendo en este predio una alcantarilla cubierta, que no permita derrames, en que no se deje estancar el agua ni acumular basuras, y que tenga de trecho en trecho las obras necesarias para la cómoda administración, alcantarilla o acueducto que debe ser construido de materiales resistentes y con todas las condiciones técnicas y capacidad necesarias para que el suelo de la superficie quede con solidez, firmeza y estabilidad, y que debe llevar el rumbo aconsejado por la técnica en estos casos, debiendo los demandados pagar también el predio del terreno que fuere ocupado por la alcantarilla; el de un espacio a cada uno de los costados, que no bajará de un metro de anchura en toda la extensión de su curso, y un diez por ciento sobre la suma total, quedando la parte actora en derecho para que se le indemnice de todo perjuicio ocasionado por la construcción de la alcantarilla y por sus filtraciones y derrames que puedan imputarse a defectos de construcción.

"Cuarta. Que los demandados están en la obligación de pagar solidariamente a la sociedad demandante los perjuicios que le han causado con haberle constituido de hecho esa servidumbre, teniendo en cuenta el tiempo durante el cual la han hecho soportar ilegítimamente. Tales perjuicios se fijarán en este juicio y entonces se condenará en concreto, es decir, a una suma de dinero determinada, o si no se hiciera tal fijación en este juicio, se remitirá a las partes a juicio sumario separado en donde no se discuta la obligación de pagar los perjuicios, sino el monto de ellos.

"Quinta. Que se condene a la Sociedad Urbanizadora Colombiana a pagar las costas de este juicio."

B) El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali, a quien tocó conocer posteriormente de la demanda anterior, en sentencia de 21 de marzo de 1938, declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad sustantiva de la personería del demandante, propuesta por el señor Personero Municipal de Cali en su alegato de conclusión, y se abstuvo de fallar en el fondo.

Como los fundamentos legales presentados por el Juez *a quo* fueron acogidos en su totalidad por el fallador de segunda instancia, y sirven de soporte a la sentencia acusada en casación, se pasa a transcribir los apartes más importantes de la decisión de primer grado:

"De acuerdo con los términos del contrato de sociedad, 'Tejar de Santa Mónica' tuvo vida le-

gal, como sociedad anónima, el día once de mayo del año citado (1925), y el día once de mayo de mil novecientos treinta y cinco, al vencimiento del plazo estipulado para su duración, dejó de existir como tál.

"Este es el hecho que resulta evidente de las pruebas traídas por el actor para demostrar la existencia de la sociedad en cuyo nombre y representación presentó la demanda, y relacionado con las leyes normativas de las sociedades ofrece las siguientes consecuencias:

"Según el artículo 2124 del Código Civil, la sociedad se disuelve por la expiración del plazo o por el evento de la condición que se ha prefijado para que tenga fin.

"En armonía con este precepto, el Código de Comercio estableció como obligatorio para el contrato de sociedad, expresar en la respectiva escritura, entre otras formalidades, el plazo o la duración de la compañía (artículo 552, ordinal 6º, Código de Comercio). La omisión de tales formalidades acarrea nulidad absoluta (artículos 551, 472 *ibidem*).

"De manera que al vencimiento del plazo estipulado de diez años, la sociedad anónima Tejar de Santa Mónica quedó disuelta por ministerio de la ley. Para que subsistiera después de su vencimiento, hubiera sido necesario que los socios, antes de cumplirse el término estipulado, lo hubieran prorrogado expresamente y con las mismas formalidades que la constitución primitiva.

"Disuelta la sociedad por ministerio de la ley y al vencimiento del plazo, se forma entre los socios una comunidad que subsiste mientras se efectúa su liquidación y se parten activo y pasivo comuneros (*sic*). Pero la personería de esta comunidad no la tiene (*sic*) el Gerente, así haya sido el último, de la sociedad disuelta.

"Estas consideraciones de índole legal permiten concluir que está probada la excepción perentoria de ilegitimidad sustantiva de la parte demandante, por estar vencido el término de duración de la sociedad anónima 'Tejar de Santa Mónica', cuando la demanda fue introducida."

La sentencia acusada.

El fallo anterior fue apelado por la parte actora y decidido el pleito en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, quien en sentencia de 4 de marzo de 1942 confirmó en todas sus partes el fallo recurrido, por considerar también que estaba debidamente comprobada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la sociedad demandada.

Para llegar a esta misma conclusión acoge y prohija el Tribunal los mismos conceptos fundamentales expuestos por el Juez de instancia, para sostener que la prórroga del término de du-

ración del contrato social no constituye una simple reforma de los estatutos de una sociedad anónima y menos en el caso de autos, en que los estatutos de la entidad "Tejar de Santa Mónica" no previeron ni reglamentaron la forma como podía hacerse dicha prórroga. Para afirmarse en esta tesis, que viene a ser la cuestión básica en ambas instancias, hace el Tribunal estas consideraciones:

"No parece estrictamente jurídico equiparar la prórroga de una sociedad a una simple reforma estatutaria cuando nada se dijo en la escritura de asociación, que, como es sabido, es la norma que regula la vida de la compañía desde su nacimiento hasta su disolución. Luego si tal equiparación no procede en rigor de la lógica, el silencio de los socios sólo podrá suplirse mediante el cumplimiento del artículo 2124 del Código Civil, o sea por el consentimiento unánime de los socios que contribuyeron a formar la sociedad, expresado como para la constitución primitiva. Además, y ya que no se trata de concretar el asunto, ni las declaraciones de los otorgantes de la escritura número 337, ni el texto de la resolución sobre prórroga aluden al consentimiento unánime de los socios, sino al acuerdo discutido y aprobado por unanimidad en dos sesiones extraordinarias de la Asamblea, 'verificadas en la forma prevenida por los estatutos', con lo cual apenas se hace referencia al quórum de los dos tercios del capital (artículo 24), pero nunca a aquella unanimidad que exige el texto civil que se comenta. De suerte que si la prórroga se tomó únicamente con el quórum exigido para la reforma de los estatutos, tal resolución es irregular, no sólo por este aspecto, sino por la simultaneidad en introducir una facultad no prevista en la escritura de constitución y el ejercicio de la misma facultad para prolongar la vida de la sociedad más allá de los límites establecidos. Reléanse detenidamente los términos de la escritura y del acuerdo en ella inserto, y se verá que, lejos de implicar una modificación en el sentido de autorizar la prórroga mediante el procedimiento preconizado para las reformas estatutarias, se llegó a ese resultado, de una vez por todas, con desconocimiento del criterio que informa el artículo 2124 del Código Civil, o sea sin el consentimiento unánime de las personas que intervinieron en la constitución de la sociedad primitiva."

El recurso.

Interpone recurso de casación la sociedad demandada y alega el primero de los motivos consagrados por el artículo 520 del Código Judicial, esto es, ser la sentencia acusada violatoria de ley sustantiva por diversos conceptos. Los tres cargos con que ataca la decisión del Tribunal los formula así:

Primer cargo.—Violación de los artículos 465, 532 y 591 del Código de Comercio y de los textos 1602 y 2124 del Código Civil, por haberlos infringido directamente, aplicado indebidamente e interpretado erróneamente.

Considera el recurrente que la prórroga del término de duración del contrato social entraña una simple reforma de los estatutos, y así se deduce de los términos de la ley y de la doctrina universal. Para sostener esta tesis cita el artículo 465 del Código de Comercio, precepto que a su juicio consagra la prórroga del contrato como una reforma, modificación o ampliación de éste, y asimila la prórroga a la reforma de los estatutos. Estima que en el acuerdo adoptado por la Asamblea General y elevado a escritura pública, se hizo la prórroga del término de duración de acuerdo con lo prevenido en los artículos 23 y 24 de los estatutos. Agrega que hasta tal punto es absurdo exigir la unanimidad de consentimiento de los accionistas, que la doctrina ha considerado posible la reforma de los estatutos por la Asamblea General, aun cuando en los mismos no se hubiera dicho nada al respecto.

Segundo cargo.—Violación de los artículos 465, 532 y 591 del Código de Comercio y de los artículos 1602 y 2124 del Código Civil, como consecuencia de errores de derecho y de errores manifiestos de hecho en la aplicación de las pruebas, y especialmente de las escrituras públicas números 468 de 1925 y 337 de 1935, la primera sobre constitución de la sociedad demandante y la segunda, que contiene el acuerdo de la Junta General de Accionistas, por virtud del cual se prorroga el término de duración por diez años más. Se funda en los mismos argumentos del cargo anterior y, alega que si se hubieran interpretado esos instrumentos a la luz de los textos legales pertinentes se habría aceptado que el contrato social fue prorrogado en forma legal.

Tercer cargo.—Violación de los artículos 472, 479, 537, 538, 540, 541 y 590 del Código de Comercio, y de los artículos 2083 y 2084 del Código Civil.

Sostiene el recurrente demandante que aun en el evento de que la sociedad se hubiera disuelto por la llegada del término primitivamente fijado para su duración, el demandado no podía invocar la nulidad, pues las disposiciones legales que rigen la materia no permiten alegarla a todas las personas a quienes puede interesar. Sigue el recurrente diciendo que la existencia de una sociedad de hecho tiene efectos reconocidos por la ley, y es una verdadera persona moral, que puede ejercer derechos y contraer obligaciones.

Finalmente, suponiendo que la sociedad se hubiera disuelto, no hay por qué llegar a la conclusión de que la disolución implique el des-

aparecimiento de la personalidad de esa entidad. Antiguamente se admitía la teoría de que en el momento de la disolución se formaba una comunidad entre los socios, pero la doctrina moderna y la jurisprudencia han reconocido que esta solución se presta a dificultades insalvables, y que es preciso reconocer la subsistencia de la personalidad de la sociedad hasta el momento de su liquidación. Sólo con la teoría de la permanencia de la personalidad jurídica es posible evitar la concurrencia de los acreedores sociales, para el cobro de los créditos que gravan los bienes de la sociedad, pues si existiera una simple comunidad, los bienes que forman el activo social ingresarían automáticamente al patrimonio de los socios, en la cuota que les correspondiera en la compañía.

Estudio de los cargos.

Son tesis fundamentales del recurso estas dos:

1ª Que la prórroga del término de duración de una sociedad anónima es una simple reforma de los estatutos, cuando éstos no han previsto el caso, y, de consiguiente, pudo ser válidamente acordada dicha prórroga por la Asamblea General de Accionistas, aun sin el consentimiento unánime de los asociados, como cualquiera otra reforma estatutaria, y

2ª Que tratándose de relaciones jurídicas contractuales o nacidas de cualquiera otra fuente, entre la sociedad y un tercero, ni éste ni aquélla pueden invocar en juicio la nulidad o la disolución de la sociedad para eximirse de cumplir sus obligaciones o dejar de reconocer un derecho de la mencionada sociedad.

Advierte la Sala, ante todo, que no se está en presencia de una sociedad afectada de un vicio originario que ocasione la nulidad del pacto social, por haberse omitido alguna de las formalidades esenciales que la ley exige para su constitución. El caso que se contempla en el proceso es otro similar, a saber: el de una sociedad que se constituyó de acuerdo con todos los requisitos legales y que no ha padecido, que se sepa, de ningún vicio constitutivo. El fenómeno que se pretende acaecido se hace consistir en que estando bien constituida se disolvió por expiración del término fijado para su duración, ya que la prórroga decretada se sostiene que no se hizo en forma legal y debido a esa circunstancia vino a quedar disuelta y a derivar en una comunidad o patrimonio proindiviso y en una sociedad de hecho, que requería su liquidación.

Ahora bien: aceptándose, en gracia de discusión y por vía de hipótesis, que la sociedad demandante se hubiera disuelto por la expiración del término inicialmente fijado en los estatutos y por haberse pretendido prorrogar de manera que contraría nuestro sistema normativo, sostiene la Sala que aun en ese evento no podía la

parte demandada invocar en este proceso la nulidad del contrato social o la disolución del vínculo contractual, para con tal pretexto negarse a cumplir obligaciones contractuales o nacidas de cualquiera otra fuente reconocida por la ley, enervando la acción de la sociedad con la excepción de ilegitimidad de su personería sustantiva.

Y esto es así porque la sociedad disuelta o nula en su origen prolonga su vida jurídica para determinados efectos reconocidos por la ley que, entre otros, la facultan para ejercer derechos y responder de sus obligaciones pendientes. Quiere esto decir que la sociedad nula o disuelta conserva su necesaria personería para liquidarse y también para actuar como tal enfrente de terceros, sin que éstos puedan prevalerse de tal situación para desconocerla y libertarse de toda obligación o de todo reconocimiento de un derecho social. Es ésta una regla moral que domina toda la vida del contrato social.

De haber sido ese el caso de autos, hay que convenir en que se está en presencia de una sociedad en liquidación, a la que la ley reconoce existencia jurídica y cuya situación regula por los diversos aspectos de las relaciones de los asociados entre sí o con respecto de terceros. Los artículos 472, 475, 478 y 479 del Código de Comercio y 2084 del Código Civil contemplan y regulan esos diversos casos, pero siempre partiendo del principio fundamental de que una sociedad nula desde su origen conserva su existencia como sociedad de hecho y los terceros no pueden prevalerse de esa circunstancia para exonerarse de cumplir sus obligaciones para con ella.

Así lo pregona el artículo 479 del Código de Comercio, cuando establece que "el tercero que contratarse con una sociedad que no ha sido legalmente constituida, no puede sustraerse por esa razón al cumplimiento de sus obligaciones".

Nuestro Código de Comercio distingue en forma precisa los efectos de la nulidad del contrato social, según que la aleguen en juicio los socios o terceros, en forma de acción o de excepción, y hace la necesaria distinción de los litigios que se siguen entre socios, entre dos terceros, en que la sociedad demanda a un tercero, o en que un tercero demanda a la sociedad.

En el primero de los casos anteriormente anotados, la nulidad de la sociedad produce pleno efecto entre los asociados y es oponible entre ellos, en forma tal que cada socio puede pedir que se declare la nulidad y se liquiden las operaciones sociales en la forma determinada por la ley (artículos 472, 475 y 476 del Código de Comercio).

Si se trata de relaciones jurídicas entre terceros que no son socios, la nulidad de la sociedad produce igualmente efectos plenos, ya que

los terceros pueden invocar la nulidad contra terceros, al tenor del artículo 478 del Código de Comercio. Pero en cambio, si se está en presencia de relaciones jurídicas o prestaciones entre la sociedad y un tercero, ninguno de los dos puede invocar la nulidad del pacto social para eximirse de cumplir sus obligaciones. Los artículos 477 del Código de Comercio y 2084 del Código Civil disponen que los socios de una sociedad nula o de hecho no pueden alegar la nulidad contra los terceros interesados en su existencia o que hayan contratado con ella. En el caso contrario, cuando es la sociedad quien demanda a un tercero (que viene a ser el caso de autos), se sigue la misma regla, y el tercero no puede alegarla para, por esa sola circunstancia, exonerarse de sus obligaciones o prestaciones (artículo 479 del Código de Comercio).

Es verdad que el texto del artículo 479, antes citado, se refiere al caso del tercero que ha contratado con una sociedad que no ha sido legalmente constituida, vale decir, que padece de un vicio originario, quienes no pueden por esa exclusiva razón sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones; y en el caso del pleito se está en presencia de una sociedad que tuvo vida legal y que no adolecía de vicio congénito, pero que puede haberse disuelto posteriormente por no haberse prorrogado en forma legal. Existe indudablemente esa diferencia. Pero, esa norma legal (artículo 479) contiene una regla moral destinada a regular la vida de todo el sistema de relaciones jurídicas entre personas y que sirve de sostén al régimen de las obligaciones, cualquiera que sea su fuente u origen.

Por esa razón, tal precepto legal y moral tiene que extenderse y que tener aplicación a todos los casos similares en que un tercero, sea sujeto activo o pasivo de una obligación, tenga que enfrentarse en juicio con una sociedad nula, disuelta o de hecho, sin que sea necesario investigar el origen de la obligación, que bien puede ser el contrato, la ley, el delito, etc.

De lo expuesto concluye la Corte que, no habiendo el legislador estatuido nada especial respecto a la situación que contemplan los terceros con una sociedad legalmente constituida, pero luego disuelta y en liquidación, es de rigor aplicar por analogía el artículo 479 del Código de Comercio para llenar ese vacío, aceptándose, en consecuencia, que siempre que una sociedad disuelta y en liquidación demande a un tercero, tal situación no le es oponible a la sociedad y los terceros no pueden alegarla como acción o como excepción para eximirse del cumplimiento de sus obligaciones contractuales, o extracontractuales. Tal interpretación por parte de la Sala consulta no sólo el principio ético antes enunciado, sino una norma elemental de justicia en las relaciones jurídicas, ya que si a las socie-

dades nulas o disueltas no les es permitido alegar esas circunstancias para rehuir sus prestaciones, tampoco deben los terceros protegerse en esos mismos motivos, que miran sólo al orden interno de los organismos sociales, para eludir los deberes de que sean deudores.

Con esta conclusión de la Corte coincide Joseph Hémard, uno de los tratadistas especializados en estos fenómenos, cuando en su obra *Théorie et Pratique des nulités de sociétés et de sociétés de fait*, trata a espacio este problema en los siguientes términos:

"413. *Ejercicio de acciones judiciales.*—¿Puede una sociedad irregular actuar ante la justicia para obtener el respeto de sus derechos y reclamar la ejecución de las obligaciones contraídas a su favor? Esta cuestión reviste excepcional importancia y debe ser estudiada con gran cuidado.... La jurisprudencia y la doctrina parten del principio de la incapacidad de las sociedades de hecho para actuar ante la justicia."

"414. Pero, esta incapacidad no es absoluta, y puede ser atenuada porque la máxima *Nul en France ne plaide par procureur*, no tiene caracteres de orden público y su sanción es apenas una nulidad relativa, a la cual pueden los interesados renunciar. Ante una renuncia, la incapacidad desaparece, y la sociedad de hecho, tiene el derecho de actuar ante los tribunales. Esta renuncia puede ser expresa o tácita."

"La renuncia puede ser expresa, sea en las relaciones de la sociedad y de los asociados, sea respecto de terceros...."

"La renuncia tácita debía ser posible tanto de parte de los asociados como de los terceros, pero de ordinario sólo se la toma en cuenta con relación a los terceros, ya que sólo es importante respecto de ellos...."

"Al presentar una demanda contra los gerentes o administradores de una sociedad regular, porque es más cómodo designar a éstos que a todos los miembros de la sociedad, se presume que los terceros han renunciado a su derecho de oponer el defecto de la calidad de los representantes de la sociedad, o mejor, se presume que han considerado a la sociedad como si ella fuera irregular...."

"417. La capacidad de actuar en justicia debe ser reconocida a las sociedades de hecho. No hay necesidad de insistir respecto de los inconvenientes de la negativa del derecho a actuar de estas sociedades. Si ellas no pudieran intentar una acción colectiva por intermedio de sus representantes, cada asociado debería actuar aisladamente o reunido con sus coasociados en su nombre personal. Se necesitaría que todos los asociados, los cien o mil accionistas figurasen en todos los detalles a instancia del procedi-

miento, lo que es francamente imposible en las sociedades por acciones, en las cuales no se llega aun a saber los nombres de los accionistas."

"Las reglas propias de las sociedades de hecho, no explican la diferencia establecida entre la capacidad activa y pasiva de actuar ante la justicia. Tal distinción es puramente arbitraria. No encuentra justificación en ninguna disposición legal relativa al procedimiento o a las sociedades irregulares." (Hasta aquí el tratadista).

Con fundamento en la anterior doctrina, deduce esta Sala que no era procedente que la parte demandada pudiera oponer en juicio la circunstancia de la pretendida ilegalidad de la prórroga, para enervar la acción incoada, por esa sola consideración. Se violaron por falta de aplicación los artículos 479 del Código de Comercio y 2084 del Código Civil, preceptos éstos que deben aplicarse por analogía al caso de autos, para llenar el vacío normativo que existe en nuestra legislación en lo referente a las relaciones de sociedades disueltas y dé hecho con terceros. Aplicación analógica, conviene decirlo, que está debidamente autorizada por la regla de interpretación contenida en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

Resulta de lo expuesto que no aparece demostrada en autos la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora, que sirve de único soporte a la sentencia acusada. Por ese motivo debe infirmarse dicho fallo, y al entrar esta Sala a actuar como tribunal de instancia hace las siguientes consideraciones:

Sentencia de instancia.

A) Carençia de acción contra el Municipio de Cali.

Sirven de fundamento a la acción los hechos séptimo, octavo y noveno del libelo. En éstos, sostiene la sociedad actora que el desagüe de las aguas sucias que perjudica su predio proviene del Barrio "Granada", por motivo de la defectuosa construcción de una alcantarilla; y que tal Barrio es de propiedad de la entidad denominada "Sociedad Urbanizadora Colombiana", que también aparece como demandada.

Si esto es así, como lo asevera el demandante y cómo debe aceptarlo el juzgador, no debe deducirse por este primer aspecto ninguna responsabilidad al Municipio mencionado, que no está investido del dominio del predio señalado como dominante, pues bien sabido es que al tenor del artículo 879 del Código Civil la servidumbre predial es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño. Con toda razón argumenta el señor Personero Municipal de Cali —y la Corte acoge tal razonamiento— que "para poder hacer efectivas obligaciones que emanan de una servidumbre, así sea impuesta de hecho o de derecho, la acción

con que se pretenda hacer efectivas esas obligaciones ha de ser materia de debate entre el dueño del predio sirviente y el dueño del predio dominante. La relación jurídica, y por lo tanto, las obligaciones correlativas a esa relación, no existen respecto de otras personas distintas de los dueños. Desde este punto de vista, resulta que en el caso presente no es legítima la personería del Municipio demandado por no ser suyo el predio dominante denominado Barrio de "Granada". Más claro: la acción resulta sustantivamente inepta, o es igual a la inacción".

Pero hay algo más: la alcantarilla que produce los desagües, y que ocasiona la pretendida servidumbre, está destinada a prestar un servicio público de higiene colectiva en un barrio de la ciudad, y siendo éste uno de los deberes de la comunidad distrital, no cabe en su enunciación el concepto jurídico de servidumbre, como fenómeno del derecho privado.

Siempre que deba un Municipio prestar ese servicio público, para asegurar la salud de los asociados, debe hacerlo dentro de las especificaciones técnicas, procediendo en tal caso a celebrar con los propietarios de la zona los arreglos de rigor, o decretando en caso necesario las expropiaciones que tal servicio requiera.

De manera que, con toda razón, sostiene el señor Personero la carencia de acción en este caso contra el Municipio caleño cuando al sostener esta tesis dice:

"La base de la responsabilidad civil, que se pretende deducir contra el Municipio de Cali, no encuentra en la proposición aprobada por el honorable Concejo Municipal, en su sesión del día primero de diciembre de 1930, proposición que a la letra dice: 'Autorízase al señor Ingeniero Municipal para que proceda a construir la alcantarilla del Barrio de Granada, que pasando por los predios de Claudio Herrera y señores López Herrera, vaya a desembocar a la quebrada de Santa Mónica. *El Municipio contribuirá con la mano de obra y la dirección técnica.* La Compañía Urbanizadora Colombiana aportará para dicha obra todos los tubos, cascajos, arenas y demás materiales que se necesiten, así como los planos y perfiles que reposan en su poder.'

"Según los términos de esta proposición, el Municipio de Cali contribuía únicamente con la mano de obra y dirección técnica, siendo de cargo de la Compañía Urbanizadora Colombiana el aportar los materiales respectivos, así como los planos y perfiles que reposaban en su poder. El Municipio no contrajo, pues, la obligación de conseguir zonas, ni indemnizar suma alguna por ellas, ni fijar perfiles, ni indicar trazados; su única obligación era contribuir *con la mano de obra y dirección técnica* (subrayo). En la misma proposición se dice que los planos y perfiles de

la alcantarilla reposaban en poder de la 'Compañía Urbanizadora Colombiana'. Esto significa que era de cargo de la Compañía Urbanizadora Colombiana proporcionar las fajas de terreno por donde se iba a construir la alcantarilla, así como el indicar el sitio de desagüe, pues que, se repite, el Municipio no contrajo más obligación gratuita que contribuir con la mano de obra y la dirección técnica."

Se deduce de lo expuesto que la acción intentada no debe prosperar contra el Distrito de Cali.

B) *Viabilidad de la acción contra la "Sociedad Urbanizadora Colombiana"*.

Del haz probatorio traído a los autos por la Sociedad actora, se desprenden debidamente demostrados los siguientes hechos:

1º Que la entidad demandante es propietaria y actual poseedora del fundo sirviente "Tejar de Santa Mónica". Con las copias de las escrituras números 468 de 1925, Notaría 1ª de Cali; 1628 de 1926, de la misma Notaría, y 2190 de 1928, Notaría 2ª, se ha comprobado que la parte actora adquirió varios lotes de terrenos contiguos, que hoy forman un solo globo constitutivo del predio que soporta la servidumbre, por los linderos que se determinan en el libelo. Con la certificación expedida por la Oficina de Registro de Cali se evidencia que las inscripciones de esos títulos están vigentes, y que los anteriores, en un período de treinta años, han sido debidamente cancelados, con excepción de dos pequeñas parcelas que hacían parte del globo general. La identificación del fundo "Tejar de Santa Mónica" se hizo en la inspección ocular practicada en las instancias, y la posesión pacífica y no interrumpida se demostró con los testimonios contestes de los declarantes Jorge Zamorano, Antonio Ramírez, Juan B. Hernández y Claudio Herrera, entre varios otros. Todos estos elementos probatorios deben ser estimados como prueba plena del dominio y posesión por no adolecer de vicio que los invalide.

2º Que la mala construcción de la alcantarilla ocasiona los desagües de las aguas sucias sobre el predio del actor y perturba la pacífica posesión del fundo, para el fin a que está destinado, es un hecho que también aparece suficientemente demostrado en el proceso con los testimonios de Jorge Zamorano, Antonio Ramírez, Juan B. Hernández, Benjamín Hernández, Claudio Herrera y muchos otros, quienes declaran contestes y por propia percepción que vieron a los obreros realizar los trabajos de construcción del viaducto en 1931; que siguieron esas obras la dirección sur-norte, hasta desembocar en la propiedad de Santa Mónica; que con motivo de tal construcción los desagües de la urbanización del Barrio "Granada" fueron arrojados al predio de la Sociedad

actora, produciendo una constante perturbación en el dominio y goce de tal propiedad, perturbación que día a día se agrava puestò que a medida que crece el Barrio "Granada" se ensancha y aumenta el volumen de las aguas sucias que son recogidas por la alcantarilla y luégo son vertidas en el predio del demandante.

Además, la inspección ocular y el dictamen pericial surtidos en las instancias comprobaron de manera plena y suficiente que a la salida de la alcantarilla se pudo apreciar la presencia de aguas negras en gran cantidad, y que esas aguas sucias desembocan sobre el limite sur del predio de Santa Mónica. Agregan los peritos que esas aguas se hallan diseminadas en los primeros cien metros a partir de la boca de salida de la alcantarilla, formando pantanos que son verdaderos focos de infección, siguiendo después por una acequia completamente abandonada por donde se deslizan trabajosamente hasta llegar a la alcantarilla que atraviesa la carretera que va de Cali a Yotoco.

3º Figura en el expediente copia de la escritura número 280, de 24 de junio de 1932, Notaría 3ª de Cali, por la cual el señor Harold J. Eder, en representación de la "Compañía Urbanizadora Colombiana" y varias personas, constituyeron la nueva sociedad denominada "Sociedad Urbanizadora Colombiana". El artículo 2º de los estatutos de esa compañía dice: "El objeto de la compañía es hacerse cargo y continuar los negocios de la 'Compañía Urbanizadora Colombiana', cuyos bienes adquiere a título de aporte." De manera que aparece debidamente evidenciado que la entidad demandada es la que debe responder ante la justicia por los actos de perturbación denunciados, sin que haya exhibido elemento probatorio demostrativo de que el dominio de la urbanización corresponda a otra persona y haya sido transferido en forma legal.

Alega dicha sociedad opositora que tal sector del Barrio "Granada" ya no le pertenece sino a un núcleo numeroso de propietarios habitantes de la urbanización. Carece de todo fundamento jurídico ese argumento defensivo, porque la alcantarilla que ocasiona la perturbación y los consiguientes perjuicios fue construida como una obra y una medida que las disposiciones reglamentarias sobre higiene pública y sobre urbanización de barrios exigen para poder desarrollar estas actividades comerciales. Los propietarios que adquirieron sus pequeñas parcelas en ese Barrio no son autores de los hechos perturbadores que sirven de fundamento a la acción intentada, amén de que como habitantes o dueños de lotes en dicha urbanización tienen derecho y estricta necesidad de utilizar la alcantarilla para el desagüe indispensable de sus servicios domésticos.

4º *Decisión en derecho con vista de los hechos anteriores.*

Ninguna prueba han exhibido los demandados para acreditar debidamente que el predio Santa Mónica está gravado con servidumbre legal o convencional de desagüe, fuera de que con vista de los factores ilustrativos que trae el proceso, no se está en presencia de tal fenómeno limitador del dominio, sino de aguas sucias provenientes de los servicios domiciliarios de un barrio, que han debido ser conducidas por un colector hasta desembocar en alguna alcantarilla de servicio público, sin derramar tales aguas sobre un predio que no está obligado a soportar esa perturbación que lo desmejora.

De ahí que tengan estricta aplicación los artículos 997 y 1004 del Código Civil, según los cuales el poseedor tiene derecho a exigir que no se le turbe o embarace en su posesión, que se le indemnice los perjuicios sufridos y se le dé garantía contra el que fundadamente teme; y que la única excepción que existe es cuando tales actos son consecuencia del ejercicio del derecho de servidumbre legítimamente constituido.

Alega la sociedad demandada, como medio defensivo, que tal servidumbre ha venido a quedar legalmente constituida por haber transcurrido el término de diez años a que se refiere para estos casos el artículo 9º de la Ley 95 de 1890. Se contesta que, aun tratándose de servidumbre continua y aparente, como lo exige ese texto legal, no ha transcurrido el término necesario para su constitución, pues la alcantarilla destinada a arrojar las aguas negras fue construida en 1931, y este proceso se inició en 1935, periodo inferior al señalado por la norma antes citada.

5º *Perjuicios.*

En la súplica cuarta del libelo se demandan los perjuicios sufridos por la sociedad actora al haberse constituido de hecho esa servidumbre. Los preceptos antes citados del Código Civil, especiales para esta materia, consagran en principio la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el poseedor al ser perturbado en su pacífica posesión (artículos 997 y 1004 del Código Civil).

Los peritos que actuaron en las instancias rindieron su experticio en los siguientes términos: "Conceptuamos que el valor de los perjuicios debe estimarse en lo que costaría construir hoy en día una alcantarilla de especificaciones técnicas iguales a las de la ya construida, es decir, de 24 pulgadas de diámetro, y cubierta, en una extensión aproximada de 1.500 metros, o sea hasta el sitio en que actualmente el canal de aguas negras del colector del Barrio "Granada" desemboca a la alcantarilla que atraviesa la carretera departamental que de Cali va a Yotoco, un poco an-

tes del paso superior de la línea férrea que da acceso a los talleres de Chipichape, más un veinte por ciento por razón del tiempo que Tejar de Santa Mónica soporta tal estado de cosas... Valor total en que estimamos los perjuicios: diez y siete mil doscientos veinte pesos."

Estima la Sala que el anterior peritazgo no puede aceptarse como elemento probatorio pleno y suficiente para la fijación de los perjuicios, porque los peritos, en primer lugar, no han expuesto los fundamentos de su dictamen, amén de que hacen consistir en lo fundamental tales perjuicios en factores que no pueden considerarse como constitutivos de tal fenómeno. Al efecto, el primer factor avaluado por los expertos es el costo o precio de las nuevas obras que deban adelantarse para que el colector del Barrio "Granada" conduzca todas las aguas sucias sin derramarlas sobre el predio del Tejar de Santa Mónica, hasta depositarlas en la alcantarilla pública. Salta a la vista que tales obras, avaluadas por los peritos como constitutivas del perjuicio, no lo son en realidad, sino que vienen a ser efectivamente la manera de legalizar esa situación irregular y hacerla desaparecer. Es claro que si por virtud de este fallo se ordena la suspensión de tales desagües sobre el fundo de la sociedad actora en la forma que ha dado lugar al pleito, tendrá necesariamente la entidad demandada que realizar las obras indispensables para conducir debidamente esos desagües; pero de ahí no puede deducirse que el costo de un nuevo colector sea parte integrante de la indemnización por los perjuicios recibidos. Es éste el primer reparo fundado que se hace al dictamen pericial. En cuanto a la fijación que hacen los peritos del veinte por ciento del precio de estas obras, como indemnización compensatoria por los perjuicios sufridos en la pacífica posesión y en la completa explotación económica del fundo, para el fin comercial a que se la destina, conviene observar que los peritos no determinan con precisión en qué medida pudo el inmueble gravado haber disminuido en su natural poder de producción, ni han señalado bases o factores que les hubieran servido para hacer esa caprichosa estimación o indicado siquiera en qué se hacen consistir tales perjuicios en el negocio que se desarrolla en el Tejar. De ahí que al tenor del artículo 723 del Código Judicial, no deba reconocerse a ese elemento probatorio el valor de plena prueba.

Pero como es indudable que la construcción de la alcantarilla y el constante derrame de las aguas sucias han producido como consecuencia jurídica obligada, perjuicios que deben repararse, considera la Sala que debe sentar para su futura estimación esta base:

A) Los perjuicios directos sufridos por el predio sirviente, en sus dos factores de daño emergente y lucro cesante, deben ser estimados al darse cumplimiento a este fallo, teniendo en consideración la naturaleza de la explotación económica a que se le destina, la perturbación que habida consideración a esa explotación haya sufrido el negocio, al deterioro de los terrenos o de obras adyacentes pertenecientes a los actores y el tiempo de duración de tales derrames (artículos 993 y 997 del Código Civil).

Fallo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 4 de marzo de 1942, y previa revocatoria de la proferida en primera instancia por el Juez 4º del Circuito el 21 de marzo de 1938, falla este pleito así:

1º El predio perteneciente a la sociedad anónima "Tejar de Santa Mónica", no está obligado a soportar y recibir los derrames o desagües de aguas sucias que vienen de la urbanización del Barrio "Granada". Por ese motivo, se ordena a la sociedad demandada "Sociedad Urbanizadora Colombiana" suspender tales desagües, quedando obligada a recoger en su totalidad las aguas negras y conducir las de manera que no derramen en el predio de la entidad actora.

2º La sociedad demandada antes nombrada debe pagar a la entidad actora los perjuicios que le ha causado por tales derrames de aguas sucias, teniendo en consideración las bases y elementos señalados en la parte motiva de este fallo. Dicha estimación se hará al darle cumplimiento, en la forma determinada en el artículo 553 del Código Judicial.

3º Se absuelve al Municipio de Cali de todos los cargos formulados en este juicio.

4º Decláranse no probadas ninguna de las excepciones propuestas por la entidad demandada al contestar el libelo.

Sin costas ni en las instancias ni en el recurso.

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

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

Acciones de nulidad de un contrato, de reivindicación, etc. Prueba legal del matrimonio celebrado por colombianos en el extranjero.

Nuestra legislación admite dos pruebas principales del matrimonio civil contraído por colombianos en el Exterior: 1º La copia del acta matrimonial tomada del protocolo extranjero y debidamente autenticada, conforme al artículo 1º de la Ley 39 de 1933, y 2º La copia del registro colombiano de dicha acta, sentado de conformidad a lo prescrito en el artículo 365 del Código Civil. La copia de una copia contenida en una certificación notarial no puede darse como prueba del matrimonio. Y es que tratándose de un contrato solemne como el de matrimonio, su prueba o demostración viene revestida también de solemnidades especiales, ya se trate de matrimonio eclesiástico o civil. Las normas que regulan su celebración y su demostración deben tener carácter taxativo y ser interpretadas con rigidez, como todas las que se relacionan con el estado civil de las personas, por ser preceptos de orden público.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

1º Afirmase que Arturo Patiño contrajo matrimonio civil con la señora María Lucía de Jesús Fernández, en Nueva York, el 21 de diciembre de 1928.

2º El 12 de junio de 1929, por escritura pública número 57, otorgada ante el Cónsul General de Colombia en Nueva York, María de Jesús Fernández, diciéndose “mujer soltera”, vendió a Arturo Patiño la casa distinguida actualmente con el número 13-81 de la calle 25-A, de la ciudad de Bogotá, por los linderos que allí constan.

3º Un mes después, el 14 de julio de 1929, murió en Nueva York María de J. Fernández, la que se supone casada con Arturo Patiño.

4º Dos días después, el 16 de julio de 1929, se inscribió la venta anterior, en el libro primero de la Oficina de Registro de Bogotá.

5º El 14 de agosto de 1929 se protocolizó en la Notaría 4ª del Circuito de Bogotá, bajo instrumento número 1940, la primera copia de la mencionada escritura número 57, copia autorizada por el citado Cónsul, cuya firma aparece autenticada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. La protocolización fue anotada en el libro segundo del registro de este Circuito el 19 de agosto de 1929.

6º Cinco años después, el 24 de septiembre de 1934, por escritura número 2843, otorgada en la Notaría precitada, Arturo Patiño vendió a Felipe Rodríguez, la misma casa que dijo haber adquirido de la señorita María de Jesús Fernández por medio de la aludida escritura número 57. Esta venta fue registrada debidamente el 4 de octubre de 1934.

7º El señor Felipe Rodríguez ha estado poseyendo la referida casa.

8º En el juicio de sucesión de la señora María Lucía de Jesús Fernández, se adjudicó a sus hermanas Isabel Fernández Monroy, Concepción Monroy y Matilde Fernández el supradicho inmueble, en común y proindiviso y por iguales partes para cada una de ellas. El registro de la partición donde se hicieron tales adjudicaciones se realizó el 9 de diciembre de 1935, y el expediente respectivo fue protocolizado en la Notaría 5ª de este Circuito por escritura 1458, de 17 de los mismos.

Juicio ordinario.

En libelo adjudicado al Juzgado 7º en lo Civil del Circuito de Bogotá, y aceptado el 31 de enero de 1936, las referidas demandantes piden, que con citación y audiencia de los demandados Rodríguez y Patiño se declare:

La nulidad absoluta del contrato de compraventa consignado en la escritura número 57; la nulidad, también absoluta, de la compraventa celebrada por escritura 2483, ambas relativas a la casa marcada con el número 13-81 de la calle 25-A de la ciudad de Bogotá; y la nulidad de los registros de esos títulos. En consecuencia, solicitan la restitución del inmueble vendido y de sus frutos, y por último, que se condene en costas a los demandados.

Alegan como hechos sustentantes de su acción, que estando casados Arturo Patiño y María Lucía de Jesús Fernández, es absolutamente nula la venta que ésta le hizo a aquél por medio de la escritura 57; y también por la misma razón la enajenación que Patiño le hizo a Rodríguez, por escritura 2483, siendo las demandantes verdaderas dueñas de la casa, a virtud de las adjudicaciones que se les hicieron en el juicio mortuario de su hermana legítima María Lucía de Jesús Fernández; que por consiguiente, tienen derecho a que el actual poseedor Felipe Rodríguez se la restituya.

El 28 de febrero de ese mismo año el demandado Felipe Rodríguez presentó demanda de reconvencción, donde formuló tres peticiones principales y cuatro subsidiarias. Las principales son:

a) Que se declare nulo el registro de la sentencia aprobatoria de la partición practicada en la mortuoria de María Lucía de Jesús Fernández, la cual fue protocolizada mediante escritura 1458 de 1935, otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá, nulidad que se pide en lo que concierne a la casa número 13-81 de la calle 25-A de esta ciudad, y a que se refiere también la demanda principal;

b) Que se disponga la cancelación del registro de la sentencia aprobatoria de la dicha partición y el de la partición misma en lo tocante a la dicha casa;

c) Que también se cancele la matrícula de la citada casa como de propiedad de las adjudicatarias demandadas.

Las peticiones subsidiarias son:

a) Que se declare como de propiedad exclusiva del contrademandante Rodríguez, con fundamento en la compra que le hizo a Patiño, la casa que es materia del contrato cuya nulidad pide la demanda directa;

b) Que, consecuencialmente, se declare que es nulo el registro de la sentencia aprobatoria de la partición efectuada en la mortuoria de la señora María Lucía de Jesús Fernández, causa que fue protocolizada mediante la escritura 1458 de 1935, ya citada, y en lo que concierne a la casa número 13-81 de la calle 25-A de esta ciudad;

c) Que, como consecuencia de la nulidad, se decrete la cancelación del registro de la sentencia aprobatoria de la partición y también de este acto, en lo tocante al dominio del citado inmueble;

d) Que se condene en costas a la parte vencida.

El Juzgado del conocimiento falló la controversia en sentencia fechada el 7 de septiembre de 1938, en la cual accedió a las súplicas de la

demanda principal, y, en consecuencia, declaró la nulidad absoluta de la compraventa relacionada en la escritura número 57 de 1929; declaró sin efecto dicho instrumento y ordenó la cancelación de los registros correspondientes; declaró que las demandantes son dueñas del inmueble a que se refiere la demanda; declaró sin efecto el registro de la escritura 2483 de 1934, y ordenó la respectiva cancelación del registro; condenó a Luis Felipe Rodríguez a restituir a las actoras el inmueble mencionado; condenó a los demandantes Patiño y Rodríguez a restituir los frutos producidos por el bien vendido, previa deducción de los gastos invertidos en producirlos. Negó las demás peticiones de la demanda principal y negó igualmente las súplicas principales y subsidiarias de la demanda de mutua petición.

La sentencia acusada.

Esta providencia fue apelada por los demandados y correspondió el conocimiento de la segunda instancia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, entidad que la falló en sentencia de 26 de noviembre de 1941, en la cual revoca la sentencia apelada y en su lugar resuelve negar todas las peticiones de la demanda principal y absolver a los demandados de los cargos contra ellos formulados. Decretó, como consecuencia, la cancelación del registro de las sendas adjudicaciones hechas a favor de las actoras en el juicio de sucesión de María de Jesús Fernández, en cuanto se refieren a la casa objeto del presente litigio. Negó las peticiones principales y subsidiarias de la demanda de reconvencción y no hizo condenación en costas.

Funda el Tribunal su fallo absolutorio en las siguientes consideraciones que pasan a extractarse:

a) El hecho para el sentenciador que mayor importancia tiene en este pleito es saber si se efectuó realmente el matrimonio válido entre Arturo Patiño y María de Jesús Fernández, que se dice celebrado ante el suplente del Escribano Municipal del Condado de Nueva York. Nuestra legislación admite dos pruebas principales del matrimonio civil contraído por colombianos en el extranjero: 1ª, la copia del acta matrimonial tomada del protocolo extranjero y debidamente autenticada, conforme al artículo 1º de la Ley 39 de 1933; 2ª, la copia directa del registro sentado en Colombia, de conformidad con lo prescrito en el artículo 365 del Código Civil. Como en este juicio no se trajo ninguno de esos documentos, sino una certificación o copia de copia expedida por el Notario 5º del Circuito de Bogotá, en donde afirma "que agregado al juicio de sucesión de María Lucía de Jesús Fernández, el cual se halla protocolizado en esta No-

taria... se halla el siguiente documento:... 'Certificado de matrimonio', e inserta el del matrimonio civil de Arturo Patiño y María L. Fernández, solemnizado por el suplente del Escribano Municipal del Condado de Nueva York, se sigue que tal acto de la vida civil no está debidamente acreditado en este juicio. Por esa circunstancia, es decir, por no haberse exhibido la copia tomada del protocolo extranjero y debidamente autenticada, y por no haberse registrado dicho matrimonio civil en la oficina colombiana de instrumentos públicos respectiva, conforme al artículo 365 del Código Civil, concluye el Tribunal que no está legalmente comprobado en autos el matrimonio civil de Patiño y la señora Fernández; aun cuando acepta que tal matrimonio civil, de haberse demostrado su celebración conforme a la ley colombiana, debería producir la plenitud de sus efectos civiles y políticos, de acuerdo con el artículo 382 del Código Civil.

b) Pero aun aceptando como demostrado dicho matrimonio, sostiene el Tribunal que en este caso la nulidad del contrato de venta celebrado entre Patiño y la Fernández no podría perjudicar a Felipe Rodríguez, comprador de la casa objeto del litigio, porque es el caso de darle estricta aplicación a la máxima *error communis facit jus*, creadora de derechos, por haberse demostrado cada uno de los elementos constitutivos e indispensables para la aplicación de la citada máxima, a saber: 1º, existencia del error común; 2º, buena fe exenta de culpa del demandado, y 3º, culpa del demandante.

Hace el sentenciador de segundo grado un extenso y erudito estudio sobre la aplicación de la teoría de la buena fe, creadora, convalidadora del derecho, y concluye que el comprador Rodríguez debe ser protegido en este caso porque al celebrar la compraventa no pudo tener noticia de que su vendedor Patiño hubiera celebrado matrimonio civil con la Fernández, y, por tanto, que la venta hecha mediante escritura número 57 era nula absolutamente, por tratarse de una compraventa celebrada entre cónyuges no divorciados. Y no pudo tener fácil noticia de este matrimonio porque, en primer lugar, la señora Fernández al venderle a Patiño declaró en el instrumento de venta "*que era mujer soltera*", y esa simple declaración mentirosa de capacidad constituye un delito civil que la obliga a reparación y le quita el derecho de demandar la nulidad del contrato por ella celebrado, obligación de reparación que se transmite a sus herederos, quienes tampoco tienen derecho a demandar esa nulidad. Y en segundo lugar, merece protección el comprador Rodríguez porque el matrimonio no se nacionalizó, por así decirlo, debido a que no se inscribió en el registro colombiano de matrimonios, según la norma del

artículo 365 del Código Civil. Con lo que queda demostrada la existencia del error común y de la buena fe, exenta de culpa, del demandado.

Agrega el Tribunal que las demandantes incurrieron en culpa, consistente en dejar pasar casi cinco años sin promover y terminar el juicio de sucesión de su finada hermana, permitiendo por tal omisión que el demandado Patiño pudiera venderle a Rodríguez la casa en litigio y que éste, en parte por esa circunstancia, no tuviera noticias del matrimonio que se pretende celebrado.

El recurso.

Interpone recurso de casación el apoderado de la parte actora y aduce como motivo de su acusación el consagrado en el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial, por estimar que la sentencia del Tribunal ha violado numerosos textos de nuestra ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida o falta de aplicación al caso del pleito. En su debido orden se irán estudiando estos cargos, a saber.

Primer cargo.—Lo hace consistir el recurrente en violación directa de los artículos 205 y 737 del Código Judicial, por haberle dado valor a la demanda de reconvencción, siendo así que ésta carecía de algunos requisitos esenciales, tales como el de la fijación de la cuantía.

Para rechazar esta acusación son suficientes los siguientes argumentos: a), que el requisito del señalamiento de la cuantía es cuestión que sólo atañe a la fijación de la jurisdicción, para saber cuál viene a ser por este aspecto el Juez competente; pero en todo caso, su omisión jamás puede entrañar violación de ley sustantiva, sobre todo de normas legales creadoras de derechos que hubieran podido ser violadas por el fallo acusado; b), que tratándose de una demanda de reconvencción, no era indispensable el señalamiento de la cuantía, ya que ella debía tramitarse en una sola cuerda con la demanda principal y seguir los resultados del proceso; y en la demanda principal si se fijó la cuantía del litigio, y c), que este aspecto meramente jurisdiccional no fue alegado en las dos instancias, por lo cual viene a ser, hasta cierto punto, un medio nuevo inaceptable en casación.

Segundo cargo.—Violación de los artículos 20 de la Ley 153 de 1887, 16 de la Ley 57 de 1887, 113, 115, 140, 1502 y 1503 del Código Civil, por no haberlo aplicado al caso del pleito. Funda este cargo en que el estado civil de una persona constituye una situación jurídica estable, que no puede ser caprichosamente modificada. Por tanto, cualquiera que sea la deficiencia en la prueba sobre dicho estado civil, tal deficiencia no alcanza a desconocer o hacer desaparecer el hecho jurídico y sus inmodificables consecuencias. De ahí que toda irregularidad externa en la

prueba del matrimonio civil contraído por Patiño y la Fernández debe considerarse como adjetiva y no alcanza a originar vicio de nulidad absoluta capaz de invalidar dicho matrimonio. Ataca el recurrente el concepto del Tribunal, por la afirmación que el fallador de segundo grado hace de que no está debidamente demostrado en los autos el matrimonio mencionado.

Al estudiar este cargo, que viene a ser el que ataca en su soporte básico el fallo acusado en casación, considera la Sala:

A) Es indudable que confunde el recurrente dos cuestiones distintas en sí, tales como la posible celebración y validez del matrimonio civil Patiño-Fernández, que se dice contraído en Nueva York, y la prueba legal y suficiente de tal acto, originario de un estado civil nuevo entre los contrayentes. La primera de esas cuestiones, es decir, la existencia y validez del contrato matrimonial, es un aspecto que no alcanzó a estudiar el Tribunal, para decidir lo pertinente, debido a que el fallador de Bogotá sólo se detuvo a estudiar lo relativo a la prueba del matrimonio para concluir, como lo hizo, que no estaba debidamente demostrada su celebración.

Lo que sostiene el Tribunal en su sentencia es que por tratarse de un matrimonio civil celebrado por colombianos en país extranjero, son aplicables para su completa demostración en Colombia los artículos 1º de la Ley 39 de 1933 y 365 del Código Civil, ambas normas de carácter sustantivo, que determinan los requisitos o formalidades que deben necesariamente llenarse para acreditar en juicio el acto trascendental del matrimonio. De manera que el Tribunal no entró a estudiar el fondo de la cuestión, vale decir, si el matrimonio civil celebrado en Nueva York es válido y debe producir efectos civiles en Colombia; sino que limitó su estudio y decisión a la cuestión formal de que no se había exhibido la prueba suficiente de su celebración.

B) Como el matrimonio civil Patiño-Fernández se dice celebrado ante el suplente del Escribano Municipal del Condado de Nueva York, conviene recordar que nuestra legislación admite dos pruebas principales del matrimonio civil contraído por colombianos en el Exterior: 1º, la copia del acta matrimonial tomada del protocolo extranjero y debidamente autenticada, conforme al artículo 1º de la Ley 39 de 1933, y 2º, la copia del registro colombiano de dicha acta, sentado de conformidad a lo prescrito en el artículo 365 del Código Civil.

Pero resulta que a los autos no se ha traído ninguno de los documentos a que antes se alude, y que son los únicos elementos demostrativos del acto matrimonial. Sólo se ha exhibido en este proceso una certificación notarial de origen co-

lombiano, que viene a ser en definitiva una copia de copia, extendida por el Notario 5º del Circuito de Bogotá, en la cual este funcionario certifica "que agregado al juicio de sucesión de María Lucía de Jesús Fernández, el cual se halla protocolizado en esta Notaría...., se halla el siguiente documento:

"Certificado de matrimonio.... Yo, J. J. Mc. Cormik, suplente del Escribano Municipal, vecino de la ciudad de Nueva York, Condado de Nueva York, Estado de Nueva York, certifico que hoy veintiuno de diciembre de mil novecientos veintiocho, en Nueva York, Condado y Estado de Nueva York, solemnice el matrimonio entre Arturo Patiño, vecino de Nueva York, en el Condado y Estado de Nueva York, y María L. Fernández, vecina de Nueva York, en el Condado y Estado de Nueva York, en la presencia de Thos. J. Douglas, testigo; la respectiva licencia se agrega al presente. En fe de lo cual firmo, en Nueva York, Condado de Nueva York, hoy veintiuno de diciembre de mil novecientos veintiocho. (Firma del oficiante), J. J. Mc. Cormik.—Domicilio: 3675 Broadway.—(Firma de un testigo): Thos. J. Douglas. (Su residencia).—(Firma del otro testigo):..... (Su residencia):....."

El matrimonio es un acto solemne que reviste gran trascendencia en la esfera de la organización moral y social de los pueblos, como constitutivo de estado civil. Su prueba o demostración viene revestida también de solemnidades especiales, ya se trate de matrimonio eclesiástico o civil. Las normas que regulan su celebración y su demostración debén tener carácter taxativo y ser interpretadas con rigidez, como todas las que se relacionan con el estado civil de las personas, por ser preceptos de orden público.

En forma tal que para evidenciar en su juicio la existencia de un matrimonio eclesiástico o civil celebrado por colombianos en el extranjero y deducir sus consecuencias o efectos civiles, sólo han de aceptarse las pruebas reconocidas por la ley, que en este caso son: o la copia original de la respectiva acta, tomada del protocolo extranjero y debidamente autenticada conforme al artículo 1º de la Ley 39 de 1933, o la copia directa del registro sentado en Colombia, de conformidad con lo prescrito en el artículo 365 del Código Civil. Ninguno de estos dos elementos probatorios ha sido presentado, sino una copia de copia contenida en una certificación notarial. Luego es jurídica y se ajusta a derecho la conclusión del Tribunal, de que no se ha evidenciado legalmente en el proceso la existencia y celebración del matrimonio civil Patiño-Fernández. Y es en esa forma como debe interpretarse en este caso especial el artículo 632 del Código Judicial,

Esta misma doctrina, de cuya aplicabilidad no puede dudarse tratándose de un acto especialmente solemne como el matrimonio, fue consagrada por esta Sala en su sentencia de casación de 13 de marzo de 1937, cuando dijo:

“¿Qué vale la copia notarial de una copia protocolizada? Esta pregunta no puede ser absuelta *a priori*. Ello depende del contenido de la copia protocolada. En multitud de ocasiones carecerá de todo valor, como si reproduce documentos que deben llegar originales al proceso, o documentos cuyo trasunto ha de ser expedido formalmente y autorizado por quien guarda los archivos, o documentos cuya saca debe hacerse por otro competente funcionario, etc. Pero valdrá en algunos casos, como cuando la copia incorporada en el protocolo se refiere a un hecho cuyo cumplimiento puede establecerse por cualesquiera pruebas —documentales, personales, materiales— y no sólo valiéndose de la escritura reproducida en determinada forma y por determinados funcionarios.” (*Gaceta Judicial*, tomo XLIV, página 712).

Para terminar, conviene observar que el Tribunal no ha dicho que las actas o copias que reúnan las formalidades legales carezcan de fuerza probatoria, sino que el documento traído a los autos para demostrar un matrimonio celebrado en el extranjero no reúne determinados requisitos legales respecto a la forma como deben extenderse y exhibirse y a la oficina o funcionario que los otorga. No dice el fallo acusado que el acto matrimonial se hubiera celebrado o nó, ni que sea válido o inválido, sino que no está comprobado legalmente, con mayor razón tratándose de formalidades *ad solemnitatem*.

Se deduce de lo expuesto que no ha incurrido el Tribunal en errores manifiestos de hecho y de derecho, a consecuencia de los cuales violara los artículos 632, 657, 658, 722, 724 y 730 del Código Judicial; 21, 348 y 382 del Código Civil, y 20 y 21 de la Ley 153 de 1887. Por este aspecto es inatacable la tesis del sentenciador y debe rechazarse el cargo por infundado.

Tercer cargo.—Violación de los artículos 6, 1523, 1740, 1741, 1852 del Código Civil. Funda este capítulo de acusación en que la venta de un inmueble entre cónyuges no divorciados es absolutamente nula, por estar prohibido expresamente por la ley y por causa ilícita. Como la compraventa entre la señora Fernández y Patiño se celebró estando legalmente casados, por las causas ya expresadas esa venta adolece de nulidad absoluta. Sigue el recurrente sosteniendo que siendo la venta entre cónyuges nula, la teoría sobre el error común (*error communis facit jus*) y la doctrina sobre la buena fe, creadora de derechos, no son aplicables a este pleito, como

lo hace el Tribunal, puesto que Patiño sabía el vicio que invalidaba el contrato debió comunicarlo así al comprador en último lugar, Felipe Rodríguez.

Se considera:

Habiéndose llegado, como se llega en esta providencia, a la conclusión de que no aparece legal y suficientemente demostrado en este proceso el matrimonio de Patiño con la señora Fernández, no es pertinente entrar a estudiar el fondo de la cuestión propuesta en este cargo, dado que sólo aceptándose la plena comprobación del acto matrimonial aludido es cuando viene a tener trascendental incidencia lo relativo a la tesis de la buena fe como creadora de derechos y como consecencial protectora del derecho del comprador de la finca, en último término, señor Rodríguez.

Pero como el hecho básico originario de la pretendida nulidad del contrato es ese supuesto vínculo conyugal entre comprador y vendedora resulta inoperante e inocho estudiar si tiene aplicación la máxima *error communis facit jus*.

Por esa razón se rechaza el cargo.

Cuarto cargo.—Lo hace consistir en que el fallo acusado aduce como fundamento de su decisión la expresión *mujer soltera*, que figura en la escritura de venta, y el referido título no prueba ni hace fe en cuanto a la verdad de sus declaraciones, según el artículo 1759 del Código Civil; amén de que esa falsedad demuestra que el contrato se hizo con la intención de engañar a terceros, y burlar las normas sobre sucesión, que son de orden público. Estima violados los artículos 6, 63, 66, 1523, 1604, 1740 y 1743 del Código Civil.

Considera esta Sala:

No puede prosperar este cargo por las mismas razones expuestas al estudiarse el anterior. No habiéndose comprobado legalmente el matrimonio, resulta inconducente adoptar ninguna decisión relativa a la declaración hecha por la vendedora en la escritura de venta y al mérito que deba concederse a esa manifestación de ser soltera cuando celebró el contrato.

Se rechaza el cargo.

Quinto cargo.—No está la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los demandantes, con infracción de los preceptos antes citados y de los artículos 472 y 593 del Código Judicial.

Se considera:

Bien estudiadas, tanto las peticiones formuladas por las actoras como las decisiones del fallo acusado, no existe la pretendida incongruen-

cia, porque lo fallado es precisamente lo suplicado, sin que la negativa a todas o a algunas de las peticiones de la parte actora implique incongruencia, como ya lo ha dicho esta Corte repetidas veces, ya que en todo litigio alguna de las partes ha de ver reconocido o negado el derecho invocado.

Tampoco existe falta de consonancia en el hecho de que se estudien y reconozcan algunas declaraciones contenidas en la demanda de reconvencción, puesto que al tramitarse ésta en una sola cuerda con la principal, sus pretensiones hacen parte del lazo de instancia y deben decidirse en una misma sentencia.

No es fundado este cargo. Se rechaza.

Fallo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, adminis-

trando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 26 de noviembre de 1941, que ha sido motivo de la casación.

Las costas del recurso serán de cargo del recurrente.

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

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



Acción de dominio de minas. Legitimidad en causa.

El artículo 285 del Código de Minas sólo concede el derecho de accionar a los socios de una sociedad minera.

Toda decisión judicial relativa a la legitimidad en causa y a la consiguiente capacidad jurídica para ser parte en determinado litigio es cuestión fundamental que hace parte del lazo de instancia y que atañe a uno de los presupuestos procesales cuya definición constituye una decisión definitiva del negocio sub iudice. Pero esa trascendental cuestión no puede en estos casos ser materia de una antelada declaración de nulidad, porque como afecta de manera definitiva la viabilidad de la acción y el reconocimiento judicial del derecho invocado, no puede ser susceptible de previo y especial pronunciamiento, por tratarse de un aspecto de la controversia que exige decisión de fondo en el fallo definitivo que ponga fin a la respectiva instancia.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

1º El 19 de mayo de 1903, en el Municipio de Sanelemente, Camilo Ladino, en presencia de los testigos Celso Arias y Patricio López, manifestó ante el Alcalde del Distrito, por recomendación de Lázaro Salas que en el punto de "Juan Tapado", comprensión del mismo Municipio, en terrenos de la comunidad indígena de Quinchía, existía una mina de veta de oro y plata, de antiguo descubrimiento, abandonada de su último denunciante Lucio Antonio Toro.

2º El 24 de julio de 1903, el señor Lázaro Salas B., ante el Alcalde Municipal de Riosucio, dijo: "Que en el punto denominado 'Juan Tapado', jurisdicción de este Municipio, existe una mina de oro y plata, de antiguo descubrimiento, y comprendida por estos linderos: (los mismos del aviso anterior). Este aviso fue dado por Salas en su propio nombre y ante los testigos César Cock y Pio Trejos.

3º El 22 de junio del mismo año, Salomón Delgado, en representación de Lázaro Salas, León Vásquez e Isaac Gironza, denunció para sus re-

presentados, ante la Gobernación del Departamento, la mina a que se refieren los avisos anteriores, advirtiendo que había sido abandonada por su antiguo poseedor señor Lucio Antonio Toro; que su nombre anterior era el de 'Juan Tapado', pero que era su propósito denominarla 'La Inagotable'. El denunciante determinó el número de acciones que correspondían a cada uno de sus representados, así: para el señor Isaac Gironza (Presidente de la Compañía), doce acciones; para el señor León Vásquez, seis, y para Lázaro Salas, seis.

4º Con fecha 21 de mayo de 1904 el señor Abigail Piedrahita, obrando como apoderado de Lucio Toro, con bases en el artículo 63 del Código de Minas, se opuso a la posesión que trataba de obtener el denunciante Gironza. El apoderado de la parte demandada se opuso a las solicitudes del actor. Seguido adelante el juicio y proferidos los fallos de ambas instancias, el Tribunal, en sentencia de 5 de noviembre de 1909, declaró desierta la oposición de Toro, y ordenó la remisión del expediente a la autoridad correspondiente con el objeto de que ésta diera posesión de la mina a Isaac Gironza. La sentencia del Tribunal fue confirmada por la Corte en la suya de fecha 23 de agosto de 1910.

5º El 18 de octubre del último año citado, el Alcalde Municipal de Riosucio dio posesión de la mina a Gironza. El 17 de enero de 1911 la Gobernación expidió el título respectivo a favor de los adjudicatarios que figuran en el escrito de denuncia. Este título, marcado con el número 636, aparece registrado en Anserma el 28 de marzo de 1911.

6º Según la escritura número 313, otorgada el 1º de septiembre de 1912 en la Notaría de Riosucio, Isaac Gironza, en su propio nombre y como recomendado de León Hernández, José León Vásquez, Euclides Posada, en representación del doctor Alvaro J. Hoyos, Tiberio Cadavid, Luis Vásquez, Romelia C. de Gironza, Alejandro Morales y Jesús María Ladino, teniendo en cuenta el título número 636, de 17 de enero de 1911, expedido por la Gobernación, de común acuerdo, constituyeron lo que dijeron ser una *Sociedad Civil Colectiva*, que habría de girar con la razón social de "Sociedad de La Inagotable", señalándole como objeto la explotación y elaboración de los minerales de oro y plata que contenga la mina del mismo nombre.

7º Por escritura número 49, de 24 de septiembre de 1938, pasada en la Notaría de Quinchía, la señora Romelia Cataño viuda de Gironza, obrando en su propio nombre y como representante legal de la sucesión de Isaac Gironza, vendió a Vicente Garcés *quince acciones* de veinticuatrava en la mina "La Inagotable". De estas acciones pertenecían dos a la vendedora; doce a la sucesión; una a las iglesias de Quinchía y de "La Candelaria", de Riosucio, y media, que fue de propiedad de León Hernández, la cual fue retraída o refundida a favor de Isaac Gironza.

De acuerdo con la escritura número 344, de 28 de septiembre de 1918, Notaría de Riosucio, Tiberio Cadavid vendió a Vicente Garcés *una acción* de veinticuatrava en "La Inagotable".

Por último, consta en la escritura número 55, de 16 de febrero de 1919, también de la Notaría de Riosucio, que Alejandro Morales vendió al señor Vicente Garcés *acción y media* en la susodicha mina. Los tres títulos inmediatamente anteriores aparecen con sus correspondientes notas de registro.

Son éstos, resumidos en orden cronológico, los antecedentes sobre propiedad y posesión de la mina "La Inagotable", teniendo en cuenta los títulos adquisitivos del actor, los cuales presenta como fundamento capital de la acción.

El proceso.

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Riosucio, en libelo de fecha 10 de abril de 1939, el señor Vicente Garcés de la Cuesta, por sus propios derechos y como mayor accionista en la sociedad minera denominada "La Inagotable", demandó al señor Mesías Pinzón, para que previos los trámites correspondientes al juicio ordinario, se declare:

1º Que la sociedad minera denominada "Sociedad de La Inagotable" es dueña y poseedora de la mina de filón de oro, plata y otros metales, situada en el paraje de "Juan Tapado", jurisdicción del Municipio de Quinchía;

2º Que el demandado señor Mesías Pinzón, debe entregar o restituir dentro del término que la sentencia le señale, la expresada mina a la sociedad minera de "La Inagotable", en la persona del actor como mayor accionista de dicha sociedad, y como demandante para ésta, entrega que hará Pinzón con todas sus mejoras, trabajos, laboreo y anexidades; y

3º Que el demandante Pinzón debe ser condenado al pago de las costas de este juicio, si se opone a él temerariamente.

Puso fin a la instancia el Juez *a quo* en su sentencia de 26 de septiembre de 1939, en la cual decidió que la compañía minera en cuyo nombre se accionaba es dueña y poseedora regular de la mina "La Inagotable". En consecuencia,

ordena al demandado Pinzón que restituya la referida mina al actor Garcés de la Cuesta, dentro del término de seis días, restitución que debe hacer con las mejoras, trabajos, labores y anexidades.

La sentencia acusada.

Interpuso recurso de apelación el demandado Pinzón y le correspondió fallarlo al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, quien la finalizó en sentencia fechada el 10 de abril de 1942, por virtud de la cual revoca la recurrida, por improcedencia de la acción intentada y, en consecuencia, absuelve al demandado de los cargos que le fueron formulados.

Considera el Tribunal fallador que el actor carece de personería sustantiva para intentar la acción sobre dominio minero a nombre de la "Sociedad de La Inagotable", por dos razones: la primera, porque adquirió la mayoría de las acciones de dicha entidad minera con manifiesta violación de lo dispuesto en la cláusula décimaquinta de los estatutos de dicha sociedad, e infringiéndose a la vez los artículos 252 y 275 del Código de Minas, y 2114 del Código Civil, aplicables a esta clase de transacciones, y que sancionan con la nulidad la omisión de tales formalidades; y en segundo lugar, porque constituida legalmente la sociedad minera a cuyo nombre pretende accionar, no ostenta el actor Garcés la representación y personería legal de tal empresa por el simple hecho de ser su mayor accionista, sino que tal personería sólo puede llevarla en juicio el Presidente o Director de la entidad, y a falta de éste, su Vicepresidente, al tenor de lo dispuesto por la cláusula 4ª de los estatutos de la mencionada compañía. Concluye el Tribunal que de conformidad con la referida cláusula, en el contrato de sociedad fue confiada la administración a determinados socios, indicando la forma de su elección; y cuando esto sucede, de conformidad con el artículo 2097 del Código Civil, las facultades administrativas del socio o socios elegidos forman parte de las condiciones esenciales de la sociedad.

El recurso.

Lo interpone la parte actora y acusa la sentencia por los motivos 1º, 2º y 6º de los consagrados en el artículo 520 del Código Judicial. Considera los dos primeros cargos en capítulos separados, así:

Primer cargo.—Lo hace consistir en infracción de ley sustantiva, tanto por violación directa como por error de interpretación e indebida aplicación al caso del pleito. Estima que violó la sentencia el artículo 285 del Código de Minas, al desconocer al actor la personería sustantiva para establecer esta acción de dominio

y posesión, pues conforme a dicho precepto todas las gestiones que cualquier socio haga para conservar la propiedad y posesión de una mina aprovecha a los demás socios, aunque no haya obrado especialmente en nombre de ellos. El hecho de que el artículo 275 del Código de Minas exija varios requisitos para que los socios de una mina puedan vender sus derechos, y que en las ventas que se hicieron al recurrente no se hubieran cumplido tales requisitos, no implica la nulidad actual de esos títulos o escrituras de compraventa, porque tal cuestión no ha sido materia del debate y no fue planteada siquiera por quien pudiera tener interés en que esa nulidad se declarara.

También considera como violados por la sentencia los artículos 303 y 305 del Código de Minas, en concepto de no haberse aplicado al caso del pleito, ya que según esas disposiciones la posesión regular y ordinaria de una mina se adquieren por el pago del impuesto, la adquisición del título y la ocupación material de ella. Por causa de esas violaciones se abstuvo el Tribunal de entrar en el estudio y fallo de lo principal del litigio, dejando de aplicar los artículos 946, 950, 951, 952 y 961 del Código Civil.

Segundo cargo.—Alega la segunda causal de casación y acusa el fallo por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Hace consistir dicha incongruencia en que la sentencia acusada falló el pleito declarando tácitamente como demostrada una excepción de falta de personería sustantiva de la parte demandante, sin que este medio de defensa hubiera sido opuesto por el demandado. Si toda sentencia debe recaer únicamente sobre la controversia que es materia del juicio, es evidente que si el fallador decide sobre cuestiones no planteadas por las partes, tal decisión se aparte de las normas legales y quebranta lo dispuesto en el artículo 466 del Código Judicial.

Estudio de los cargos.

Sirve de soporte básico a la sentencia acusada la consideración que hace el Tribunal de que el actor carece de personería sustantiva suficiente para incoar la acción, porque no ha podido demostrar que ostenta en forma legal el carácter de socio de la "Sociedad de La Inagotable".

A juicio de esta Sala, es fundado y se ajusta a derecho el anterior concepto del fallador de segundo grado, por las razones que pasan a exponerse:

A) Según los términos de la escritura número 313 de 1912, Isaac Gironza y otros socios, teniendo en cuenta el título minero número 636, expedido por la Gobernación de Caldas, de común acuerdo constituyeron una "sociedad civil co-

lectiva" que habría de girar bajo la razón social de "Sociedad de La Inagotable", señalándole como finalidad social la explotación y elaboración de los minerales de oro y plata que contenga la mina del mismo nombre.

Por medio de la cláusula cuarta de los estatutos sociales se dispone que ésta tendrá un Presidente, con carácter de Director, y que cuando ocurran faltas absolutas o temporales de éste será reemplazado por el Vicepresidente. El Presidente será el administrador de los intereses de la sociedad, obligándola por razón de los actos o contratos que celebre en su nombre.

La cláusula décimaquinta de los mismos estatutos ordena que ninguno de los socios podrá vender a otro particular, sino con el consentimiento de la mayoría de la sociedad.

En el caso de autos, el señor Garcés de la Cuesta no ha podido evidenciar que adquirió en forma legal la mayoría de las acciones en el dominio minero de "La Inagotable", y que, por ende, en realidad está investido del carácter de socio de tal entidad, porque, al tenor del artículo 275 del Código de Minas, estrictamente aplicable a este litigio, "los socios pueden enajenar libremente sus derechos; pero en caso de venta deben avisarlo inmediatamente a la sociedad, con el fin de que si le conviene retraer los derechos enajenados, es decir, tomarlos por el tanto, lo verifique dentro de quince días... Toda venta hecha sin el requisito expresado es nula y de ningún valor".

Basta examinar el expediente para concluir que el actor no ha demostrado que cumpliera previamente ese requisito, que viene a ser por disposición expresa de dicha norma, condición esencial para la existencia y validez de toda operación de compra de derechos en esta clase de sociedades mineras. No habiendo comprobado su cumplimiento, todas las transacciones sobre compra adolecen del vicio congénito de nulidad, y, como consecuencia obligada, el actor nada pudo adquirir y menos puede ostentar la condición de socio de la entidad minera a cuyo nombre habla y acciona. Y como esta calidad de socio es la única que podría revestirlo de personería sustantiva para incoar acciones de dominio de esta índole, resalta la conclusión lógica de que no es aplicable al pleito el artículo 285 del Código de Minas, como lo pretende el recurrente, dado que este precepto sólo concede el derecho de accionar a los socios de una sociedad minera y el actor no pudo adquirir esa categoría, por las circunstancias antes expresadas.

De manera que tanto por exigencia de la voluntad contractual, libremente manifestada en la cláusula décimaquinta de los estatutos, como por disposición expresa del artículo 275 del Có-

digo de Minas, el actor carece de la investidura de socio de la entidad a cuyo nombre actúa.

Pero hay algo más: el actor acciona para la sociedad, alegando su condición de socio propietario de la mayoría de las acciones, y en tal caso quien ostenta la personería social no es el socio mayoritario ni ninguno otro en particular, sino el Presidente de la sociedad, que ejerce también las funciones de Director, o en caso de falta temporal de éste, el Vicepresidente. Y Garcés no ha comprobado que tenga alguna de esas dos investiduras, sin que valga la consideración alegada por él de que la sociedad minera a cuyo nombre actúa no alcanzó a organizarse y a designar sus jerarquías, pues en ese último evento lo pertinente y legal era cumplir esa previa formalidad y entonces, por tal conducto regular, ejercer las acciones posesorias o de dominio que competen al organismo social.

Al tenor del artículo 252 del Código de Minas las compañías mineras como la de autos se regirán por las reglas o estatutos que tengan establecidos o adoptados, y en su defecto, por las disposiciones del Título XXVIII (sic), Libro IV, del Código Civil. El artículo 2097 de este ordenamiento civil dispone que "las facultades administrativas del socio o socios elegidos forman parte de las condiciones esenciales de la sociedad". Con lo que queda sentado que la representación de la sociedad a cuyo nombre se acciona debía tenerla el socio designado para tal fin, pero no cada uno de los socios propietarios de acciones en la susodicha entidad minera.

El artículo 2114 del Código antes mencionado, igualmente aplicable en la regulación de la vida interna de esta clase de sociedades, ordena que "ningún socio, aun ejerciendo las más amplias facultades administrativas, puede incorporar a un tercero en la sociedad, sin el consentimiento de sus consocios; pero puede sin este consentimiento asociarle a sí mismo y se formará entonces entre él y el tercero una sociedad particular, que sólo será relativa a la parte del socio antiguo en la primera sociedad". De manera que, no habiéndose evidenciado el cumplimiento de este requisito esencial, no puede ostentar el actor el carácter de socio de la entidad accionadora y menos asumir su personería en juicio para la defensa de sus derechos patrimoniales.

Se rechaza el primer cargo.

B) No es admisible tampoco el argumento de que el Tribunal carecía de facultad para decidir en su fallo, aun oficiosamente, sobre la personería sustantiva de la parte demandante, porque, como ya lo dijo la Corte en sentencia de casación de fecha 11 de diciembre de 1940, "el examen de los presupuestos procesales en la parte

que representa los elementos constitutivos de la acción que se ejercita, ya estudiado el derecho en sí, o ya en relación con quien comparece en juicio reclamándolo, es cosa que corresponde hacer en juicio a los juzgadores, como consideración previa indispensable para poder declarar con lugar o nó la demanda, y sin necesidad de que el reo haya alegado la carencia de acción o su improcedencia. Es obligación legal de oficioso cumplimiento que el Juez estudie si se ha justificado o nó la acción incoada. En este caso, la falta de la calidad jurídica de socio en el actor que demanda en nombre y para una sociedad colectiva de minas, constituye incuestionablemente un defecto esencial en el ejercicio de la acción, que el Tribunal estaba en el deber de apreciar al proferir su fallo. Esta situación determinada por la falta de uno de los presupuestos procesales que impide el pronunciamiento del fallo de fondo no puede confundirse con la que se origina en el hecho de que el demandado no proponga excepciones o hechos que induzcan la inexistencia de la obligación, porque son cosas muy distintas las excepciones o defensas del demandado y las relaciones legales procesales de las partes que vienen a constituir elementos indispensables que afectan la viabilidad misma de la acción." (*Gaceta Judicial*, tomo L, página 492).

De manera que no existe la pretendida incongruencia entre lo pedido y lo fallado, que se alega como segundo cargo en la demanda de casación, y que se hace consistir en que la parte demandada no alegó ni opuso este medio de defensa, por lo cual no podía ser estudiada y reconocida por el Tribunal sentenciador.

Es infundado este segundo cargo, y no puede prosperar.

C) Presenta como subsidiario el tercer cargo, y lo hace consistir en la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial, en que si había carencia de personería de la parte actora, tal motivo entonces sólo debía dar lugar a la existencia de la causal de nulidad que contempla el ordinal 2º del artículo 448 del Código Judicial, y debe infirmarse la sentencia acusada, con vista de dicha causal 6ª.

Se considera:

Toda decisión judicial relativa a la legitimidad en causa y a la consiguiente capacidad jurídica para ser parte en determinado litigio es cuestión fundamental que hace parte del lazo de instancia y que atañe, como viene dicho anteriormente, a uno de los presupuestos procesales cuya definición constituye una decisión definitiva del negocio *sub judice*.

Pero esa trascendental cuestión no puede en estos casos ser materia de una antelada declaración de nulidad, porque como afecta de manera

definitiva la viabilidad de la acción y el reconocimiento judicial del derecho invocado, no puede ser susceptible de previo y especial pronunciamiento, por tratarse de un aspecto de la controversia que exige decisión de fondo en el fallo definitivo que ponga fin a la respectiva instancia. Así lo consagra, hasta cierto punto, la doctrina de esta Corte contenida en la sentencia de casación transcrita anteriormente, al contestar el segundo cargo del recurso.

Son suficientes las anteriores razones para desestimar este último reparo subsidiario.

Fallo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, adminis-

trando 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 Manizales el 10 de abril de 1942, que ha sido materia de esta casación.

Las costas del recurso serán de cargo del recurrente.

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

Fulgencio Lequerica Vélez, José Miguel Arango, Liborio Escallón, Isaias Cepeda, Ricardo Hines-trosa Daza, Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

Recurso de revisión en materia civil. - En qué consiste la violencia. Qué se entiende por fraude.

1. El recurso de revisión, conforme a los artículos 542 a 547 del Código Judicial, es de carácter extraordinario, taxativo por naturaleza, limitado por el tiempo para ejercitarlo y condicionado, no sólo para su viabilidad, sino para su admisibilidad, a la demostración de algunas de las cuatro causas establecidas por el artículo 542 *ibidem*. Una de las diferencias esenciales entre la acción ordinaria y la extraordinaria de revisión consiste en que en la primera la admisibilidad está condicionada a la forma de la demanda, que debe llenar los requisitos exigidos por el artículo 205 del Código Judicial, y a la jurisdicción del Juez. Por eso cuando se ejercita esa acción es indiferente presentar o no las pruebas en que el actor fundamenta sus pretensiones. En la acción extraordinaria de revisión es necesario tener en cuenta, no sólo los dos factores de que se acaba de hacer mérito, sino el tiempo (artículo 543 *ibidem*) y las pruebas en que se funde la solicitud de revisión (artículo 544 *ibidem*) y que deben demostrar alguna de las cuatro causales, únicas que dan margen para revisión de una sentencia. Puede decirse que el juzgador entra en estos casos, calificando *prima facie*, sin que esa calificación lo ligue para el fallo, las pruebas que al respecto aduce el actor. El legislador fue estricto al dictar el artículo 544, y se inspiró en los principios jurídicos que configuran el recurso de revisión, y exigió por eso que se acompañaran las pruebas del caso, tanto para evitar que el juicio de revisión prácticamente se convirtiera en un simple juicio ordinario, como para fijar ciertas limitaciones a la acción, puesto que en todo recurso extraordinario, como el de revisión, como el de casación, la libertad de acción ante la justicia de los particulares está condicionada a determinadas exigencias y a circunstancias preexistentes.

2. Para que exista la violencia es necesario el elemento coacta voluntas; según expresión de los jurisperitos romanos, que consiste en la fuerza de que se usa contra alguna persona para obligarla a hacer lo que no quiere por medios a que no puede resistir. Es una presión sobre el ánimo, que in-

fluye de una manera tan determinante en quien padece la violencia, que su voluntad no queda libre sino sometida al agente de la fuerza. Tiene ésta un carácter subjetivo, porque la violencia no vicia el consentimiento ni inhibe la voluntad, siempre que se ejercita, y por eso es preciso tener en cada caso las circunstancias, condiciones, sexo, etc., del que la padece. Tiene también un carácter relativo, porque no es cualquier temor el que constituye la fuerza como vicio del consentimiento o coacción de la voluntad, sino un temor o un mal presente, y de ahí el siguiente texto romano: *metum praesentem suspicionem inferendi ejus*.

3. El fraude es una maquinación engañosa para causar perjuicios a terceros y tiende a frustrar la ley o los derechos que de ella se derivan. Está formado por un elemento antecedente, que es el engaño como medio de llegar al fraude; que es el fin u objeto a que da base el engaño. Engaño y fraude no son sinónimos, puesto que el primero es sólo la falta de verdad en lo que se dice, se cree o se piensa, al paso que el fraude es la maquinación para perjudicar a otro. Lo que sucede es que en el fraude el concepto de engaño va unido como atributo que le pertenece por esencia. El dolo no es propiamente el fraude, sino más bien una especie de éste, en que el elemento intencional de causar perjuicio a otro predomina, pero en el que no siempre está condicionado por una maquinación sino más bien por una sagacidad para causar perjuicio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, junio nueve de mil novecientos cuarenta y tres.

Aristóbulo Morales P. demandó a Roberto Morales G. para el pago del auxilio de cesantía. Surtidos los trámites legales de ese juicio especial, el Juez 6º del Circuito de Bogotá, en sentencia de 27 de octubre de 1942, condenó al demandado a pagar al demandante la suma de \$ 10.827.37, y negó las otras súplicas de la demanda.

Apelaron ambas partes del fallo, y el Tribunal Superior de Bogotá, con un voto disidente, y en sentencia publicada el 6 de febrero de 1943, revocó los numerales 1º y 2º de la de primer grado, declaró probada la excepción de prescripción de corto tiempo, por lo cual absolvió al demandado de los cargos correspondientes y confirmó el numeral 3º.

En firme la sentencia de segundo grado, el doctor Luis Quintero Henao, personero de la parte demandante, entabló ante esta Corte el recurso extraordinario de revisión contra dicho fallo, por cuanto, como lo expresa en el hecho undécimo de su libelo, "la mencionada sentencia de segunda instancia se dictó injustamente por violencia y por fraude. No se pudo dictar limpia e imparcialmente como correspondía al prestigio de la justicia y buena reputación del Tribunal porque faltó un hecho decisivo detenido por fuerza mayor y por obra de la parte favorecida, como lo fue el estar pendiente cuando se dictó la sentencia el incidente de recusación del Magistrado Vásquez R."

El anterior concepto lo reafirma el doctor Quintero Henao en la siguiente forma, al referirse a los fundamentos de derecho: "Para el presente caso, la sentencia se dictó injustamente por violencia que se ejerció sobre el Tribunal Superior y sobre todo contra el Magistrado Vásquez R."

Como petición subsidiaria solicita que esta Corte declare que no hubo sentencia de segunda instancia, por ser nula la que se dictó, y que, como consecuencia de dicha declaración, el mencionado juicio debe ser repartido nuevamente al Tribunal Superior de Bogotá para que continúe su tramitación legal.

El asunto fue repartido el 8 de mayo último, y hoy la Corte pasa a pronunciarse sobre la admisión del recurso, para lo cual considera lo siguiente:

De la documentación presentada por el doctor Quintero Henao se viene en conocimiento de lo que sigue: que la Sala falladora la formaban los Magistrados Gualberto Rodríguez Peña, ponente del negocio; Luis E. Vásquez y Alejandro Venegas, quien salvó su voto; que estando el expediente al estudio del Magistrado Venegas para su salvamento de voto, el apoderado de la parte demandante, insinuó en forma pulcra y digna al Magistrado Vásquez, un estudio detenido de la cuestión debatida, y que dicho Magistrado le dio su aprobación al proyecto del Magistrado ponente, dejando una constancia de las razones de derecho por las cuales adhirió a aquél.

El 17 de diciembre de 1942 el doctor Miguel Anzola Cásseres recusó al Magistrado doctor Vásquez, fundado en los artículos 435 numeral 14.442 y 444 del Código Judicial. Fue declarada

inadmisible dicha recusación, por los Magistrados Rodríguez Peña y Venegas, quienes para el efecto formaban la Sala de Decisión, por lo cual el expresado doctor Anzola les impetró el recurso de reposición, que presentó el 22 de enero de 1943, y entró al Despacho del Magistrado doctor Rodríguez el 2 de febrero de 1943.

El 8 de febrero de dicho año presentó el doctor Anzola el memorial de desistimiento sobre reposición de que se ha hecho mérito, "en virtud de haber salido ya la sentencia de segunda instancia", pidiendo en consecuencia que se declare aceptado el desistimiento.

Según certificado del Magistrado ponente, doctor Rodríguez Peña, aparece que "la sentencia de segunda instancia fue publicada el día seis de febrero, fecha en la cual el incidente de recusación se hallaba a la mesa del suscrito para la reposición y con el proyecto de auto a que antes se hizo referencia". En el numeral 3º de ese certificado del doctor Rodríguez Peña se dice así:

"Tercero. Que el día cuatro de febrero, en que el suscrito Magistrado tuvo elaborado el auto que debía recaer a la solicitud de reposición, acudió a donde su colega el doctor Venegas por tres veces, con el objeto de discutir el proyecto; en dichas ocasiones fue informado por el Auxiliar de aquella oficina no hallarse el señor Magistrado. El día cinco acudió de nuevo y habiéndolo encontrado, no fue sin embargo posible la discusión, por encontrarse dedicado el doctor Venegas a la elaboración de alguna providencia que en ese momento le dictaba al Auxiliar. El sábado seis no pudo el suscrito hablar con el doctor Venegas; de esta suerte y como el día lunes ocho encontrara el suscrito sobre su mesa el memorial de desistimiento, optó por escribir el auto que presentó en esa misma fecha a la aprobación del doctor Venegas, quien lo suscribió."

El 8 de febrero de 1943 se dictó el auto firmado por los Magistrados Rodríguez Peña y Venegas, en que se admite el desistimiento, y este último dejó la siguiente constancia:

"Al firmar el auto anterior, hago constar que, antes de ahora, no tenía conocimiento de que el auto de fecha 18 de diciembre de 1942 hubiera sido reclamado. Por esa ignorancia procedí a redactar y formular el salvamento de voto que obra en el cuaderno principal del juicio."

Teniendo en cuenta la anterior relación de hechos, apoyada en documentos presentados por el demandante en este recurso, y que no tiene otra finalidad sino la de servir de prueba a los asertos en que fundamenta su acción, se considera:

En el fallo de 29 de octubre de 1942 (*Gaceta Judicial*, tomo XLIV, página 653), y en providencia de 7 de noviembre del mismo año, la Corte fijó la característica y la configuración jurídica del recurso de revisión, teniendo en cuenta los textos legales al respecto, o sean los artículos 542 a 547 del Código Judicial.

Ese es un recurso de carácter extraordinario, taxativo por su naturaleza, limitado por el tiempo para ejercitarlo, y condicionado, no sólo para su viabilidad sino para su admisibilidad, a la demostración de algunas de las cuatro causas establecidas por el artículo 542 *ibidem*.

Una de las diferencias esenciales entre la acción ordinaria y la extraordinaria de revisión, consiste en que en la primera la admisibilidad está condicionada a la forma de la demanda, que debe llenar los requisitos exigidos por el artículo 205 del Código Judicial, y a la jurisdicción del Juez. Por eso cuando se ejercita esa acción es indiferente presentar o no las pruebas en que el actor fundamenta sus pretensiones.

En la acción extraordinaria de revisión es necesario tener en cuenta, no sólo los dos factores de que se acaba de hacer mérito, sino el tiempo (artículo 543 *ibidem*) y las pruebas en que se funde la solicitud de revisión (artículo 544 *ibidem*), y que deben demostrar alguna de las cuatro causales, únicas que dan margen para revisión de una sentencia.

Puede decirse que el juzgador entra en estos casos, calificando *prima facie*, sin que esa calificación lo ligue para el fallo, las pruebas que al respecto aduce el actor.

El legislador fue estricto al dictar el artículo 544, y se inspiró en los principios jurídicos que configuran el recurso de revisión, y exigió por eso que se acompañaran las pruebas del caso, tanto para evitar que el juicio de revisión prácticamente se convirtiera en un simple juicio ordinario, como para fijar ciertas limitaciones a la acción, puesto que en todo recurso extraordinario, como el de revisión, como el de casación, la libertad de acción ante la justicia de los particulares, está condicionada a determinadas exigencias y a circunstancias preexistentes.

Por ese fallo de 7 de noviembre ya citado, dijo la Corte:

"Bien sabido es que el recurso de revisión es fundamentalmente distinto de una instancia del juicio, y no tiene por objeto examinar si la sentencia ejecutoriada contra la cual se propone es o no legal. Es un remedio extraordinario que se enderoca a quebrantar el sello y la eficacia de

la cosa juzgada, y que, por consiguiente, no procede sino en los casos igualmente extraordinarios en que lo autoriza la ley. La solicitud de revisión es inadmisibile si no se funda precisamente en las circunstancias determinadas por la ley, de modo que a esta vía excepcional y de derecho estricto no se puede ocurrir libremente, como sucede con los recursos ordinarios, por todo el que haya perdido el pleito. . . . Es apenas lógico y justo que para enjuiciar la cosa juzgada, una de las bases fundamentales del orden jurídico, se exija como prenda de seriedad la presentación de las pruebas como requisito formal para dar comienzo o autorizar una acción excepcional y extraordinaria de rectificación jurisdiccional. Esta prueba documental que debe acompañarse al escrito en que se interpone la revisión se exige y considera, como es obvio, en calidad de base legal para la admisión del recurso, ya que el estudio y apreciación de su mérito demostrativo como el de las que se producen en el término probatorio, como base de la revisión, esto es, su capacidad rectificadora o destructora de la convicción judicial en que se fundó la sentencia recurrida, es la cuestión de fondo que se decide en la sentencia que defina el recurso."

Sentadas estas premisas y siguiendo además la doctrina de la Corte de 29 de octubre ya citada, no se dio curso a la demanda de revisión incoada por Salomón Adames García, Aura María Adames de Ruiz y María Neira Solórzano contra la sentencia proferida por la Corte el 21 de octubre de 1940, y se negó la admisibilidad del recurso, en providencia de 7 de noviembre de 1942, por cuanto los demandantes no presentaron las pruebas en que fundaban su acción, la que derivaron de los numerales 1º y 2º del artículo 542 del Código Judicial.

Sobre las anteriores bases legales y jurídicas, y los anteriores antecedentes jurisprudenciales, teniendo en cuenta que cuando se intenta el recurso de revisión es preciso presentar la prueba adecuada del hecho en que aquél se funda, según expositores tan autorizados como Manresa y Navarro, y aplicándolas al caso de autos, se tiene lo siguiente:

Como ya se expresó, la presente acción de revisión se funda en el numeral 4º del artículo 542 del Código Judicial, en cuanto la sentencia se dictó injustamente, por violencia y fraude. Se presenta al Magistrado Vásquez, como sujeto pasivo de la violencia.

Para que exista ésta es necesario el elemento *coacta voluntas*, según expresión de los jurisperitos romanos, que consiste en la fuerza de que

se usa contra alguna persona para obligarla a hacer lo que no quiere por medios a que no puede resistir. Es una presión sobre el ánimo, que influye de una manera tan determinante en quien padece la violencia, que su voluntad no queda libre sino sometida al agente de la fuerza. Tiene ésta un carácter subjetivo, porque la violencia no vicia el consentimiento ni inhibe la voluntad, siempre que se ejercita, y por eso es preciso tener en cada caso las circunstancias, condiciones, sexo, etc., del que la padece. Tiene también un carácter relativo, porque no es cualquier temor el que constituye la fuerza como vicio del consentimiento o coacción de la voluntad, sino un temor o un mal presente, y de ahí el siguiente texto romano: *metum praesentem suspirationem inferendi ejus*.

El Magistrado Vásquez, a quien se señala, como se ha dicho, como víctima de la violencia, dejó la constancia de que ya se ha hecho mérito, que por sí sola aleja hasta la menor sospecha de violencia, y que refuerza los argumentos de la sentencia que firmó. Es, pues, una reafirmación del fallo.

Ante esto, y no habiendo ninguna otra prueba sobre el particular, es imposible desde todo punto de vista sostener que la sentencia fue dictada por violencia ejercitada sobre el doctor Vásquez, de donde resulta que el demandante no ha dado la prueba de ese aserto, como tampoco el de violencia sobre el Tribunal.

El fraude es una maquinación engañosa para causar perjuicios a terceros, y tiende a frustrar la ley o los derechos que de ella se derivan. Está formado por un elemento antecedente, que es el engaño como medio de llegar al fraude, que es el fin u objeto a que da base el engaño. Engaño y fraude no son sinónimos, puesto que el primero es sólo la falta de verdad en lo que se dice, se cree o se piensa, al paso que el fraude es la maquinación para perjudicar a otro. Lo que sucede es que en el fraude el concepto de engaño va unido como atributo que le pertenece por esencia. El dolo no es propiamente el fraude, sino más bien una especie de éste, en que el elemento intencional de causar perjuicio a otro predomina, pero en el que no siempre está condicionado por una maquinación sino más bien por una sagacidad para causar perjuicio.

Aclarados los conceptos anteriores, no hay prueba ninguna en el expediente que indique siquiera en principio, que la sentencia cuya revisión se impetra fue dictada, ya por medio de una maquinación preexistente o coetánea al fallo cuyo objeto fue el de lesionar derechos de alguna de las partes, ya por ningún engaño padecido por alguno de los Magistrados que sus-

cribieron la sentencia, valiendo la pena observar que engaño no es lo mismo que error, ya por una intención dolosa, elemento subjetivo, casi imposible de comprobar, que hubiera inducido a los falladores a pronunciar el fallo.

Y ha subrayado la Corte que el engaño no es el error, porque cuando en una sentencia se ha incidido en error de hecho o de derecho, y se demuestra, se rompe en casación el fallo, pero nunca en el recurso de revisión.

De modo que el segundo extremo en que se apoya el recurso no está comprobado.

Si acaso puede interpretarse o deducirse de la demanda que el actor funda su pretensión en el numeral 1º del artículo 520, por cuanto estima que "faltó un hecho decisivo detenido por fuerza mayor y por obra de la parte favorecida, como lo fue el estar pendiente cuando se dictó la sentencia el incidente de recusación del Magistrado Vásquez R.", observa la Corte que tal hecho no cuadra dentro de la causal primera del citado artículo, ni es pertinente, por cuanto dicho numeral se refiere a piezas decisivas, que no pueden ser otras sino pruebas, que influyen en la solución del pleito y retenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida, y de nada de eso se trata en el caso de autos, pues el hecho de proponer un incidente, lo cual hace que se le dé la tramitación del caso por el Juez a quien corresponde, no induce el concepto de retención, en el sentido que le da el numeral 1º del citado artículo 520. El concepto de retención, en el caso de tal numeral, no es otro sino el de una actitud, dolosa, que puede llevar hasta el sello de lo delictual, ejercitada en su provecho, por la parte a quien la presentación del documento la puede desfavorecer, o la imposibilidad, fuerza mayor, de presentar la pieza o documento que puede ser decisivo en un juicio, en virtud de una actitud dolosa, o arbitraria únicamente, de quien tiene en su poder el documento respectivo, como sería el caso en que una autoridad, un Juez, un Notario, un Gobernador, un Alcalde, se negaran a expedir copia de una escritura, a exhibir un documento que existe en un proceso que está bajo su cuidado, a ordenar un desglose, etc., etc., sin que su negativa se fundara en la ley o que de cualquier otro modo se le impidiera a quien tiene necesidad de la prueba, el que pudiera obtenerlo, es decir, que se le interpusiera un obstáculo insalvable, o sea la fuerza mayor.

De la lectura de los documentos que el actor acompañó a la demanda, se deduce que desde la presentación del proyecto de sentencia hasta la publicación de ésta, ocurrió algo que se sale de lo normal, algo que quizá no había sucedido antes, y que la Corte se abstiene de calificar, pero

que no constituye la prueba que requiere el artículo 544 para dar entrada al recurso.

Finalmente, el demandante, como petición subsidiaria, solicita que se declare que no hubo sentencia de segunda instancia por ser nula la que se dictó, pero esta petición no puede ser considerada en el recurso extraordinario de revisión, por lo ya explicado. Es muy sabido que la acción de nulidad de una sentencia, en el concepto en que enfoca la cuestión el demandante, en la petición subsidiaria, tiene una tramitación de carácter ordinario, y que es muy diferente,

desde todo punto de vista, a la que configura la revisión.

Por lo expuesto, NO SE ORDENA dar curso a la demanda por ser inadmisibile el recurso de revisión a que se ha hecho referencia.

Devuélvase la suma consignada y déjese recibo de la devolución en el expediente.

Notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y archívese.

Liborio Escallón.—*Pedro León Rincón*, Secretario en propiedad.



ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez):

Antecedentes.

La causa o razón de la demanda, la deduce el actor de los siguientes hechos:

“1º En el mes de julio de mil novecientos treinta y cinco, los demandantes celebraron con la demandada el contrato de arrendamiento consignado en documento privado, de una finca situada en el partido de ‘El Carrizal’, jurisdicción del Municipio de Caldas, finca llamada ‘La Esperanza’.

“2º En dicho contrato se estipuló que los inquilinos podían hacer mejoras en la casa de habitación que tiene la finca, y se señaló como término del contrato de arrendamiento, el de cinco años.

“3º En el mes de noviembre de mil novecientos treinta y nueve, la demandada inició ante el Juzgado Municipal de Caldas juicio de lanzamiento contra los demandantes por la entrega de la finca, no obstante ser ellos vecinos de Chiquinquirá.

“4º En virtud del juicio de lanzamiento, la finca materia del contrato de arrendamiento, se les quitó a los demandantes, y con ella todos los pastos, sementeras de maíz y papa, y unos barbechos y cercas que habían hecho para la siembra del año siguiente, más las mejoras que habían hecho a la casa de habitación que tiene la finca en referencia.

“5º El término del contrato de arrendamiento no había vencido, y el lanzamiento no se hizo dentro de los términos que señala la ley, es decir, con un año de plazo para el desahucio.

“6º Las mejoras de la casa, los pastos de toda la finca, las sementeras de papa y de maíz, los barbechos que se habían hecho y la limpia y desmonte, fueron aprovechados por la demandada —agrega el actor— a expensas de mis mandantes, sin que hasta la fecha los haya pagado.”

El proceso.

El doctor Pedro Ricardo Sánchez M., mayor de edad y vecino de Chiquinquirá, haciendo uso del poder que al efecto le confirieron Gregorio Rojas Londoño y Ana Salazar, inició ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Chiquinquirá juicio civil ordinario de mayor cuantía contra Micaelina del Patrocinio Páez, mujer soltera, mayor de edad y vecina de Chiquinquirá, en orden a obtener las siguientes declaraciones:

Primera. Que la demandada debe pagar a los demandantes, tres días después de ejecutoriada la sentencia, la cantidad de tres mil pesos moneda corriente, en que estiman los perjuicios, provenientes del valor de unas mejoras hechas en una casa de propiedad de la demandada, los pastos, sementeras de papa y maíz y unos barbechos, que los demandantes tenían y dejaron en una finca denominada “La Esperanza”, ubicada en el partido de “El Carrizal”, jurisdicción del Municipio de Caldas, finca que le tenían en arrendamiento a la demandada, y que a consecuencia de un juicio de lanzamiento que les instauró ante el Juzgado Municipal de Caldas, se les quitó y privó de su uso y goce; mejoras, pastos y sementeras, que las aprovechó la demandada a expensas de los demandantes, incluyendo en estos perjuicios el lucro cesante y daño emergente por la quitada de la finca antes del vencimiento del plazo fijado en el contrato de arrendamiento.

Segunda. Que la demandada debe pagar las costas del juicio.

Tercera. Subsidiariamente, que la demandada debe pagar a los demandantes, la cantidad que fijen los peritos y sea regulada por el Juzgado, por el valor de los perjuicios de que trata el punto primero de esta demanda.

Agotada la tramitación de primera instancia, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Chiquinquirá le puso término en su fallo definitivo de dos de octubre de 1941, en el cual declaró probada la excepción perentoria de carencia de acción, y absolvió a la demandada de los cargos formulados en la demanda.

La sentencia acusada.

Conoció de la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, por virtud de apelación de la parte actora, entidad que la desató en sentencia de diez y nueve de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, en la cual falló el pleito así:

"1º Absuélvese a la demandada Micaelina del Patrocinio Páez, mayor de edad y vecina de la ciudad de Chiquinquirá, de los cargos formulados en la demanda.

"2º Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada en la contestación de la demanda.

"3º No hay lugar a condenación en costas en ninguna de las instancias del juicio.

"4º Queda así reformada la sentencia de fecha dos de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Chiquinquirá en el juicio ordinario adelantado por el doctor Ricardo Sánchez M., como apoderado judicial de Gregorio Rojas Londoño y Ana Salazar."

Funda su decisión absolutoria el Tribunal en las consideraciones que pasan a extractarse:

a) En que de autos no resulta la menor prueba acerca de la existencia de las mejoras realizadas por la parte demandante en la finca materia del contrato de arrendamiento; y no habiéndose establecido tal causa o motivo para la condenación impetrada respecto a las mejoras y perjuicios provenientes del no pago de éstas, mal puede prosperar esa súplica, que tiene como fundamento tal hecho;

b) En que no se ha demostrado que con el lanzamiento del fundo arrendado se les haya quitado a los actores todos los pastos, sementeras de maíz y papa, y unos barbechos y cercas que habían hecho para las siembras del año siguiente, ni que se les haya despojado o privado del valor de mejoras en la casa y en la finca, efectuadas por los demandantes, ya que ni siquiera se demostró la existencia de éstos;

c) Que aun cuando el contrato de arrendamiento fijó la duración de tal pacto en cinco años, es lo cierto que tal aspecto implica una cuestión de derecho, como es la de que el arrendador pueda poner fin al arrendamiento, precisamente en los casos a que aluden las copias del juicio de lanzamiento agregadas a este proceso; y no hay datos procesales para abrigar la convicción de que por falta de los demandados se hubiera procedido injustamente en aquel juicio.

Pero a pesar de llegar a una misma conclusión absolutoria reforma el Tribunal la sentencia, porque tal resolución se hace depender de ha-

ber declarado previamente probada la excepción de carencia de acción, lo que implica un error judicial de técnica, ya que la absolución de la parte demandada debe provenir exclusivamente de no estar probados los hechos aducidos como fundamento de las pretensiones del actor.

El recurso.

Interpone recurso de casación el apoderado de la parte actora, en una demanda defectuosa en la forma, por su falta de técnica. Pero cualquiera que se alcanza a conocer el pensamiento del recurrente, en cuanto a la naturaleza y fundamento de las acusaciones que hace la sentencia, se pasan a estudiar los dos reparos formulados:

1º Apreciación errónea y falta de apreciación de determinadas pruebas. La sentencia es violatoria del artículo 471 del Código Judicial, por cuanto en el fallo acusado no se hizo relación ni se tuvieron en cuenta las pruebas que fueron objeto del debate y que se decretaron y practicaron durante el término correspondiente de la segunda instancia. De ahí que el Tribunal fallador diera por sentado que los demandantes no habían probado los hechos generadores del derecho, tales como la existencia y apropiación de las mejoras.

Precisa el recurrente que durante el término de prueba de la segunda instancia se ordenaron dos clases de pruebas: un avalúo pericial para la estimación de los perjuicios y de las mejoras y la recepción de unos testimonios para demostrar los hechos relacionados en la demanda. Esas pruebas fueron decretadas y se comisionó al Juez Segundo Municipal de Chiquinquirá para que las practicara, y al efecto, se practicaron y se agregaron al expediente;

2º Violación del artículo 2341 del Código Civil. Dice el recurrente que los peritos avaluaron los perjuicios, si los hubo, por un año que faltaba para la terminación del contrato, en la cantidad de \$ 350.00, y el Tribunal permitió apreciar esa prueba, puesto que habiendo estimación el fallador ni siquiera hizo alusión a este experticio. El artículo 2341 del Código Civil era de forzosa aplicación, ya que la prueba pertinente estaba en el proceso.

Para apreciar y estudiar de conjunto esos dos reparos, considera la Sala de Casación:

Las pruebas cuya omisión en su apreciación imputa el actor y recurrente al Tribunal —o sea el dictamen pericial y los testimonios de Aurelio Pachón y Dimas Suárez—, se decretaron por el sentenciador de segundo grado y se comisionó para su práctica al Juez Municipal de Chiquinquirá, según consta en el despacho número 12, expedido el 10 de febrero de 1942.

Tales pruebas, debidamente evacuadas, se agregaron al expediente el 6 de junio del pasado año.

Pero resulta que la sentencia del Tribunal, que aparece acusada en casación, se pronunció el 19 de mayo del pasado año. De manera que cuando vinieron al proceso los elementos probatorios cuya desestimación alega como acusación el actor, ya hacía muchos días que se había proferido el fallo acusado. Dada esa circunstancia procesal y en vista de la forma extemporánea como se trajeron a los autos el dictamen pericial y los testimonios antes mencionados, no es posible que el Tribunal hubiera podido físicamente estudiarlos y apreciarlos en su providencia.

Y como esa falla de estimación de tales elementos demostrativos viene a constituir el fundamento único de los dos cargos presentados, es de rigor desecharlos y que no prosperen, por la circunstancia de orden cronológico anotada.

Conviene hacer hincapié en que la única prueba que se practicó en la primera instancia fue la de allegar a los autos el documento que con-

tiene el contrato de arrendamiento celebrado por las partes, pero sin que se evidenciara entonces nada relativo a la existencia de tales mejoras, ni que éstas fueran tomadas y aprovechadas por la parte demandante.

Fallo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el 19 de mayo de 1942, que ha sido materia de la casación.

Las costas serán de cargo del recurrente.

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

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

Acción de nulidad de un contrato por simulación—Presunciones.

Las presunciones establecidas por el artículo 66 de la Ley 66 de 1936, no tienen vigor y aplicación sino única y exclusivamente para los efectos del impuesto sobre la masa global hereditaria, asignaciones y donaciones, pero en manera alguna respecto de la naturaleza intrínseca de los actos jurídicos, ni para todos los demás efectos civiles, que determinan las leyes. Desde el punto de vista de la existencia jurídica no hay en nuestro derecho presunciones de simulación. Por el contrario, no siendo legalmente necesaria la expresión de la causa de las obligaciones (artículo 1524, Código Civil), lo que la ley presume es la existencia y la licitud de la causa, de modo que es aquel que alega que el contrato no tiene causa o que la tiene distinta o la tiene ilícita, el que debe dar la prueba plena de su afirmación.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

En libelo fechado el 3 de mayo de 1938, ante el Juzgado Civil del Circuito de El Cocuy, Luis L. Suescún Delgado, en su propio nombre y como cesionario de los derechos herenciales de Honorio Buitrago en la sucesión de su padre Leovigildo Buitrago Duarte, demandó en juicio ordinario a Rosalbina Buitrago para que se declare:

a) Que es absolutamente nulo por simulación el contrato de compraventa contenido en la escritura número 306 de 10 de agosto de 1937, otorgada ante la Notaría 2ª del Circuito de El Cocuy, por medio del cual Leovigildo Buitrago Duarte vendió a Rosalbina Buitrago algunos inmuebles cuya ubicación y linderos se especifican allí;

b) Que es absolutamente nulo el referido contrato por falta de causa y objeto lícitos en su ejecución por haberse hecho en fraude de las legítimas de los demás hijos del causante, por haber perjudicado algunos de los acreedores del vendedor e ir contra los derechos del Fisco;

c) Que como consecuencia de estas declaraciones sean restituidos los bienes vendidos jun-

to con sus frutos naturales y civiles a la herencia de Leovigildo Buitrago Duarte, para que se proceda a su liquidación legal;

d) Que se declare inexistente la escritura en cita con sus correspondientes inscripciones.

Subsidiariamente, se demanda la rescisión del referido contrato por haber sufrido en él lesión enorme el vendedor.

Los hechos fundamentales de la demanda, bien resumidos, son los siguientes: haberse otorgado el instrumento contentivo del contrato cuya nulidad se demanda; haber fallecido el vendedor antes de completarse sesenta días desde el contrato, sin que hasta la fecha de la demanda se hayan denunciado ante la justicia bienes dejados por él; Honorio Buitrago, hijo legítimo de Leovigildo Buitrago, vendió al demandante Suescún por escritura pública sus derechos en la sucesión de su padre; Domingo Angel Meneses es uno de los acreedores del causante Buitrago; el Fisco pierde, por el proceder ilícito del causante Buitrago Duarte, por concepto de impuesto sobre sucesiones, una apreciable suma de dinero; los bienes vendidos en la escritura número 306 valían en la fecha del contrato una suma de dinero mayor del doble del precio allí estipulado, pues la sola casa que allí figura fue comprada por el causante mucho tiempo antes del contrato en suma mayor de \$ 1.300; Leovigildo Buitrago Duarte vivía en casa propia con toda la austeridad apetecible, sin gastos mayores, y sin embargo, nadie ha denunciado hasta la fecha el dinero restante del producto de los bienes vendidos; la demandada es pudiente y no tiene por qué optar por la ocultación de los bienes dejados, cuando su padre, que habitaba con una simple sirvienta, no tenía por qué gastar en tan poco tiempo tanto dinero; Leovigildo Buitrago Duarte era hombre laborioso, poseía varios y valiosos bienes no habiendo, por tanto, razón para que muriera pobre.

Con la oposición de la demandada a todas las pretensiones del actor, se surtió el primer grado del juicio que terminó con sentencia del 20 de noviembre de 1940, en que se absolvió a la demandada de todos los cargos del libelo. ◊

Recurrido en apelación por ambas partes este fallo del Juzgado del Circuito, la demandada, por no haber obtenido la condena en costas, subió

el negocio al Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, donde se cumplieron las formalidades procedimentales de la segunda instancia y se sentenció en definitiva el 29 de mayo de 1942, confirmando la sentencia apelada, sin costas.

En la sentencia del Tribunal, contra la cual interpuso el actor el recurso de casación que hoy se decide por estar legalmente preparado, se considera la acción intentada por el cesionario del heredero Honorio Buitrago como acción de simulación, como pedimento de nulidad, y subsidiariamente como demanda rescisoria por lesión enorme, y se concluye, después de hacer referencia a las pruebas aducidas y a los hechos fundamentales de la demanda, que ninguna de estas pretensiones puede prosperar por falta completa de demostración y fundamento jurídico.

El recurso.

Se funda en la primera de las causales del artículo 520 del Código Judicial y se acusa la sentencia del Tribunal por infracción directa, aplicación indebida, e interpretación errónea de la ley sustantiva, y también como consecuencia de equivocada estimación de las pruebas.

En capítulos separados se formulan los tres cargos que en seguida se compendian con sus razones fundamentales:

I. Violación de los artículos 205 y 737 del Código Judicial, 91 de la Ley 153 de 1887, 1759, 1766, 1767, 1768 y 1769 del Código Civil. Da el recurrente como razones para fundamentar este cargo que el Tribunal, contra lo que reiteradamente ha decidido la Corte, prestó más atención a la denominación que equivocadamente dio el actor a su acción, que llamó de nulidad, que a su verdadera naturaleza jurídica que la muestra, interpretando bien el libelo, como una demanda de declaración de simulación contractual. Añade el demandante que el Tribunal incurrió en un error de derecho al considerar que el demandante Suescún Delgado demandó en nombre propio y no para la herencia o sucesión ilíquida de Leovigildo Buitrago Duarte, apreciación ésta equivocada que lo condujo a estimar que el actor, como sucesor universal estaba obligado a dar prueba escrita de la simulación, cuando en realidad él es un tercero que aspira a destruir, al frente de los demás herederos un acto del causante, y como tal tiene y goza de total libertad probatoria para acreditar el acto simulado.

II. Afirmando de nuevo el recurrente que el régimen probatorio de la simulación varía según que quien la demanda lo haga en lugar y representación del difunto o como tercero y en su propio nombre, como en este caso, ataca en este cargo la sentencia por errores en que incurrió el Tribunal al apreciar las pruebas indiciales

que se produjeron para demostrar que la escritura número 306 del 10 de agosto de 1937 es contenitiva de una donación disfrazada de venta, y afirma que el sentenciador no tuvo en cuenta los indicios plenamente probados y consistentes en el hecho de la consanguinidad entre Leovigildo Buitrago y su hija Rosalbina, lo mismo que con el cesionario del actor, ni el hecho de "la discrepancia aguda" entre el valor de adquisición de algunos de los bienes vendidos, superior al del total de la pretendida venta ficticia. Afirma el recurrente que el Tribunal pasó por alto igualmente los testimonios de Joaquín Angel Meneses, Pablo Escamilla, Domingo Angel y Domitila Velandia, en cuanto esta prueba testifical establece que el vendedor continuó ocupando la casa después de la venta, y que Leovigildo Buitrago fue siempre persona económica que no pudo gastar en su aldea la cantidad que se hizo figurar como precio. De estos errores deduce el recurrente la violación indirecta de los artículos 1756, 1758 y 1759 del Código Civil y el quebranto directo de los artículos 664, 665 y 697 del Código Judicial.

III. El Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación de las pruebas de estado civil, que lo llevó a desconocer las presunciones legales de simulación como la establecida en el artículo 66 de la Ley 63 de 1936, que presume donaciones entre vivos las enajenaciones de padres a hijos, error éste que con los cometidos en la estimación de los indicios determinó la violación de los artículos 662, 664 y 666 del Código Judicial, y 1494, 1502, 1517 y 1524 del Código Civil.

Se consideran los cargos:

I. Realmente los términos en que está concebida la demanda, tanto en su parte petitoria como en sus fundamentos de hecho, dan lugar a confusión respecto de la auténtica naturaleza de la acción incoada; pero este confusionismo del libelo no da base para acusar la sentencia por equivocada interpretación de la demanda, como lo hace el recurrente en su primer cargo, porque la verdad es que el Tribunal consideró especialmente este aspecto del litigio y dando aplicación a la facultad interpretativa que le corresponde legalmente concluyó, en capítulo que instipuló "Qué acción debe entenderse intentada", que "fue la acción de simulación y en consonancia con ese criterio debe fallarse la presente litis". Estando, pues, en perfecto acuerdo el fallador y el recurrente en que la acción promovida y sentenciada es la de simulación del contrato contenido en la escritura pública número 306, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de El Cocuy el 10 de agosto de 1937, el reparo que se considera carece de todo fundamento.

La afirmación del recurrente, contenida al final del primer cargo, de que la absolución del

demandado se funda en que el Tribunal consideró equivocadamente que había carencia de personería sustantiva en el actor por haber demandado en nombre propio y no en nombre de la sucesión ilíquida a que se vinculaban los derechos de que era cesionario, no es completamente exacta ni tal acusación incide en la solución del recurso, porque si es verdad que en la sentencia se alude a esta cuestión refiriéndose a los términos precisos en que está formulado el pedimento, no es menos cierto que esa razón no es el fundamento del fallo, que reposa, como se advirtió al comienzo, en falta de prueba, sino una mera referencia a un punto que el sentenciador estimó como una modalidad defectuosa del pleito. En efecto: analizando las pruebas aducidas por el actor para demostrar su insuficiencia, dice el Tribunal:

“Y aquí cabe una digresión y es ésta: el demandante inició sus súplicas como cesionario de Honorio Buitrago, y como tal pidió a nombre propio, pero en la súplica marcada con la letra C) pide que sean restituidos los inmuebles alinderados atrás a la herencia y sucesión de Leovigildo Buitrago Duarte para que se proceda a la liquidación legal. Si Honorio Buitrago Sierra es hijo legítimo de Leovigildo Buitrago y Teodomira Sierra, y se trata de la sucesión del primero, jurídicamente no puede demandar en nombre propio estando ilíquida tal sucesión, sino a nombre de ella y para ella. Razón semejante nos asiste para sostener otro tanto en relación con el adquirente de los derechos y acciones, luego por este aspecto flaquea también.”

Ninguna consecuencia decisiva se desprende de esta observación en el fallo recurrido, y menos la que pretende el recurrente de que el sentenciador limitara la libertad probatoria del demandante de la simulación. Ninguna referencia se hace a este respecto en la sentencia, donde aparecen analizados y sopesados todos los elementos probatorios aducidos en relación con los hechos básicos de la acción. En ninguna parte está exigida por el Tribunal prueba escrita, ni rechazada la indiciaria. Lo que reza la sentencia es que el acervo probatorio del pleito es insuficiente para acceder a lo pedido en la demanda, en ninguna de sus diversas súplicas.

En estas condiciones, siendo infundados los puntos de vista en que se coloca el recurrente para acusar la sentencia, no pueden deducirse las numerosas violaciones legales que le imputa en el primer cargo.

II. Ningún objeto ni interés práctico tendría la dilucidación del punto, sobre el que inútilmente insiste el recurrente, de si el actor, cesionario de derechos herenciales, es o no un tercero para los efectos probatorios de la simulación, porque ningún recorte, como ya se vio,

hizo el Tribunal de la libertad de utilizar todos los medios legales de demostración de los hechos fundamentales de la acción. Sólo de la prueba indirecta de indicios usó el demandante, y los hechos a que se refirió como fuentes de la referencia indiciaria no están ausentes de la estimación general probatoria del proceso que contiene la sentencia acusada.

No es exacto que el sentenciador pasara por alto, como lo asevera el recurrente, el hecho de la consanguinidad que vincula directamente a los dos otorgantes de la escritura contentiva del contrato que se pretende simulado. En el fallo se hace especial mención de esta circunstancia como plenamente demostrada con las partidas correspondientes de estado civil que se trajeron a los autos, pero se desestima como prueba “para demostrar que Leovigildo y Rosalbina hubieran simulado una venta para pactar el desheredamiento del hijo del primer matrimonio, o hubieran, de común acuerdo, defraudado las legítimas o defraudado el Fisco, o los acreedores del causante”.

La diferencia de precio en relación con el de adquisición por Leovigildo Buitrago, de algunos de los bienes que aparecen vendidos por él, que en la demanda se expresó como hecho fundamental de la acción rescisoria por lesión enorme, subsidiariamente propuesta, se considera en la sentencia en el sentido y con la finalidad a que tal probanza fue destinada por el actor, y se desestima también porque “no se avaluaron las fincas, ni se demostró la identidad, para poder concluir que los inmuebles evaluados y los que figuran como vendidos exceden en más del doble del precio dado por la compradora.” “Las copias de la hijuela de Leovigildo Buitrago y de la escritura de venta del doctor Ojeda al mismo, no son conducentes para demostrar que los lotes y casa vendidos a Rosalbina valían el 10 de agosto de 1937, precisamente la suma que en ellos figura.” Es visible la improcedencia del cargo que se formula ahora por no haber considerado el Tribunal esta diferencia de precios como indicio de simulación, pues fuera de que no estaba dentro de sus facultades desviar o cambiar la destinación de la prueba de la lesión, incompatible, por otra parte, con la simulación, como indicio de ésta, en el caso de que se hubiera establecido en la fecha del contrato, resulta evidentemente insignificante.

Tampoco dejó el Tribunal de tener en cuenta la prueba testimonial formada por las declaraciones de Joaquín Angel Meneses, Domitila Velandia y los demás testigos que cita el recurrente. La prueba está enumerada y estimada en el fallo. Otra cosa es que los hechos acreditados con ella, como que Leovigildo Buitrago Duarte era hombre laborioso, que consiguió bienes de

fortuna con su trabajo personal y que vivía económicamente y en su casa propia en compañía de una sirvienta, no hayan sido estimados por el fallador como capaces de inclinar su ánimo hacia la solución de la simulación contractual demandada. Por esto escribí en su sentencia: "De las declaraciones aducidas, como la de Joaquín Angel Meneses, Domitila Velandia, nada se desprende acerca del pacto secreto y de la simulación para aceptar la posibilidad de que el acto aparente no es real."

Estudiadas y analizadas por el Tribunal las pruebas indirectas de indicios dentro de la potestad ponderativa que a su juicio y criterio deja la ley, la Corte debe respetar la apreciación de la sentencia porque la casación, como está dicho infinidad de veces, no está destinada a revisar la controversia provocando un nuevo análisis probatorio del proceso. La naturaleza e índole de las acusaciones formuladas contra la sentencia no dan base para desprestigiar los fundamentos de la convicción judicial en que se inspira. "Cuando se trata de avaluar y estimar la prueba indiciaria no se comete por el juzgador error de hecho sino en casos especiales en que su interpretación repugna a la evidencia clara y manifiesta que arrojen los autos. Se deduce rectamente esto de las normas que modelan la estimación de este medio probatorio, en especial del artículo 662 del Código Judicial. Queda así sometida a la conciencia del Juez la valoración de la prueba indicial, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de la sana crítica en materia de pruebas, y sin que deba ajustarse en su decisión a una rígida y estrecha tarifa de pruebas. En casación no es procedente la acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de los indicios sino en casos especiales en que su interpretación por el juzgador ha sido tan absurda que pugne con la manifiesta evidencia de los hechos, en otra forma demostrados en el proceso". (*Gaceta Judicial* XLVIII, página 736).

III. No menos infundado que los anteriores es el cargo final que se hace consistir en que el Tribunal desconoció las llamadas presunciones legales de simulación, como la consagrada en el artículo 66 de la Ley 63 de 1936, como consecuencia del error de hecho en que incurrió

al apreciar las pruebas sobre el estado civil y consanguinidad de los otorgantes de la escritura número 306 del 10 de agosto de 1937, de la Notaria 2ª del Circuito de El Cocuy. Para no dar acogida a esta postrera acusación contra el fallo basta advertir que las presunciones establecidas por el artículo 66 de la citada Ley, como el resto de sus disposiciones (artículo 93), no tienen vigor y aplicación sino única y exclusivamente para los efectos del impuesto sobre la masa global hereditaria, asignaciones y donaciones, pero en manera alguna respecto de la naturaleza intrínseca de los actos jurídicos ni para todos los demás efectos civiles, que determinan las leyes. Desde el punto de vista de la existencia jurídica no hay en nuestro derecho presunciones de simulación. Por el contrario, no siendo legalmente necesaria la expresión de la causa de las obligaciones (artículo 1524, Código Civil), lo que la ley presume es la existencia y la licitud de la causa, de modo que es aquél que alega que el contrato no tiene causa o que la tiene distinta o la tiene ilícita, el que debe dar la prueba plena de su afirmación.

La carencia de pruebas en que se funda la sentencia definitiva de segunda instancia y que demarca y fija la materia del recurso de casación, resta toda importancia y oportunidad al estudio de las interesantes cuestiones que sobre simulación plantea improcedentemente la demanda.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo el 29 de mayo de 1942, 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.

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

MANDATO

Aunque el mandato sea revocable, conforme a los artículos 2189 y 2191 del Código Civil, eso no quiere decir ni significa que tal revocación deje sin validez, ni mucho menos sin efectividad, las obligaciones del mandante respecto del mandatario, derivadas de ese contrato, máxime cuando el mandatario ha desempeñado su encargo.

La causal 6ª sólo incide en casación cuando o ha existido incompetencia de jurisdicción o las personas que han debido ser citadas en juicio no lo han sido debidamente, o cuando existe la ilegitimidad de personería, pero no cuando se alega carencia de acción en el demandante, que es cosa muy distinta, y en esos casos la absolución se impone con la negativa de las peticiones de la demanda.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

A fines de 1938 falleció Rafael García, sujeto acaudalado de Roldanillo, quien no dejó ascendencia ni descendencia, ni colaterales legítimos, y cuyo juicio de sucesión y repartición de los bienes relictos, entre un número sorprendente de herederos que alegaron parentesco natural, ha sido —dicho sea de paso— motivo de controversias, críticas y comentarios múltiples, respecto de todos los que, por un medio o por otro, con una calidad o con otra, han intervenido en tan trajinado y discutido negocio.

Casi inmediatamente después de la muerte de García, el 14 de octubre de 1938, Ana Jesús García v. de Vaca y José Gabriel García celebraron en Roldanillo un contrato con los abogados Ernesto González Piedrahita, Fernando Medina Ch. y Francisco Borja, por el cual éstos se obligaban a representar judicial y extrajudicialmente a aquéllos en los juicios civiles encaminados a obtener la entrega real y material de los bienes dejados a su muerte por Rafael García. La cláusula final de ese pacto es la siguiente: los contratantes García, se obligan "a pagar a los abogados, a título de honorarios y gastos investi-

dos en las actuaciones y demás juicios que toman a su cargo, un cinco por ciento de todos los valores que los contratantes Garcías reciban por concepto de herencia del señor Rafael García, honorarios que se liquidarán y pagarán a medida que se vayan recibiendo dichos valores; esto, para el caso de que la sucesión se liquide sin que haya controversia judicial sobre derechos de terceras personas a la sucesión en referencia. Pues si llega este caso, el porcentaje de honorarios y gastos se elevará al diez por ciento."

Posteriormente, el 20 de octubre de dicho año, el contrato fue modificado en el sentido de elevar los honorarios a un quince por ciento en lugar del cinco que se había pactado inicialmente.

Son las anteriores dos bases fundamentales, aceptadas por las partes desde el principio y reafirmadas por el personero de la parte demandada, en su demanda de casación.

El abogado Borja, demandante en este juicio, en virtud del poder conferido, inició el juicio de sucesión de Rafael García, hasta ponerlo en estado de liquidación de los derechos fiscales sobre sucesiones y donaciones, extremo aceptado también por las partes, y de ahí para adelante, como habían surgido innumerables herederos, se viene en conocimiento de que se celebró una transacción y reparto de los bienes, entre todos los que invocaban derechos a la sucesión prenombrada, reparto en el que fueron favorecidos Ana Jesús García v. de Vaca y José Gabriel García.

Los abogados Piedrahita y Medina Ch. recibieron lo que les correspondía por sus respectivos porcentajes, extremo que también aceptan las partes; y se deduce que tal porcentaje, era el cinco por ciento para cada uno de los tres abogados ya nombrados, y por eso sin duda se elevó en el pacto del 20 de octubre al quince por ciento.

El demandante Francisco Borja M., apoyado en los dos contratos de que se ha hecho mérito y alegando que sus mandantes Ana de Jesús García v. de Vaca y José Gabriel García, no le han pagado su porcentaje correspondiente, no obstante haber recibido bienes en la sucesión de García, instauró acción ordinaria contra ellos

en la cual hizo dos peticiones, a saber: que los demandados dichos deben pagarle la cantidad de \$ 4.375 conforme a la modificación del contrato que suscribieron con el actor el 20 de octubre de 1938; y que el demandado José Gabriel García debe pagarle además la suma de \$ 1.256.25, que en particular se obligó a reconocerle al demandante, según contrato de 15 de diciembre de 1938.

Junto con la contestación de la demanda, en la cual el doctor Osías Lozano Quintana, apoderado de los demandados, se opuso a las pretensiones de la parte actora, presentó demanda de reconvencción para que se declarara que Borja incumplió el contrato de 14 de octubre de 1938 y para que se le condenara por lo tanto, a pagar a sus representados los perjuicios correspondientes por haber admitido la representación de un tercero en el juicio de sucesión de García con perjuicio notorio para sus poderdantes.

El 10 de junio de 1940 el Juez de Circuito de Roldanillo, dictó la sentencia de primera instancia, en virtud de la cual absolvió a Borja de los cargos formulados en la demanda de reconvencción, condenó a los Garcías al pago de los honorarios demandados y además a José Gabriel al pago de la cuota adicional del tres por ciento y dispuso que la tasación respectiva debe hacerse al ejecutarse la sentencia y que no podrá ser superior a la suma de \$ 1.375.

Los demandados apelaron del fallo y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bugala confirmó en sentencia de 14 de abril de 1942, contra la cual interpusieron recurso de casación.

El recurso se concedió; pero una vez concedido, el demandado José Gabriel García desistió de él, desistimiento que fue admitido por el Tribunal. De modo que sólo quedó como parte recurrente María de Jesús García v. de Vaca.

Es el caso hoy de decidir sobre este recurso y a ello procede la Corte.

El Tribunal fallador, sobre la base de la existencia de los dos contratos ya mencionados y considerando que en ellos las partes no pactaron solidaridad, dedujo que a cada uno de los tres abogados debe pagarse su cuota según la norma del artículo 1568 del Código Civil. Halló la obligación de pago por cuanto los demandados no demostraron que al respecto hubieran cumplido con lo estipulado con Borja y no halló demostrado que éste no hubiera cumplido con sus obligaciones. Finalmente, partió de la base exacta de que los demandados recibieron parte de los bienes de García.

El recurrente, apoyado en la primera causal del artículo 520 del Código Judicial e invocando los artículos 1494 y 1502 del Código Civil alega que la obligación que se demanda carece

de causa, invocando que el mandato conferido a Borja le fue revocado por los mandantes y que por eso la obligación quedó cancelada. Dice así: "...si nos situamos a la vista del artículo 1634 del Código Civil, es obvio que la obligación fue cancelada, con lo cual se extinguió, al decir del numeral 19 del artículo 1625 *ibidem*. Ya extinguida como está, la que ahora se demanda carece de causa real, de causa lícita, de causa justa."

La Corte considera: A la luz del artículo 1524 del Código Civil, no puede prosperar la acusación, ya se considere la causa en sí misma, ya en relación con los móviles determinantes de un contrato. La causa de los contratos de octubre es la misma que existe en todos los pactos de la misma naturaleza, es decir, en todos los convenios sobre prestación de servicios profesionales. La prestación por parte de Borja consistió en la de sus servicios de abogado a los Garcías, en el juicio de sucesión de Rafael García; la contraprestación de éstos, en el pago de una suma de dinero sobre lo que recibieran equivalente a un cinco por ciento. El móvil determinante fue sin duda la competencia y actividad de Borja o el conocimiento que los mandantes tenían de su mandatario, móviles éstos que se presumen siempre en esa clase de contratos. Hubo, pues, causa y como constituir un mandato no es contrario al orden público y a las buenas costumbres, ni aparece que el mandato conferido a Borja tuviera por objeto algo ilícito, se concluye que no es fundado el cargo.

Ahora: El poder le fue revocado a Borja por sus mandantes, cuando ya Borja había actuado, y en definitiva los demandados recibieron, en el concepto de hermanos naturales de García, parte de los bienes dejados por éste.

Lo anterior quiere decir que los demandados no cumplieron con todo lo estipulado en el contrato, porque ellos se obligaron a no revocarle el poder a Borja, pero no significa, por lo ya dicho anteriormente, ni que la obligación de cuya efectividad se trata carezca de causa ni menos que haya quedado extinguida por la revocación del mandato, pues ésta no es un medio legal de cancelar las obligaciones. Lo será de terminar el mandato; pero no de extinguir las obligaciones nacidas de él.

El segundo motivo aducido por el recurrente, se funda en el concepto de que el mandato fue revocado, lo cual, como acaba de expresarse, no tiene la eficacia de dejar sin causa la obligación ni le quitó la personería al demandante para incoar este pleito. Es cierto, como dice el recurrente, que al tenor de lo dispuesto por los artículos 2189, numeral 3º, y 2191 del Código Civil, el mandato es revocable, pero eso no quiere decir ni significa que tal revocación deje sin

validez, ni mucho menos sin efectividad, las obligaciones del mandante respecto del mandatario, derivadas de ese contrato, máxime, como cuando en el caso presente, el mandatario ha desempeñado su cometido.

El cargo tercero en casación, consiste en el de desestimación de pruebas e interpretación errónea de otras y estima el recurrente que por tal concepto se violó el artículo 648 del Código Judicial.

La Corte observa: Si el recurrente se refiere a la estimación de los contratos de 14 y 20 de octubre a que se ha aludido, el cargo no puede prosperar, entre otras razones, porque como ya se dijo, las partes desde la iniciación del debate hasta la demanda de casación inclusive, convienen en la existencia de esos contratos y no ha habido ninguna duda ni controversia, ni sobre su existencia ni sobre la interpretación de sus cláusulas. El Tribunal estimó esos contratos, tal como las partes los han interpretado, luego no es procedente el cargo de interpretación errónea al respecto.

Si otros herederos que acreditaron sus derechos entraron a participar de la herencia de García, ello no significa incumplimiento del contrato, porque esa intervención estaba por encima del pacto contractual, pues dependía no de los contratantes sino de la ley.

Que Ana Jesús García v. de Vaca recibió parte de los bienes de García, es evidente, como también lo es que los recibió a título de heredera de éste.

Finalmente, si Borja recibió de la García honorarios, fue por concepto de otro juicio distin-

to del de sucesión, lo cual no rechaza el mismo recurrente, lo que está predicando que el pago hecho en ese juicio no es imputable al pago que Borja demanda en este litigio.

Alega, finalmente, el recurrente la causal sexta de casación por cuanto en su concepto Borja carece de personería para demandar el cumplimiento de la obligación.

El sólo enunciado anterior, demuestra que la causal invocada nada tiene que ver con el cargo que hace el recurrente, pues como es bien sabido, la causal sexta sólo incide en casación cuando o ha existido incompetencia de jurisdicción o las personas que han debido ser citadas en juicio no lo han sido debidamente, o cuando existe la ilegitimidad de personería, pero no cuando se alega carencia de acción en el demandante, que es cosa muy distinta, y en esos casos es la absolución lo que se impone con la negativa de las peticiones de la demanda.

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

Sin costas por no haberse causado.

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

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



ACCION DE REIVINDICACION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, junio diez y ocho de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

1º Por escritura pública número 754, de siete de abril de 1938, otorgada en la Notaría Segunda de esta ciudad, José Francisco Granados enajenó a Serafin Granados, a título de venta, “una finca urbana ubicada en esta ciudad, formada por una casa compuesta de cinco piezas de adobe y tejas metálicas, edificada con ladrillo y adobe, dos patios, cocina y servicios sanitarios, junto con el terreno que ocupa, que es la mitad oriental de la mitad sur de un lote de terreno que hace parte de la urbanización denominada *Luna Park*. A la finca le corresponden los números 13-A-70 y 13-A-74 de la calle Sur.”

2º Francisco Granados no entregó, sin embargo, al comprador la finca objeto de la venta, por lo cual, y con base en un contrato posterior de arrendamiento, se llevó a cabo el día 16 de junio de 1939 el correspondiente lanzamiento. En dicha diligencia se entregó al apoderado de Serafin Granados la casa distinguida con el número 14-74; mas al tratarse de verificar la entrega de “la parte de la finca señalada con el número 14-70 de la calle 12 Sur, y al notificar el lanzamiento, se opuso la señora Alejandrina Ortiz, y sus voceros doctores Agustín Ferreira Beltrán y José Domingo Pulido, quienes sostuvieron que la señora Ortiz era un tercero y que por lo tanto no tenía sobre ella efecto la sentencia de lanzamiento, y presentaron para sustentar su oposición las declaraciones debidamente protocolizadas en la Notaría Cuarta por escritura número 458, de 13 de febrero de 1939, de los señores Enrique Rueda y Eduardo Lozano, en las cuales consta que Alejandrina Ortiz pagó a los testigos el valor de los jornales y de trabajo personal y de materiales de construcción, todo destinado a la edificación de la casa materia del lanzamiento”. Como consecuencia de esta oposición, la parte del inmueble sobre la cual se hizo, fue dejada en poder de la opositora.

3º Mientras surtía el incidente a que dio lugar la oposición, y en el que se reconoció a la señora Ortiz el derecho de oponerse, Serafin Granados falleció; inmediatamente después fue abierto su juicio de sucesión, y en él, por auto de veintiocho de junio de 1940, proferido por el Juzgado 2º Civil de este Circuito, se reconoció “a los menores impúberes Blanca Gloria y José Agustín Granados o Ballén, como herederos del causante en su condición de hijos naturales de éste, en virtud del reconocimiento verificado en el testamento. Fue con base en este reconocimiento como dichos menores, por conducto de su madre natural Purificación Ballén, cuya condición de estado civil acreditan las partidas que obran a folios 15 y 16 del informativo, promovieron las acciones de que trata esta demanda.

El proceso.

Purificación Ballén, en su condición de madre natural de los menores Blanca Gloria y José Agustín Ballén, demandó por la vía ordinaria a Alejandrina Ortiz, para que con su citación y audiencia se hicieran las siguientes declaraciones:

“Primera. Que la demandada Alejandrina Ortiz, dos días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin al presente juicio, debe restituir a la sucesión testada e ilíquida o sin partir del señor Serafin Granados Benítez, representada por mis citados hijos y otros, el apartamento constante de dos piezas y un vestíbulo, distinguido en su puerta de entrada con el número 14-70 de la calle 12 Sur, de esta ciudad.

“Segunda. Que la demandada Alejandrina Ortiz debe y está obligada a restituir a la sucesión del señor Serafin Granados Benítez los frutos naturales y civiles o equivalentes en dinero a razón de diez pesos mensuales, no sólo los percibidos sino los que hubiera podido percibir la citada sucesión con mediana inteligencia y actividad, teniendo la finca en su poder desde el día diez y seis de junio del año de 1939, fecha desde la cual la demandada Alejandrina Ortiz retiene de mala fe la finca que se reivindica.

“Tercera. Que la demandada Alejandrina Ortiz debe ser considerada como poseedora de mala fe y que en consecuencia, debe pagar los frutos na-

turales y civiles en la forma solicitada en la segunda petición de este libelo.

“Cuarta. Que la demandada Alejandrina Ortiz debe pagar las costas del presente juicio en el caso de que se oponga a las anteriores peticiones.”

Al darse traslado de esta demanda a la señora Ortiz, propuso demanda de reconvencción contra la sucesión de Serafín Granados Benítez, para que se hagan quince declaraciones que versan sobre existencia de una sociedad de hecho habida entre la actora y el causante de la sucesión, que la compraventa contenida en la escritura número 754 es simulada y en consecuencia nula, y como petición subsidiaria, que se declare que la peticionaria edificó a sus expensas el inmueble cuya reivindicación se solicita, a ciencia y paciencia de José Francisco Granados.

Puso fin a la primera instancia el Juez Primero Civil del Circuito de Bogotá, en sentencia de 28 de agosto de 1941, que denegó tanto las súplicas principales como las de la demanda de reconvencción y absolvió a la demandada, fundándose en la exclusiva circunstancia procesal de que los menores actores no comprobaron debidamente su calidad de herederos testamentarios de Serafín Granados Benítez, como hijos naturales reconocidos por testamento. En forma tal que esta providencia de primer grado no entró a estudiar y decidir sobre el fondo de la acción reivindicatoria incoada.

La sentencia acusada.

Por virtud de apelación de la parte actora falló la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia de 26 de marzo de 1942, que viene a ser el fallo acusado en casación. En su parte resolutive dispuso reformar el de primera instancia y en su lugar declaró que la demandada Alejandrina Ortiz está obligada a restituir a los menores Blanca Gloria y José Agustín Ballén, en su condición de herederos de Serafín Granados, el apartamento formado por dos piezas y un vestibulo, distinguido en su puerta principal con el número 14-70 de la calle 12-Sur de esta ciudad. Consideró que no era del caso hacer ninguna de las declaraciones solicitadas en la demanda de reconvencción y se abstuvo de condenar en costas.

Al estudiar la demanda principal concluye el Tribunal que debe prosperar la acción reivindicatoria impetrada, por haber demostrado plenamente los menores actores en esta segunda instancia su condición de herederos testamentarios de Serafín Granados, por una parte; y por haber evidenciado el derecho de dominio que corresponde a dicho causante en el inmueble cuya restitución se solicita. Por lo demás, también estima dicho fallo que está suficientemente com-

probado la condición de actual poseedora de dicho inmueble por parte de la demandada señora Ortiz, la que por otra parte nunca lo ha negado.

Al analizar las súplicas contenidas en la demanda de mutua petición estima el Tribunal que no deben prosperar porque la demandada no ha comprobado en la medida necesaria que en realidad hubiera existido una sociedad de hecho entre ella y el señor Francisco Granados, primitivo vendedor del inmueble a Serafín Granados; acepta el fallador de segundo grado que la demandada ha demostrado que invirtió algunas sumas de dinero en la edificación mencionada, pero concluye que tal circunstancia no es suficiente para crear una sociedad de hecho, ya que no se exhibió la prueba de la existencia de los elementos constitutivos de tal fenómeno social, quedando en el mejor de los casos la demandada con la calidad de acreedora por las sumas invertidas. Agrega el Tribunal que aun existiendo dicha sociedad de hecho, ésta no le sería oponible al comprador Serafín Granados, causante de los actores, dado que éste al comprar no estaba en condiciones de conocer su existencia y de saber que la propiedad adquirida pudiera pertenecer a tal sociedad de hecho.

Como por medio de la petición duodécima de la demanda de reconvencción pide la demandada que subsidiariamente se declare que edificó a sus expensas el inmueble cuya reivindicación se suplica, a ciencia y paciencia de José Francisco Granados, dueño del suelo, también niega el fallo del Tribunal esta pretensión, fundado en que la demandada sólo ha demostrado que invirtió en las edificaciones de que se viene hablando algunos dineros pagados por ella; pero resulta también de autos que los gastos principales de la edificación eran sufragados directamente por José Francisco Granados, quien siempre estaba al frente de la obra dando instrucciones, haciendo pedir los materiales, etc. Todo lo cual demuestra que esas construcciones no eran levantadas por cuenta de la señora sino del dueño del suelo; y en ese evento, es claro entonces la absoluta improcedencia de la declaración suplicada y del derecho de retención que se demanda.

El recurso.

Se halla debidamente preparado el recurso de casación interpuesto por la parte demandada y aun cuando no lo expresa en el cuerpo de su demanda, se entiende que acusa la sentencia por la primera causal de las consagradas en el artículo 520 del Código Judicial, vale decir, por violación de ley sustantiva en sus diversos aspectos. Se pasan a estudiar en su debido orden lógico los cargos formulados al fallo del Tribunal.

Primer cargo.—Violación directa y aplicación indebida de los artículos 946, 950 y 1155 del Código Civil, a consecuencia de error de derecho en la apreciación de unas pruebas.

La sentencia acusada condena a la demandada a restituir el inmueble materia de la acción fundándose en la consideración de que los demandantes tienen la condición de herederos de Serafin Granados, y el Tribunal no podía reconocerles esa condición con fundamento en las pruebas traídas a los autos, porque éstas no fueron exhibidas en su tiempo oportuno o no reunían los requisitos de que tratan los artículos 597, 632 y 636 del Código Judicial.

Al resolver se considera:

Para evidenciar en el proceso que los menores actores ostentaban la condición de herederos testamentarios de Serafin Granados, como hijos naturales de éste, reconocidos por testamento, exhibieron estos elementos probatorios:

a) Copia auténtica de la memoria testamentaria de Serafin, contenida en la escritura número 45 de 1940, Notaría 2ª de Bogotá;

b) Copia auténtica del auto de 28 de junio de 1940, dictado por el Juez 2º Civil de este Circuito, donde los reconoció como herederos en el juicio de sucesión respectivo;

c) Una certificación del mismo Notario 2º, donde se transcribe la cláusula décima del mencionado testamento, que contiene la institución de herederos a favor de los actores, y

d) La copia auténtica del acta de defunción del susodicho causante.

Por medio de auto proferido en este proceso por el Tribunal sentenciador el 27 de octubre de 1941, se ordenó agregar a los autos, para ser estimados en la sentencia, los documentos a que antes se alude y también se dispuso tener como prueba la copia del testamento de que se trata. Esa providencia, que revestía trascendental importancia porque decidía tener como pruebas tales elementos, no fue discutida ni solicitada su revocatoria por el apoderado de la parte demandada, por lo cual quedó en firme y actúa como ley del proceso. Lo pertinente en este caso hubiera sido hacer uso de la atribución que consagra el artículo 649 del Código Judicial, en cuya virtud en cualquier estado de la causa hasta la citación para sentencia o antes de fallarse, según el caso, la parte contra quien se ha presentado un documento como prueba, puede tacharlo de falso para que se desestime.

Pero hay algo más: el sentenciador se fundó, para hacer el reconocimiento de la calidad de herederos de Serafin Granados en los actores, en la copia del auto del Juzgado a que antes se ha aludido. Al efecto, dice el Tribunal:

“Mientras se surtía el incidente a que dio lugar la oposición... Serafin Granados falleció; inmediatamente después fue abierto su juicio de sucesión y en él, por auto de 28 de junio de 1940, proferida por el Juzgado 2º Civil de este Circuito, se reconoció a los menores impúberes Blanca Gloria y José Agustín Granados o Ballén como herederos del causante, en su condición de hijos naturales de éste, en virtud del reconocimiento verificado en el testamento. Está, pues, demostrado plenamente tanto la personería sustantiva como la adjetiva de los actores para promover este litigio y subsanado en consecuencia el defecto en virtud del cual hubo de abstenerse el Juzgado de primera instancia de considerar el fondo mismo de la controversia.”

De manera que si tal fundamento único de la sentencia permanece en pie, por no haberse atacado la prueba en que se funda; y no hay, por otra parte, error de derecho en su apreciación, carece de consistencia este cargo del recurrente y no debe prosperar.

Segundo cargo.—Aplicación indebida del artículo 739 del Código Civil. Sostiene el recurrente que tal precepto, invocado por el Tribunal para resolver la súplica duodécima de la demanda de reconvencción, sobre ejercicio del derecho de retención, solamente es aplicable a aquellos casos por los cuales no existen disposiciones especiales. Tratándose de las prestaciones mutuas de la acción reivindicatoria, tales prestaciones están especialmente reguladas por los artículos 961 y siguientes del Código Civil; de manera que eran esos últimos textos los aplicables al caso de autos y no el 739 de la misma obra.

Se considera:

No es exacto que la sentencia acusada hubiera dado aplicación al artículo 739 del Código Civil para decidir sobre la petición subsidiaria duodécima de la demanda de mutua petición. Tampoco se dice en parte alguna del fallo del Tribunal que se está en presencia de un caso de edificación por una persona en terreno perteneciente a otro dueño, sea con o sin el consentimiento del propietario del suelo. Ni tal hipótesis fue contemplada y aceptada por el fallador, ni se decidió esa cuestión *sub jure* con vista y aplicación del texto 739 mencionado. Se limitó el sentenciador a citar esa norma legal para concluir, como lo hizo, que no se estaba en presencia de ese fenómeno de la cesión de materiales o edificaciones a suelo ajeno. Consideró el Tribunal que sólo se había evidenciado el hecho de que la demandada señora Ortiz invirtió algunas sumas de dinero en esa edificación, pero sin que tal circunstancia la constituyera en propietaria del edificio levantado. Así lo dice claramente el fallo cuando acepta “que los gastos principales

de edificación eran sufragados directamente por José Francisco Granados, quien siempre estaba al frente de la obra, dando instrucciones, haciendo pedidos, etc....”

Y posteriormente continúa la sentencia materia de este recurso:

“Pero si la edificación no fue levantada por la señora sino por José Francisco Granados, es clara entonces la absoluta improcedencia de la declaración sobre derecho de retención que se demanda, como lo sería dentro de un pleito en que dicho señor Granados no es parte, la simple acreencia personal por concepto de las sumas no determinadas con que aquélla coadyuvó en la obra.”

De manera que si no se estaba decidiendo sobre un caso de acesión, según la conclusión del Tribunal, ni tampoco se funda la decisión del fallo en el artículo 739 del Código Civil, como lo pretende la recurrente, carece de fundamento.

Tercer cargo.—Infracción directa de los artículos 965, 966 y 970 del Código Civil, sobre prestaciones recíprocas en juicio reivindicatorio. Dice la recurrente que admitida por el Tribunal la buena fe de la demandada, admitido igualmente que invirtió dineros en las edificaciones, ha debido entrar a calificar la naturaleza de las expensas y una vez realizada esa calificación condenar a la reivindicante a indemnizar su valor a la poseedora vencida. No habiendo aplicado los artículos antes citados, que gobiernan la situación de hecho determinada por la providencia acusada, incurrió en violación directa de los mismos.

Considera la Sala de Casación:

El Tribunal hizo un estudio pormenorizado de la prueba testimonial exhibida por ambas partes litigantes y llegó a la convicción de que la demandada no había edificado por su cuenta en suelo de Granados, sino que sólo invirtió algunas sumas de dinero en esas obras. Como esta convicción íntima y fundada del fallador de segundo grado no adolece de error notorio de hecho o de derecho en su apreciación, queda establecido entonces que no era el caso de decretar el pago previo del valor de mejoras a favor de la poseedora vencida y el consiguiente derecho de retención, como una prestación derivada de la restitución, porque no fueron en realidad me-

joras las realizadas por la demandada, sino la inversión de dineros en obra ajena, que la constituye simplemente acreedora frente del constructor José Francisco Granados. De ahí que estime la Corte que no existe violación de los preceptos legales que regulan las prestaciones recíprocas entre las partes, en el ejercicio de la acción reivindicatoria. La sentencia, al declarar la existencia en abstracto de dicha acreencia, deja a salvo las acciones personales de la pretendida acreedora para hacerse reconocer su crédito personal.

Siendo esas las premisas del fallo, no hay infracción de las normas alegadas. Se rechaza este cargo.

Cuarto cargo.—Se alega nuevamente infracción directa o interpretación errónea del artículo 739 del Código Civil. Considera la Sala que, como viene, dicho al estudiarse el segundo reparo, no pudo haber violación de tal norma legal, en ninguna forma, porque el Tribunal no funda su decisión y sus conclusiones condenatorias en esa disposición de la ley, sino que se limitó a citarla y transcribirla para decidir a las últimas que no se estaba en el caso de acesión allí previsto, sino en uno distinto de inversión de dinero en obra ajena, origen de un crédito personal. Son suficientes las razones antes expuestas para rechazar este último 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 26 de marzo de 1942, que ha sido materia de la casación.

Las costas del recurso serán de cargo de la recurrente.

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

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

Acción principal para el pago de una suma de dinero, y de reconvencción por perjuicios.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, junio veintidós de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

La sociedad comercial Hijos de Augusto Tono demandó al señor Douglas Freeman por una suma de dinero, y éste la contrademandó por perjuicios. El Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá absolvió a uno y otra de los respectivos cargos y, apelada la sentencia por ambas partes, el Tribunal Superior la confirmó en fallo contra el cual interpusieron casación, recurso que les fue concedido y admitido.

Desierto el de la demandante por no haberse fundado en oportunidad, la labor de la Corte se limita al del demandado, quien recurre por haber sido absuelta dicha sociedad de la demanda de reconvencción.

Antecedentes.

Por escritura número 17, ante el Notario 3º de Bogotá, el cinco de enero de 1923, constituyeron la sociedad colectiva de comercio Carlos García L. & Co. los señores Carlos, Melquisedec, Antonio M. y Manuel García, quienes, junto con el señor Douglas Freeman, otorgaron en esa Notaría el 24 de agosto de 1927 la escritura número 1228 en que declararon que esa sociedad se había disuelto y detallaron su liquidación en forma de determinar, entre otras cosas, la cuota de cada cual en el activo y en el pasivo, por lo cual a Melquisedec García y a Freeman conjuntamente se señaló una quinta parte y las otras cuatro a los otros tres Garcías, como se ve en la cláusula séptima, no sin haber advertido en la segunda que Freeman fue admitido como socio con el aporte que allí se expresa, ni sin haber dicho en la tercera que este señor y los cuatro socios fundadores, él “en su condición de socio también, de común acuerdo procedieron a llevar a cabo la liquidación de los negocios de la sociedad....”

La sociedad Hijos de Augusto Tono obtuvo sentencia a su favor el 19 de agosto de 1933 en el juicio ordinario contra Carlos García L. & Co., la que fue condenada a pagarle \$ 3.817.15 con intereses.

La sociedad acreedora entabló ejecución con esta sentencia para el pago de esa suma contra los Garcías personalmente, responsables como socios colectivos, en el Juzgado 3º Civil de este Circuito, y después extendió su persecución contra Freeman, en la misma calidad y con embargo preventivo de bienes. Esta pretensión prosperó en un principio; pero terminó favorablemente para Freeman, porque no se le tuvo como socio en atención a que no se había solemnizado su incorporación a la sociedad con el otorgamiento de escritura pública y demás formalidades del caso.

En seguida Hijos de Augusto Tono, tras embargo preventivo de bienes de Freeman en el Juzgado 2º Civil de este Circuito, entabló contra éste juicio ejecutivo con el mismo fin ya indicado, aduciendo la referida sentencia condenatoria como recaudo y afirmando que él es socio colectivo de la sociedad deudora. Y si inicialmente se decretó su demanda, el Tribunal acabó por negarla revocando el mandamiento ejecutivo en providencia que mantuvo no accediendo a reponerla.

Cerrada la vía ejecutiva, la sociedad acreedora acudió a la ordinaria con su demanda inicial del presente juicio encaminada a obtener la declaración de que Freeman es responsable solidariamente con la dicha sociedad deudora de la deuda referida y que por tanto debe pagarla en su principal e intereses conforme al fallo dicho, más las costas del pleito.

Freeman se opuso y contrademandó en la forma que se detallará adelante. Como ya se dijo, la sentencia de primera instancia, que es de 9 de agosto de 1941, negó lo pedido en la demanda principal y en la de reconvencción, en fallo apelado por ambas partes y confirmado por el Tribunal Superior en el de 4 de mayo de 1942.

Como ya se dijo también, la absolución de Freeman respecto de la demanda principal no es materia de la casación por haber quedado desierto el recurso de Hijos de Augusto Tono, y sí lo es la absolución pronunciada en favor de esta sociedad respecto de los cargos de la contrademanda.

Esta fórmula cuatro pedimentos, el último de los cuales es condicional para el evento de pros-

perar la demanda contra Freeman en su aludida calidad de socio; de suerte que no habiéndose llegado este evento, el Juzgado y el Tribunal no tuvieron por qué estudiar esa súplica, y, además, ésta no figura en la casación. Las otras tres se resumen en el pago de los perjuicios que Freeman dice haber sufrido en el juicio ejecutivo del Juzgado 3º y en el del Juzgado 2º, estimados, respectivamente, en \$ 2.000 y \$ 2.500, con sujeción a lo que se fijare dentro de la litis, y las costas del presente pleito.

La sentencia recurrida.

El Tribunal expone su opinión sobre la culpa extracontractual y la responsabilidad, tanto objetiva como subjetiva, nacida ésta de que la acción se haya promovido de mala fe. Como sobra decirlo, se refiere singularmente al abuso del derecho de litigar. Siguiendo aquel pensamiento, trae a cuento comentarios de graves autores conforme a los cuales si el titular de un derecho lo ejercita dentro del ejercicio normal y habitual de éste, para librarse de responsabilidad por el daño ocasionado puede acogerse al principio *neminem laedit qui suo jure utitur*; pero si su acto ha sido inspirado por el deseo de causar perjuicio, la mala intención cambia el carácter de ese acto y compromete su responsabilidad. Perjudicar a un tercero no puede ser fin legítimo, es contrario al derecho por su carácter antisocial. El Tribunal agrega:

“Así, pues, no siempre que se causa un daño por el ejercicio de una acción judicial se incurre en responsabilidad objetiva ni procede la consiguiente indemnización. El derecho no es ciencia exacta sino una ciencia moral sometida a incertidumbres y a continuas revaluaciones; y porque ésta es su naturaleza, el ejercicio de las acciones no puede fatalmente comprometer la responsabilidad de su autor. Se requiere que esa actividad se haya ejercitado de mala fe, sin título alguno que moral y habitualmente justifique la presencia de la parte en el debate o, en otras palabras, que a la forma material del abuso se haya acompañado la forma o estado psicológico de producir el daño.”

Pasando de esos razonamientos generales al caso concreto de este litigio, advierte que en éste “se controvierte el derecho a ser indemnizado (Freeman), por razón de la responsabilidad subjetiva aparejada por el ejercicio de las acciones judiciales de que se viene haciendo mérito, y a este respecto se observa: De las probanzas traídas a los autos aparecen demostradas las acciones que intentara Hijos de Augusto Tono contra el demandante en reconvencción, así como también su fracaso; empero, cabe observar que, si bien tales procedimientos se iniciaron sobre base estimada errónea por la justicia, no acusan

temeridad o mala fe, comoquiera que tenían por fundamento las manifestaciones del demandado recogidas en escritura pública.... Si tales declaraciones de voluntad por parte de Freeman fueran suficientes a generar obligaciones a su cargo y a favor de Hijos de Augusto Tono, es cosa que en principio y sin temeridad ni malicia podía considerar viable el demandante en los litigios señalados como fuentes de perjuicios; al someter al Órgano jurisdiccional el reconocimiento del derecho que creyó tener, apenas puso en actividad legal una pretensión, si bien desnuda de sostén jurídico en sentir de las autoridades que sobre ella decidieron, no exenta de apoyo en hechos cuya errada interpretación no delata forzosamente voluntad viciosa e inspirada en el deseo de causar daño.”

El recurso.

El contrademandante acusa el fallo del Tribunal por violación directa de leyes sustantivas y por quebranto de otras en virtud de errónea interpretación o apreciación de ciertas pruebas, como se verá adelante, entre ellas las aludidas providencias.

En primer lugar, se queja de la falta de aplicación de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil y 34 de la Ley 57 de 1887, porque establecen la responsabilidad cuya efectividad demanda en fuerza, según él, de ser dañado el empeño de perseguirlo la casa acreedora de una sociedad de que él no fue socio y en atribuirle esta calidad hostigándolo con una terca y desatentada actuación judicial notoriamente temeraria y de mala fe, que le ocasionó perjuicios, no sólo materiales por los gastos de su defensa y por los negocios que el embargo le frustró, sino también morales porque le quebrantó su buena fama haciéndolo aparecer en ese puesto de ejecutado como deudor que esquiva el pago de lo que efectivamente debe.

Acusa por quebranto de los artículos 996 y 982 del Código Judicial que determinan los requisitos necesarios para demandar ejecutivamente, porque la casa ejecutante ejecutó sin ellos y porque el Tribunal pasó por alto este detalle al no ver en él una prueba más de la temeridad y mala fe de esa casa en su persecución.

Cita como violado el artículo 9º del Código Civil, por la misma razón.

Y el artículo 294 del Código Judicial y sus concordantes, porque, levantado el embargo preventivo, ha debido condenarse a quien lo obtuvo a pagar costas y perjuicios, y el Tribunal no condenó.

Las pruebas mal apreciadas son, de un lado, las referidas providencias judiciales que junto con las respectivas solicitudes acreditan la temeridad y mala fe de dicha persecución y, de otro,

el avalúo de los perjuicios que, a pesar de haber sido tramitado debidamente y no objetado, ha sido preterido por el Tribunal con su falta de condena a pagarlos.

Se considera: Las razones expuestas en los párrafos aquí transcritos de la sentencia del Tribunal que, a su turno, son transcritos de la del Juzgado, que aquél acoge, son bastantes a demostrar que no puede afirmarse la malicia que se requeriría ante el citado artículo 2356 ni la culpa necesaria ante el 2341 para hallar en Hijos de Augusto Tono este elemento, indispensable para producir a su cargo la obligación de indemnizar los perjuicios de que Freeman se queja como obra de las dos ejecuciones mencionadas. Más todavía: habiendo declarado este señor en escritura pública su calidad de socio de Carlos García L. & Co., no es explicable que estime culposa en Hijos de Augusto Tono la creencia en la veracidad de esa declaración escrituraria y su esperanza de que le fuese eficaz. Hoy, después de que prevaleció al respecto una negativa nacida de no haberse llenado ciertas solemnidades para el ingreso de Freeman a esa sociedad, es muy sencillo encontrar que las cosas sucedieron así en dichas ejecuciones; pero lo que se está calificando es la conducta de la sociedad acreedora no de hoy, sino la de esa época, esto es, la anterior a esa decisión.

Pudiera decirse que, pronunciada ésta en el Juzgado 3º, ya estaba esa sociedad advertida y faltó al incoar el juicio del Juzgado 2º; pero, a más de que la primera decisión que acaba de citarse no le oponía la valla de la cosa juzgada, lo que bastaría, hay que reconocer también la diferencia de casos, ya que primeramente se intentó sólo extender a Freeman una ejecución adelantada de tiempo atrás contra otros, y después se le ejecutó directa y singularmente.

Las mismas alternativas entre el pro y el contra de la tesis sostenida por la casa acreedora sobre que Freeman era socio de la deudora, concurren a demostrar que no puede acusarse a ésta de mala fe por haberla propugnado, así como del propio modo obra en este sentido la laboriosa tarea que el problema impuso a Jueces y Magistrados, según lo hacen ver las largas exposiciones y hondo estudio de casi todas ellas.

Así las cosas, no puede entenderse que haya culpa y consiguientemente que, por no pronunciar una condena que la requiere como base *sine qua non*, se hayan violado las citadas disposiciones sobre culpa extracontractual del Código Civil.

Por la misma razón no se encuentra tampoco error en la apreciación de aquellos elementos probatorios, y, por lo mismo, no prospera tam-

co el cargo de violación de aquéllas por esta causa.

El avalúo pericial de los perjuicios, que habría sido de estudio ineludible en caso de condena, a indemnizarlos, sería de estudio impertinente no habiéndola. Tal el caso.

Las disposiciones de la ley procedimental sobre mandamiento ejecutivo no se hallan de cita procedente en este recurso, no sólo por su aludida calidad, sino porque lo que aquí faltó no fue un instrumento que prestara tal mérito, puesto que lo es una sentencia como la aducida por recaudo, sino el concepto de que ella se extendiese a Freeman y, por decirlo así, lo abarcase en la condenación que pronunció contra Carlos García L. & Co.

El artículo 294 del Código Judicial y sus concordantes citados no fueron violados tampoco. Aunque por el hecho de figurar los embargos preventivos en el relato de hechos fundamentales de la contrademanda, hubiera de reputarse aquél incluido entre las fuentes de los perjuicios demandados, no obstante que la parte petitória con extrema claridad se limita a las ejecuciones mismas, es el caso que el levantamiento de un embargo preventivo no produce acción de perjuicios contra el que lo obtuvo sino según los precisos numerales de aquella disposición señalados al efecto en ella misma, y entre éstos no figura allí el que ocurrió en las ejecuciones de que se trata. Así lo hizo ver el Tribunal al denegarse a reformar su providencia en el sentido de condenar en perjuicios, tal como lo pedía el actual contrademandante. Al respecto son de citarse las providencias a que se está aludiendo, dictadas por el Tribunal el 30 de agosto de 1937 y 18 de marzo de 1938. Lo atañerero a perjuicios en relación con el citado artículo 294 se lee al folio 72 del cuaderno 3º.

Cuanto a la súplica tercera de la contrademanda, que es la de condenación en las costas de este juicio, sobre lo cual acusa el recurrente de violación del artículo 575 del Código Judicial por no haberlo aplicado, se observa: el cargo se formula dentro del concepto de haber sido temeraria y maliciosa la actuación de la sociedad demandante. Ya se vio por qué no se estima esa conducta así. Además, es doctrina sostenida que, dadas la finalidad y peculiaridades del recurso de casación, no cabe alterar en él el concepto y decisión de la sentencia de instancia en casos como el presente, por razones múltiples, entre ellas la de que la ley defiere a la apreciación que el sentenciador hace en conciencia y porque las disposiciones legales cuyo quebranto autoriza el recurso han de ser sustantivas.

Y aunque una ausencia de condena en costas por temeridad pudiera revisarse en casación,

se tiene en el presente juicio que ambas partes fueron recíprocamente demandante y demandada y la sentencia de primera instancia a ambas absolvió, lo que justifica que en el Juzgado no hubiese condenación en costas; y en el Tribunal se justifica que no la hubiera tampoco, porque su sentencia confirmó la del Juzgado de que ambas partes fueron apelantes.

En el presente recurso no hay lugar a condenación en costas. Dada la forma en que se suscitieron el recurso mismo y el incidente sobre reposición de términos, no se advierten costas causadas al demandante por el recurso del demandado, que fue el que quedó en pie. Ya se dijo que ambos fueron recurrentes.

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 cuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y dos.

Sin costas.

Publíquese; cópiese y notifíquese.

(Firmados): *Fulgencio Lequerica Vélez, José Miguel Arango, Isaias Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinstrosa Daza, Hernán Salamanca, Pedro León Rincón*, Secretario en propiedad.

Acción petitoria de declaración de quiénes son los herederos de determinado causante.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, veintidós de junio de mil novecientos cuarenta y tres.

Wolf Konietzko, cesionario del derecho de los herederos colaterales de Ana Joaquina Pérez de Rodríguez, adelantó en el Juzgado del Circuito de Armenia el correspondiente juicio de sucesión de dicha señora, hasta efectuarse la diligencia de inventarios de los bienes relictos. En ese estado, los menores Horacio y Elvira Rodríguez, como hijos legítimos de Pedro Nel Rodríguez, hijo éste legítimo a su vez de la señora Ana Joaquina Pérez, solicitaron del Juzgado se les reconociera como herederos universales de la señora Pérez de Rodríguez, con derecho exclusivo de heredar a su abuela en representación de su padre Pedro Nel, hijo de la causante. Accedió el Juez a lo pedido y el señor Konietzko, considerándose perjudicado con esta decisión, en demanda ordinaria impetró del Juzgado Civil del Circuito de Armenia, que conocía del citado juicio de sucesión, lo siguiente:

“1º Que en el juicio de sucesión de Ana Joaquina Pérez no se ha probado que la demandada (Emma Ulloa) sea casada legalmente con Pedro Nel Rodríguez, y que no se ha probado legalmente tampoco que Horacio y Elvira Rodríguez Ulloa, tengan la calidad de hijos legítimos de Pedro Nel Rodríguez y herederos legítimos de Ana Joaquina Pérez;

2º Que por ahora y dentro del juicio de sucesión de Ana Joaquina Pérez, tiene mejor derecho que los demandados para recoger la herencia de Ana Joaquina Pérez, como cesionario de los derechos herenciales de sus colaterales legítimos;

3º Que las providencias dictadas hasta ahora por el Juez del Circuito de Armenia y por el Tribunal Superior de Pereira, en las cuales se admite la intervención de Emma Ulloa, de Horacio y Elvira Rodríguez, en la sucesión de Ana Joaquina Pérez, no deben continuar surtiendo efectos legales con perjuicio de mis derechos en tal sucesión.”

Cerróse el debate en primera instancia con la sentencia del Juez de Armenia, que absolvió

de todos los cargos que se le formularon a los demandados por falta de probanzas.

De esta decisión apeló el actor, y el Tribunal Superior de Pereira, en proveído de cinco de agosto de 1942, declaró probada la excepción perentoria de petición antes de tiempo, y en consecuencia, absolvió a los demandados.

Se interpuso el correspondiente recurso de casación contra este fallo, que fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, y que hoy se resuelve, previas estas consideraciones:

El fallador de Pereira consideró que podía legalmente interpretar la demanda presentada por el señor Konietzko teniendo en cuenta los hechos en que se fundó y las peticiones que se exigían de la justicia, y concluyó que ella era una acción de petición de herencia y que como los demandados no ocupaban la herencia en su calidad de herederos, condición ésta indispensable para que la dicha acción prospere, conceptuó que no era el caso de ejercitar la acción consagrada en el artículo 1321 y por ello declaró probada la excepción perentoria de petición antes de tiempo.

Esta sentencia se ataca en casación por estos motivos:

a) Error manifiesto de hecho en no haber apreciado el Tribunal las pruebas llevadas al juicio, especialmente los autos proferidos por el Juez del Circuito de Armenia y Tribunal de Pereira, referentes al reconocimiento de los menores como herederos de Ana Joaquina Pérez, violando, por ese error de hecho, dice el recurrente, los artículos 935 del Código Judicial, 1297 y 1299 del Código Civil.

b) Error de derecho en la apreciación de las pruebas, consistentes en los autos antes citados, por no haberles dado el valor probatorio que le atribuyen los artículos 632 y 935 del Código Judicial, error de derecho que produjo la violación indirecta de los artículos 1297 y 1299.

c) Violación por interpretación errónea del artículo 1321 del Código Civil, consistente en que el Tribunal cambió el sentido de esta disposición exigiendo que los bienes de la herencia estén ocupados por otro en su calidad de heredero.

Primer cargo. Como se ha visto, este cargo consiste en no haber apreciado el Tribunal los autos del Juez del Circuito de Armenia y los del mismo Tribunal de Pereira, reconociendo como herederos de Ana Joaquina Pérez a los menores Horacio y Elvira Rodríguez Ulloa, y señala como quebrantados los artículos 935 del Código Judicial y 1297 y 1299 del Código Civil.

Es exótica esta argumentación en el caso de autos. El juicio de sucesión de la señora Ana Joaquina Pérez, se está adelantando en el Juzgado del Circuito de Armenia, en el cual ya se practicaron los inventarios, de suerte que no se ve cómo haya violado el Tribunal esa disposición, que no tuvo en cuenta para su fallo, por cuanto declaró probada la excepción de petición antes de tiempo, porque la acción establecida no llenaba los requisitos exigidos por la ley. Algo semejante puede decirse de los artículos 1297 y 1299 del Código Civil, porque no se trata de una herencia yacente, sino de una que ya se ha aceptado a título de heredero, de suerte que esas disposiciones no tienen incidencia en el presente recurso de casación.

El segundo cargo lo hace consistir el recurrente en que como los menores asumieron la calidad de herederos y así fueron declarados judicialmente, entraron a ocupar la herencia por ministerio de lo decidido en el juicio mortuario y como el Tribunal no tuvo en cuenta esos autos que así declaraban herederos a los menores, quebrantó las disposiciones de los ya citados artículos 1297 y 1299.

Ya se ha visto que estas disposiciones son perfectamente extrañas al problema jurídico que se estudia. No se trata de una herencia yacente, ni se discute si los menores tomaron o nó el título de herederos. No prospera este cargo.

El tercero se hace consistir en la violación del artículo 1321 del Código Civil, porque dice el recurrente, que el Tribunal lo interpretó en el sentido de que los bienes de la herencia estén ocupados por otro en calidad de heredero, cuando el artículo dice que el que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia, y se le atribuyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorpóreas.

Se considera:

La acusación por errónea interpretación, porque el recurrente estima que la ocupación de la herencia a que se refiere esta disposición legal consiste simplemente en la calidad de heredero aceptada y aducida por los demandados o, al menos, que ella basta para hacerlos responsables de la acción de petición de herencia, que es la ejercitada en este juicio al decir de él en

acuerdo con la calificación que el Tribunal le ha dado.

Ello no es así: esa disposición atiende a la ocupación de la herencia en forma que impide entender las cosas de esa manera, puesto que empieza por suponer que el derecho a la herencia se prueba en favor del demandante, y que es otra persona quien la ocupa en calidad de heredero, para, sobre tal pie, conferir a aquél la acción allí establecida, o sea la de que "se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorpóreas y aun aquellas de que el difunto era mero tenedor...."

El artículo 1322 extiende la acción no sólo a las cosas pertenecientes al difunto al morir, sino a los aumentos posteriores de la herencia.

El artículo 1323 prevé a detalles sobre frutos y mejoras, en términos que no dejan lugar a duda sobre que la ocupación de que se trata en la acción de petición de herencia por parte del demandado no puede consistir en el simple hecho de tomar el título de heredero o de haber obtenido declaración judicial en este sentido. Además, habla de institución.

El artículo 1324 confirma los anteriores asertos, pues establece la responsabilidad del ocupante por las causales allí dichas, entre ellas los *deterioros* de las cosas hereditarias.

Y el 1325, que establece acción reivindicatoria al tratarse de bienes que hayan pasado a terceros, es decir, cuyo ocupante ya no lo es en calidad de heredero, se expresa hasta en sus detalles de manera tal, que no deja lugar a duda, sobre dicho sentido de la clase de ocupación necesaria para determinar cuál ha de ser el demandado en la acción establecida por el citado artículo 1321.

El recurrente, no sólo no atribuye a sus demandados esta ocupación al formular el libelo de demanda ni a lo largo del pleito, sino que a mayor abundamiento para la claridad de este elemento de juicio, hace presente en su demanda de casación que él no ha dicho ni dice que ellos sean ocupantes materiales de determinado bien o bienes relictos, porque en su concepto basta que ellos obtuvieran declaración de herederos en el juicio de sucesión. Y es dentro de este concepto como acusa la sentencia del Tribunal, según se dijo ya, en cuanto a pesar de esa declaración de heredero y de ostentar ellos esta calidad, el Tribunal se abstuvo de acoger la acción, cuya calificación de petición de herencia que éste le da, repitese, es acogida y sostenida por el recurrente.

Lo dicho hasta aquí basta para ver que es infundado el cargo, puesto que consiste en que la ocupación exigida por el artículo 1321 es la meramente nominal o simbólica, por decirlo así,

implicada en el título o declaración de heredero, al paso que el Tribunal requiere la materialidad que, como queda visto, es indispensable ante el sentido y el tenor literal de ese artículo 1321 y los demás que con él forman el capítulo que en el Código Civil corresponde a la acción de petición de herencia.

Aunque bastan estas reflexiones para rechazar el cargo, es necesario agregar, en vía de doctrina, que la acción incoada no es otra, y que, de conformidad con la redacción de sus súplicas, es solamente sobre quiénes son los herederos de la señora Ana Joaquina, así: si lo es el demandante, por mejor decir, los colaterales de ella que le cedieron sus derechos, o si lo son los demandados, a quienes él niega tal calidad en virtud de reparos con ciertas actas del estado civil, en fuerza de los cuales no hay tal que el hijo de ella premuerto dejara hijos legítimos que por representación entren a suceder a ella con la consiguiente exclusión de colaterales. Sobra decir que la sucesión es intestada.

Así las cosas, el error del Tribunal ha estado en la calificación de la acción por obra de error en la interpretación de la demanda; pero estos cargos no se han formulado en casación y por lo mismo la Corte no puede entrar en el estudio que sería procedente si se hubiesen formulado.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

1º No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira, de cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y dos;

2º Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

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

Oposición a la posesión de una mina.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

El 13 de agosto de 1937 Julio Cuesta Soriano avisó ante la Alcaldía del Libano, para sí y para Moisés Forero, Pedro Cárdenas, Antonio Vela, sociedad comercial José Jesús Castaño & Co., representada por Benigno Castaño, y Juan de Dios Arellano, una mina de oro, de veta, de nuevo descubrimiento, denominada *El Vaticano*. Posteriormente, fue presentada la denuncia correspondiente en la Gobernación del Tolima, la cual la admitió por Resolución fechada el 15 de diciembre del mismo año.

El 27 de noviembre del año indicado, Milciades Prieto, haciendo uso del derecho preferencial consagrado en el artículo 49 de la Ley 13 de 1937, avisó ante la Alcaldía del Libano, para sí y para Estanislao Prieto, para que les fuera adjudicada por iguales partes, una mina de oro, de veta, de antiguo descubrimiento y abandonada, ubicada en la fracción del *Sirpe*, en la finca del propio nombre, en jurisdicción del Libano, en una extensión de tres pertenencias, mina a la cual dio el avisante el nombre de *Terama*, por ignorar el que antes tuviera. La Gobernación del Tolima admitió la denuncia de esta mina por Resolución de fecha 10 de diciembre de 1937.

Más tarde, la Gobernación comisionó al Alcalde del Libano para dar la posesión de la mina *El Vaticano* a los expresados denunciados, y dentro del término respectivo se opusieron los Prietos, quienes formalizaron luego su oposición por demanda presentada ante el Juez Civil del Circuito del Libano, el 17 de septiembre de 1938.

El Juez admitió la demanda y resolvió que los opositores debían asumir el carácter de demandantes.

Los Prietos fundaron su demanda en que ellos avisaron y denunciaron la mina denominada *Terama* haciendo uso del derecho preferencial que les concede el artículo 49 de la Ley 13 de 1937; en que la mina *El Vaticano* afecta desde su base y en su dirección longitudinal la mina *Terama*; en que ellos son dueños del terreno en que están situadas ambas minas, porque lo

adquirieron por escritura número 1013, del 5 de noviembre de 1926, de la Notaría del Libano, y en que dicho terreno está destinado al cultivo permanente de café, plátano, caña de azúcar y otras sementeras, existentes desde hace más de tres años, con excepción de un pequeño bosque dedicado al servicio de la finca.

Trabada la litis sobre estas bases y agotada la tramitación propia de la primera instancia, el Juez *a quo* decidió el pleito por sentencia de fecha veinte de septiembre de mil novecientos cuarenta, así:

“1º Los demandantes Milciades y Estanislao Prieto tienen derecho preferencial al de los demandados Julio Cuesta Soriano, Antonio Vela, Moisés Forero, Pedro Cárdenas y sociedad comercial de José Jesús Castaño & Co., sobre los minerales de veta conocidos con el nombre de *Terama*, en la finca de *El Sirpe*, jurisdicción de este Municipio.

“2º No está demostrada la excepción propuesta por Antonio Vela y Pedro Cárdenas.

“3º Archívense las diligencias sobre adjudicación de la mina *El Vaticano*, en que se ha originado el juicio que se decide.

“4º Sin costas.”

Conviene transcribir, por referirse a puntos esenciales en este debate, las razones que sirvieron de soporte principal al fallo de primera instancia, que dicen:

“En presencia de la anterior enumeración de hechos comprobados resulta indudable, por manifestación del mismo denunciante Cuesta y por lo que determinaron los peritos, que los minerales pretendidos bajo el nombre de *El Vaticano*, son los mismos entregados a los Prietos como mina de *Terama*; que no obstante ser el aviso de esta última mina posterior al de *El Vaticano*, lo dieron los Prietos dentro del año concedido por la Ley 13 de 1937 a los dueños de terrenos cultivados o destinados a la ganadería para adquirir derechos preferentes sobre las minas que se encontraran en ellos; que los Prietos tienen títulos de los terrenos en que está enclavada la mina *Terama*, y tales terrenos están destinados a la agricultura, ya que aun dentro del perímetro de la mina hay cultivos.

“Bien es cierto que solamente uno de los globos de terreno en que se encuentra el perímetro de la mina *Terama* está amparado por un título de

verdadero dominio: la adjudicación hecha a Estanislao Prieto, según aparece de la escritura número 132 de 1923. En el otro apenas son cesionarios Milciades y Estanislao Prieto de derechos sucesorales, de acuerdo con la escritura número 1013 de 1926. Eso sí, este título pone de presente que los cedentes son únicos sucesores del primitivo dueño. Pero contrariamente a lo que algunos de los demandados pretenden, no cree el Juzgado que la expresión 'dueños de terrenos', empleada por el artículo 4º de la Ley 13 de 1937, deba tomarse en el sentido estricto de verdaderos titulares del derecho de dominio, con exclusión de los que sólo pueden invocar sobre el terreno otros derechos, como el de herencia, que también es real y que da especiales prerrogativas sobre las cosas que se tienen a ese título. Los herederos en su conjunto ocupan el lugar del causante, y lo mismo cabe decir de sus cesionarios. Si a esto se agrega que lo que claramente quiso la Ley 13 fue anteponer los derechos en el suelo a las pretensiones sobre el subsuelo, y que por lo mismo al emplear la expresión 'dueños de terrenos', lo hizo sin otra mira que la de contraponerla al concepto de aspirantes a derechos en el subsuelo, resulta lógico y enteramente claro que en casos como el de autos ha de bastar un título como la escritura número 1013, aducida por los Prietos, máxime cuando parte del perímetro de la mina se encuentra en terreno de que es verdadero dueño uno de ellos.

"No se trata aquí de que la mina *El Vaticano*, avisada antes que *Terama*, y ambas dentro del año a que se refiere la Ley 13 de 1937, hubiera alcanzado a titularse con antelación al momento en que se fijaron derechos en cabeza de los Prietos, por razón de su aviso. De ahí que no sea el caso de entrar a averiguar hasta qué punto la preferencia consagrada por el artículo 4º de dicha Ley lo fue sin perjuicio de terceros. El hecho es que dentro del término que la ley les dio para acogerse a tal preferencia, los Prietos avisaron la mina de *Terama*. Aun cuando posterior este aviso al de la mina *El Vaticano*, naturalmente tenía virtud suficiente para dejarlo sin efecto, por provenir de los titulares del suelo. De no ser así, de atenderse, en casos como el contemplado, a la fecha del aviso para concluir sobre el mejor derecho a determinados minerales, la preferencia concedida por la Ley 13 en favor de los titulares del suelo no hubiera podido traducirse en nada práctico, y el último inciso del artículo 4º habría sido una norma inoperante e innecesaria, ya que el Código de Minas establecía que el aviso anterior prevalece."

De este fallo apeló el demandado Antonio Vela, y subido el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué y cumplida allí la tramitación propia de la segunda instancia, esa

entidad puso fin al juicio por sentencia de fecha diez y nueve de julio de mil novecientos cuarenta y uno, por medio de la cual revocó los numerales primero y tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada, y confirmó los numerales segundo y cuarto, sin condenar en costas.

Las razones fundamentales de la decisión de segundo grado se encuentran sintetizadas en los siguientes párrafos:

"Nada impediría al Tribunal acoger el espíritu de tan amplia interpretación que el señor Juez del conocimiento le da a la expresión *dueños de terrenos*, empleada por el inciso 5º del artículo 4º de la Ley 13 de 1937, para concluir que la ley no solamente ha querido comprender aquellos dueños de tierras con títulos sobre cosa cierta y determinada, sino también a los que simplemente lo sean de derechos sucesorales o herenciales vinculados en determinado bien raíz, si de otro lado no encontrara que el instrumento público número 1013, de fecha 5 de noviembre de 1926, contentivo del contrato de compraventa de *derechos herenciales* vinculados en el lote de 89 hectáreas 3.962 metros cuadrados, alinderado en el hecho primero (1º) de la demanda, y dentro del cual, se afirmó en el aviso y denuncia de la mina de *Terama* y en los hechos de la demanda de oposición a la posesión de la mina *El Vaticano*, se halla comprendida aquella mina y superpuesta esta última, *no fue debidamente registrada*, o en el Libro número segundo (2º), o en el de causas mortuorias, sino solamente en el Libro número primero (1º), de la Oficina de Registro del Circuito del Líbano. Sucede que según el mismo instrumento público y los certificados del Registrador del Líbano referentes a él, el registro sí se operó, pero no en el Libro correspondiente, sino en uno distinto, con lo que, a juicio del Tribunal, se omitió una formalidad legal indispensable, exigida por el artículo 2641, numeral 2º, del Código Civil, en armonía con el 38 de la Ley 57 de 1887, inciso 3º, omisión que coloca el instrumento número 1013 citado dentro de la sanción establecida por el artículo 2673 del mismo Código Civil, y, por tanto, con base en él no es posible que el Tribunal dé por establecido el derecho de dominio de los opositores Prietos sobre el lote de terreno de *El Sirpe* tantas veces mencionado.

"Se dirá, no obstante, que el instrumento público número 132, de 5 de marzo de 1923, sí es un verdadero título de dominio, y que está debidamente registrado.

"A lo anterior responde el Tribunal que ello es enteramente evidente, pero que ese instrumento público no fue mencionado por los opositores en el aviso y denuncia de la mina de *Terama*, ni en ninguno de los hechos de la de-

manda, como atrás se anotó. Ese instrumento solamente fue traído al debate a petición del señor apoderado de los opositores, dentro del término probatorio de la primera instancia, para que en la diligencia de inspección ocular llevada a término por el señor Juez del conocimiento, tanto éste como los peritos *constataran el hecho* o circunstancia de hallarse parte de la mina de *Terama* también comprendida dentro del lote de terreno alinderado en dicho instrumento público. Así, pues, si este hecho sólo vino a conocerse por la parte demandada durante el término de prueba de la primera instancia, no podía el señor Juez *a quo* apoyar la sentencia en él, porque solamente los hechos expuestos en la demanda y en la contestación, y al proponer excepciones perentorias, es lo que fija el campo del litigio y lo que determina, por tanto, los puntos objeto o materia de la decisión del juzgador.

“Sobre el particular tiene sentado la Corte Suprema de Justicia:

“Si el demandante no menciona los hechos de su petición, el juzgador no puede tomarla en consideración; y no es admisible tener como fundamento de una demanda hechos que el demandante sólo ha venido a enunciar *al solicitar su probanza*, en el término de prueba. Hechos expuestos en ella y en la contestación, y al proponer las excepciones perentorias, es lo que fija el campo del litigio y lo que determina, en consecuencia, los puntos materia de la decisión del Juez”. (Sentencia 16 octubre 1924, XXXI, 71, 3ª, tomo III).

“Para el Tribunal, pues, a diferencia de lo conceptuado por el señor Juez *a quo*, los opositores demandantes Estanislao y Milciades Prieto no probaron dentro del presente juicio, con los instrumentos públicos números 1013 y 132 comentados, ser los *dueños particulares* de los terrenos donde fue avisada y denunciada por ellos la mina *Terama*, y, por tanto, no tienen el derecho preferencial establecido por el inciso 5º del artículo 4º de la Ley 13 de 1937, en oposición al derecho de los avisantes y denunciantes de la mina *El Vaticano*.”

El recurso.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el señor apoderado sustituto de los opositores-demandantes Milciades y Estanislao Prieto, pero como este último revocó oportunamente el poder que le tenía conferido al doctor Juan de Dios Arellano, y manifestó, en memorial dirigido personalmente al Tribunal, que él no pedía que se le concediera dicho recurso, y que, además, se oponía a que lo interpusiera su apoderado, porque deseaba que el fallo de segundo grado quedara en firme, pues se conformaba con él, se tiene que el mencionado

recurso sólo puede y debe considerarse interpuesto por el interesado Milciades Prieto.

El señor apoderado de éste presentó en tiempo la demanda de casación, en la cual acusa la sentencia del Tribunal “por error de hecho en la interpretación de la demanda y el mismo error en la apreciación de las pruebas y falta de apreciación de muchas de éstas”, lo que quiere decir que se acoge a la causal 1ª de las señaladas por el artículo 520 del Código Judicial.

Los cargos formulados pueden sintetizarse así:

a) Error de hecho en la interpretación de la demanda.

Dice el recurrente que el fallo sostiene que como en la demanda sólo se alinderó la finca denominada *El Sirpe* en relación con el título de adquisición de los Prietos, o sea la escritura número 1013, del 5 de noviembre de 1926, de la Notaría del Líbano, el debate debe circunscribirse a lo referente a ese predio, de modo que si la mina *El Vaticano* se halla en otro predio del demandante y así se demuestra, no puede tenerse ese hecho en cuenta. Agrega que el error de hecho consiste en creer que los demandantes quisieron oponerse a la adjudicación de *El Vaticano* solamente en cuanto invadiera terrenos de los que alindera la escritura citada, y no en cuanto invadiera otros terrenos de su propiedad, cuando en realidad el objeto de la demanda fue oponerse a la adjudicación de *El Vaticano* porque tal mina invadía terrenos propios de los demandantes, a cualquier título que los hubiesen adquirido, como lo demuestra la denuncia que hicieron de la mina *Terama*, haciendo uso del derecho preferencial que como dueños de los terrenos en donde se halla les concede el artículo 4º de la Ley 13 de 1937.

Dice que debido a ese error el Tribunal desechó todas las otras probanzas del juicio y especialmente la escritura número 132, del 5 de marzo de 1923, de la Notaría del Líbano, que se trajo a los autos en forma legal, dentro del término de prueba de la primera instancia, con lo cual se violaron los artículos 472 y 593 del Código Judicial y 1758 y 1759 del Código Civil.

b) Error de hecho evidente en la apreciación del contrato que contiene la referida escritura número 1013, pues el Tribunal vio en tal contrato una compraventa de derechos herenciales vinculados en el lote que allí se dijo vender, y no vio lo que en realidad contiene la escritura: una compraventa de un inmueble de la sucesión del General Manuel Casabianca.

Sobre este punto diserta largamente el recurrente y afirma que a consecuencia de ese error se violaron los artículos 757, 1287, 1301, 1302, 1325, 1401, 1967, 2641, en relación con el 38 de la Ley 57 de 1887 y el 2673 del Código Civil.

c) Error de hecho evidente por haberse negado el Tribunal a aceptar como prueba la mencionada escritura número 132, que vino a los autos en forma legal, ya que reconoce que la mina *Terama* se encuentra, en parte, dentro del lote de terreno que según esa escritura fue adjudicado al demandante Estanislao Prieto.

Considera el recurrente que se violaron los artículos 630 y 636 del Código Judicial, 4º de la Ley 13 de 1937 y 1758 y 1759 del Código Civil.

d) "Error de hecho evidente al dejar de apreciar las escrituras citadas en los dos numerales anteriores, junto con las demás pruebas que obran en el expediente y que acreditan el derecho preferencial de los actores para oponerse a la adjudicación de la mina *El Vaticano*, a saber: 1º Las diligencias sobre adjudicación de la mina *Terama* y el título de esta mina debidamente registrado; 2º Las diligencias sobre posesión de la mina *El Vaticano*; 3º Las diligencias de inspección ocular practicadas en el Juzgado de instancia y en el Tribunal; 4º Las diligencias de posesión de la mina *El Vergel* y *Puerto Rico*; 5º Las declaraciones de Marco Gordillo, Julio César Silva y Saúl Roa."

Sostiene que a consecuencia de este error se violaron los artículos 630, 632, 697, 722 y 730 del Código Judicial; 4º de la Ley 13 de 1937 y 1757, 1758 y 1759 del Código Civil.

Por último, en una adición de la demanda de casación dice el recurrente que acusa también el fallo del Tribunal por el motivo 6º de los que señala el artículo 520 del Código Judicial, o sea por haberse incurrido en el juicio en una de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del citado Código, y no haberse saneado legalmente.

Funda este cargo en que en el libelo inicial se demandó a la sociedad comercial de José Jesús Castaño & Cª, representada por Benigno Castaño, a quien se corrió el traslado respectivo, y en que no aparece en autos prueba legal alguna de quién es el apoderado o representante legal de dicha sociedad, por lo cual surge de bulto la ilegitimidad de la personería de la parte demandada, de acuerdo con la regla 2ª del mencionado artículo 448.

Estudio de los cargos.

Se considera:

Ante todo y como cuestión previa es preciso anotar que estando en firme la sentencia de segundo grado con relación a Estanislao Prieto, en virtud de la expresa manifestación que él hizo personalmente ante el Tribunal, son completamente improcedentes los cargos formulados contra aquélla en lo referente a la escritura número 132, de 5 de marzo de 1923, de la Notaría del Líbano, que constituye el título de propiedad de

Estanislao Prieto sobre uno de los lotes de terreno en que se halla ubicada la mina *El Vaticano*, como, lo son también en cuanto hagan relación a los derechos de dicho demandante.

De consiguiente, el estudio de los cargos habrá de hacerse solamente en lo atañerido a los derechos del otro demandante, Milciades Prieto, que fue quien interpuso y fundó el recurso de casación, y, por lo tanto, quien tiene hoy interés jurídico en la prosperidad del mismo.

Circunscrito así el recurso debe estudiarse, en primer lugar, por razones de lógica y de técnica, el cargo relativo a nulidad, por ilegitimidad de la personería de uno de los demandados.

Es suficiente decir para rechazar este cargo, por infundado, como lo anota el señor apoderado de la parte opositora al recurso, que de acuerdo con la ley (artículo 457 del Código Judicial) y con la jurisprudencia reiterada y constante de la Corte, "quien puede quejarse por ilegitimidad en la personería de alguno de los litigantes es la parte que ha sido mal representada", y que "el derecho de accionar o de excepcionar con base en la nulidad del juicio por ilegitimidad de la personería, no corresponde a cualquiera de los actores o a cualquiera de los reos, sino privativamente a la parte mal representada. Es el interesado mismo quien puede alegar la falta de representación, no su contraparte, ni siquiera sus litisconsortes". (*Gaceta Judicial*, XLIII, página 784).

En el presente juicio la misma parte que ahora alega la nulidad fue quien designó al señor Benigno Castaño como representante legal de la sociedad comercial José Jesús Castaño & Cª. De modo que no puede legalmente aducirla, de conformidad con lo que se ha visto, por lo cual se rechaza el cargo.

En lo tocante a los otros cargos formulados, los que por su estrecha conexión entre sí pueden analizarse conjuntamente, considera la Corte, concretando el problema, como atrás se dijo, a los derechos que reclama y defiende el recurrente Milciades Prieto:

Consta en la escritura número 1013, otorgada el 5 de noviembre de 1926 en la Notaría del Líbano, que el General Agustín Casabianca, obrando en su propio nombre y como apoderado especial de su señora madre doña Laura Castro de Casabianca, y de sus hermanos, la señora Dolores Casabianca de Dupuy y señores Manuel, Abel, Benjamín y Carlos Casabianca, manifestó que "enajena, a título de venta, en favor de Estanislao y Milciades Prieto, el derecho de herencia que tienen el otorgante y sus mandantes, como sucesores únicos del señor General Manuel Casabianca, sobre un globo de porción de terreno que hacía parte de la antigua comunidad del

Sirpe de esta jurisdicción, de una cabida aproximada de ochenta y nueve hectáreas y tres mil novecientos sesenta y dos metros cuadrados”, alinderado tal lote o globo de terreno como en la citada escritura se indica, en la cual se dijo, además, “que el otorgante y sus mandantes son hoy los únicos sucesores del señor General Manuel Casabianca, como su cónyuge sobreviviente la señora Castro de Casabianca, y como sus herederos los señores Casabianca y la señora Casabianca de Dupuy, en su condición de hijos legítimos de aquél y de su esposa”. Los compradores Prietos manifestaron, a su vez, “que aceptan la presente escritura y la venta a que ella se refiere, por estar a su satisfacción, y que tienen recibido ya el lote de terreno designado en este mismo instrumento, con todas las anexidades, cabida y dependencias.”

En concepto de la Sala no hay duda de que la intención de los contratantes fue, de una parte, vender el cuerpo cierto determinado en la escritura, y, de otra, adquirir o comprar ese mismo cuerpo cierto; y habiéndose hecho la enajenación por todos los que tenían derecho a él, y habiéndose designado el inmueble por su situación y linderos, no obstante ser un bien de la sucesión, debe considerarse válida la venta. De otro lado, consideradas así las cosas, es indudable que quedó bien registrada la escritura de contrato en el Libro de Registro número 19.

Se objeta que no se presentó la escritura de propiedad del causante de la sucesión, General Manuel Casabianca, y que los certificados del Registro que se trajeron para demostrar la suficiencia del título en que se apoyan los demandantes no reúnen las condiciones que exige el artículo 635 del Código Judicial.

A esto observa la Corte que no tratándose, como no se trata, de caso en que la ley exige título suficiente, ni de confrontación de títulos, no es procedente la objeción aludida, pues al demandante le basta, para ejercitar el derecho preferencial que consagra el inciso 5º del artículo 4º de la Ley 13 de 1937, presentar su título de propiedad del terreno en que se halla la mina, y demostrar que está en posesión de él y que la mina se encuentra en terrenos cultivados.

Es incuestionable que en el presente juicio Milciades Prieto ha comprobado que tiene el derecho preferencial de que se ha hablado, pues en la misma escritura número 1013, antes analizada, consta que él y Estanislao Prieto entraron en posesión del terreno allí alinderado, cuya propiedad no sólo no le niegan los interesados en la adjudicación de la mina *El Vaticano*, sino que se la reconocen expresamente, toda vez que el señor Julio Cuesta Soriano, denunciante de dicha mina, dijo ante la Gobernación del Tolima, en el escrito de denuncia, que la mina está

“ubicada en terrenos de los señores Estanislao y Milciades Prieto, Ramón Escobar y otros, en la fracción de *El Porvenir*, del Municipio del Libano”, y más adelante, al dar los datos para su determinación, agregó: “La base para la medida de la mina es un mojón de piedra marcado con la letra A, clavado a la margen derecha, bajando, de la quebrada de *Las Cuevas*, y en terrenos de los señores Milciades y Estanislao Prieto”. (Folio 16 del cuaderno número 3).

Estas mismas manifestaciones las reiteró el denunciante Cuesta Soriano en un memorial de desistimiento de las diligencias sobre adjudicación de *El Vaticano*, presentado ante la indicada Gobernación. (Folio 15 del citado cuaderno).

Con las declaraciones de Marco Gordillo, Julio César Silva y Saúl Roa (folios 27 a 29, inclusive, del cuaderno número 5) se demuestra que Milciades y Estanislao Prieto tienen en los terrenos en que están ubicadas las minas sobre que versa el pleito, cultivos de café, caña de azúcar, plátano, maíz y pasto.

Eso mismo se demuestra con la inspección ocular que con peritos llevó a efecto el Juez de la primera instancia, el diez y siete de abril de mil novecientos cuarenta, visible a los folios 63 y 64 del cuaderno número 3.

Con la citada inspección ocular se comprueba también que la mina *Terama* está situada en terrenos de Milciades y Estanislao Prieto y que la mina *El Vaticano* la afecta en su mayor parte.

En efecto, sobre el particular dijeron los peritos:

“La mina *Terama* está comprendida dentro de los predios de los señores Estanislao y Milciades Prieto, y en su mayor parte en el lote que queda más adelante, lotes que lindan entre sí en la cuchilla del *Sirpe*. Para esta afirmación hemos tenido en cuenta los instrumentos números 132 y 1013, que obran en esta diligencia... Teniendo en cuenta la declaración del señor Julio Cuesta S., por la cual señaló en el terreno el tronco negro de referencia para la base de la mina *El Vaticano*, en terreno que fue de Ramón Escobar, hoy de la mina *El Porvenir*, conceptuamos que si la mina *El Vaticano* fuera entregada a tercera persona, localizándola tal como reza la denuncia y tomando por base la señalada por el señor Julio Cuesta S., si afectaría la mina *Terama* en su mayor parte, puesto que quedaría casi superpuesta.”

De la inspección ocular practicada por el Tribunal el diez y ocho de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, visible a folios 22 y siguientes del cuaderno número 6, se deduce igualmente que la mina *El Vaticano* está situada, en parte, en terrenos de Estanislao y Milciades Prieto.

No sobra agregar a lo dicho, como lo observa el recurrente, que no habiendo los compañeros de Antonio Vela apelado de la sentencia de primera instancia, que fue favorable a los Prietos, y no habiendo el propio Vela hecho objeción alguna a la diligencia de entrega o posesión de la mina *Terama*, dada a los Prietos por el Alcalde del Líbano, el 24 de agosto de 1939, comisionado al efecto por la Gobernación del Tolima, diligencia a la cual estuvo presente el mencionado Vela, como consta en la copia respectiva, que obra a folios 42 y 43 del cuaderno número 3, han perdido, con arreglo al Código de Minas, los derechos que pudieran tener para oponerse a las pretensiones de Milciades Prieto.

Existe, por tanto, un haz probatorio completo, suficiente para demostrar que el recurrente Milciades Prieto sí tiene el derecho preferencial que ha venido sosteniendo, y como algunos de esos elementos probatorios no fueron tenidos en cuenta por el Tribunal, y otros fueron mal apreciados, es preciso aceptar que son fundados los cargos que se han venido estudiando, por lo cual debe casarse parcialmente la sentencia acusada, en lo relacionado con Milciades Prieto, para reconocer a éste el derecho preferencial que alega en lo tocante a la mina *Terama*, en

cuanto ella esté ubicada en terrenos de su propiedad.

Lo expuesto, sirve, a la vez, como fundamento de la sentencia de instancia que habrá de dictarse.

En atención a lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el diez y nueve de julio de mil novecientos cuarenta y uno, y en su lugar deja vigente la proferida por el Juez Civil del Circuito del Líbano, con fecha veinte de septiembre de mil novecientos cuarenta, pero únicamente en lo relacionado con el demandante-recurrente señor Milciades Prieto.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Acción de responsabilidad para el pago de perjuicios.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaias Cepeda).

El 14 de noviembre de 1938 murió electrocutado, en jurisdicción del Municipio de Pijao, el menor Serafin Rojas Núñez, a consecuencia de haber cogido con una mano una cuerda que conducía la corriente de alta tensión de la Empresa de Energía Eléctrica de dicho Municipio, cuerda que por haberse reventado se hallaba caída y en contacto con la tierra.

Los padres legítimos del menor, Martín Rojas y Resurrección Núñez de Rojas, considerando que el Municipio de Pijao es civilmente responsable de la muerte de su hijo, lo demandaron en juicio ordinario, por medio de apoderado, para que se le condene a pagarles la cantidad de \$ 20.000 como perjuicios materiales, y la de \$ 10.000 como perjuicios morales, o, en subsidio, las cantidades que por medio de peritos se fijen en el juicio.

Tramitado legalmente el asunto, el Juez del conocimiento, que lo fue el Civil del Circuito de Calarcá, lo decidió en primera instancia por sentencia fechada el veinticuatro de enero de mil novecientos cuarenta y uno, así:

“Primero. Se declara probada la excepción de caso fortuito alegada por la parte demandada.

“Segundo. Como consecuencia del punto anterior, se absuelve al Municipio de Pijao de los cargos formulados en la demanda.

“Tercero. Sin costas en esta instancia.”

Los fundamentos principales de esta sentencia pueden sintetizarse así:

No se demostró, en forma alguna, la responsabilidad del Municipio de Pijao. En la diligencia de inspección ocular verificada en tiempo oportuno, se comprobó que la caída del alambre obedeció a una ruptura del mismo, ocasionada por un deslizamiento del terreno debido a la crudeza del invierno, lo que motivó el movimiento de uno de los postes que sostenían el alambre. El Municipio comprobó la diligencia y cuidado con que atendía al sostenimiento de toda la red que conducía la energía eléctrica al Corregimiento de Buenavista o El Tolra y a la buena administración de la planta eléctrica. De otro lado, resulta

que la víctima, llevada por su curiosidad, fue expresa y espontáneamente a buscar el peligro. Hubo, por tanto, un caso fortuito y una grave imprudencia de la víctima, lo que exonera al Municipio de toda responsabilidad.

De este fallo apeló la parte demandante, y subido el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, esa entidad, en la oportunidad legal, le puso fin a la segunda instancia por sentencia del veintiséis de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, en la cual resolvió:

“Por falta de prueba, se absuelve al Municipio de Pijao de los cargos contenidos en el libelo de demanda que, por conducto de apoderado, propusieron contra la citada entidad los señores Martín Rojas O. y Resurrección Núñez.

“No se hace condenación en costas de la segunda instancia.

“En estos términos se resuelve la apelación interpuesta por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de primera instancia, de fecha enero veinticuatro del año próximo pasado.”

Fundó esta decisión el Tribunal en que no está legalmente demostrado el fallecimiento del menor Serafin Rojas Núñez, al tenor de lo dispuesto en los artículos 1º, 18 y 19 de la Ley 92 de 1938, porque no se presentó copia auténtica de la partida de defunción expedida por alguno de los funcionarios de que trata dicha Ley, sino, únicamente, la partida de origen eclesiástico, la cual sólo tiene hoy el carácter de supletoria y no puede admitirse mientras no se compruebe que no existe la partida principal.

El recurso.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación la parte demandante, el que se pasa a decidir hoy por hallarse legalmente preparado.

El recurrente acusa la sentencia aludida como “violatoria de la ley sustantiva, por aplicación indebida de los artículos 1º, 18, 19 y 20 de la Ley 92 de 1938, sobre registró civil”, y “por apreciación indebida y falta de apreciación de las pruebas que trae el expediente sobre la muerte trágica de Serafin Rojas Núñez”.

Esta acusación la desarrolla el recurrente en dos cargos, acerca de los cuales se transcribe lo fundamental, así:

I. "Es cierto que el artículo 18 de la Ley 92 de 1938 circunscribe el carácter de *pruebas principales de estado civil* a las copias auténticas de las partidas del registro civil expedidas por los funcionarios autorizados por ella para llevarlo.

"Pero en el presente caso el Tribunal sentenciador viola la ley porque la aplica a un hecho no regulado por ella. En realidad, no se trata de probar el *estado civil* de una persona, sino el acaecimiento de un suceso, la realización de un hecho que ocasionó daños cuya indemnización se cobra. Lo que interesa probar principalmente es el accidente trágico en que pereció el joven Rojas Núñez, es decir, un conjunto de hechos y circunstancias ocasionantes de daños. Y ese conjunto de hechos y circunstancias que tuvieron por resultado inmediato la *supresión de la existencia* del citado joven, es demostrable por todos los medios que admite nuestro sistema probatorio. La terminación de la vida por la invasión del flúido eléctrico es dentro de este proceso un hecho, un suceso constitutivo de daño y ocasionante de perjuicios, que se puede acreditar por cualquier medio probatorio."

II. En lo tocante al segundo cargo, dice que la muerte de Serafín Rojas está demostrada con la partida de defunción de origen eclesiástico, con la aceptación del hecho por el representante del Municipio y con las declaraciones de varios testigos que enumera, y luégo agrega:

"El hecho de la muerte está, pues, probado con los elementos transcritos, pero el Tribunal dio errada apreciación a la partida eclesiástica de defunción y dejó de apreciar las demás pruebas sobre la existencia del hecho consistente en la muerte del menor. Dejó de aplicar la ley a un hecho existente. El error de derecho consistente en creer que esta situación de hecho sólo se podía demostrar por los medios indicados en la Ley 92 de 1938, lo condujo a dar por no probada la muerte, con lo cual contravino claramente los preceptos que establecen y valoran las pruebas.

"Estimo violados los mismos artículos que enumere al final del cargo anterior."

Tales artículos son: 1º, 18, 19 y 20 de la Ley 92 de 1938; 346, 347, 348, 349, 356, 357 y 1757 del Código Civil; 22 de la Ley 57 de 1887, y 593, 603, 606, 607 y 697 y concordantes del Código Judicial.

Estudio de los cargos.

Se considera:

En concepto de la Sala, aunque es verdad, como lo dice el Tribunal, que los artículos 1º, 18 y 19 de la Ley 92 de 1938 estaban vigentes cuando ocurrió el fallecimiento de Serafín Rojas Núñez, y que conforme al artículo 18 hoy sólo tie-

nen el carácter de pruebas principales del estado civil las de que trata la mencionada Ley, en el presente caso tiene razón el recurrente al sostener que dichos artículos no son estrictamente aplicables aquí, porque en realidad no se trata propiamente de acreditar un estado civil, sino el acaecimiento de un hecho, de un accidente que ocasionó la muerte de un individuo, a consecuencia de la cual se reclama indemnización de perjuicios, y está tan plenamente, tan superabundantemente probada en autos la muerte del menor Serafín Rojas, que sería verdaderamente aberrante fallar el pleito por la sola consideración de que tal muerte no está legalmente comprobada.

En efecto, para demostrar la defunción de Rojas no sólo existe la partida de origen eclesiástico, sino un verdadero conjunto de testigos fidedignos, conocedores del accidente que le produjo la muerte, entre los cuales se encuentran el Alcalde de Pijao y su Secretario, quienes practicaron la diligencia de levantamiento del cadáver, varios individuos que concurrieron a esa diligencia y el menor Polo Sánchez, quien presencié la muerte de Rojas, a que se agrega que el representante del Municipio demandado no niega el hecho de la muerte.

Debe, por tanto, aceptarse el primer cargo formulado contra la sentencia acusada, la cual habrá de infirmarse, aunque no para condenar al demandado sino para dejar vigente el fallo de primera instancia, porque, como se verá en seguida, no resulta demostrado que el Municipio incurriera en culpa extracontractual que lo obligue a indemnizar los daños causados.

Es un hecho no controvertido en el juicio que el accidente en que perdió la vida el menor Rojas se verificó así:

En la noche del 13 de noviembre de 1938 se reventó uno de los alambres que conducían la corriente de alta tensión de la planta de energía de Pijao al Corregimiento de *Buenavista* o *El Tolra*, alambres que pasaban por un predio de propiedad del señor José María Gallón. El alambre, al reventarse y caer, hizo contacto con la tierra y produjo una luz del tamaño de la de una vela. A alguna distancia de ese sitio, en predio distinto del de Gallón, vivía Martín Rojas con su familia y algunas otras personas. Como a las cinco de la mañana del día 14 de noviembre el menor Polo Sánchez y otros individuos divisaron la indicada luz. Como a las cinco y media de la mañana se levantó Serafín Rojas, quien dijo a Polo Sánchez que fueran a ver esa luz, y ambos se dirigieron al sitio en donde se hallaba, que distaba 560 metros de la casa de Martín Rojas, según el concepto de los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular practicada en la primera instancia. Rojas se acercó,

imprudentemente, a la luz, y al coger con una mano la cuerda o alambre que la producía, quedó electrocutado.

Acerca de la causa que produjo la ruptura del alambre dice el testigo José María Gallón (folio 29 del cuaderno número 3), en declaración pedida por la parte demandante:

“Es cierto que una sola cuerda de las que conducían la energía eléctrica, proporcionada por la planta de este Municipio al Corregimiento de *Buenavista*, vino al suelo en la noche del día trece (13) de noviembre de 1938, pero no por haberse caído uno de los postes, sino por haberse reventado, causante que por el mucho invierno en esa fecha se movió la tierra y después de haberse hecho mucha presión al poste, se templó demasiado y de allí que se hubiera reventado la expresada línea.”

El señor Gabriel Jaramillo C., también a petición de la parte demandante (folio 30 del mismo cuaderno), declaró:

“En mi calidad de Alcalde y de concurrente al sitio donde tuvo lugar la muerte del menor Serafín Rojas, pude constatar que por motivo de un deslizamiento en el lugar donde estaba un poste de la luz clavado, produjo la ruptura de una de las líneas, cayendo ésta a tierra, y sólo para establecer contacto con las personas sería necesario concurrir al sitio indicado, tal como lo hizo el menor Serafín Rojas, pues éste se encontraba con la cuerda que le produjo la muerte en una mano empuñada.”

De otro lado, varios testigos afirman que el menor Rojas fue imprudentemente al sitio en donde se hallaba la cuerda reventada, llevado por la curiosidad y por el deseo de encontrar *guacas*, lo que confirma el propio demandante Martín Rojas, quien, en un memorial dirigido al Concejo de Pijao el 21 de agosto de 1939, por medio del cual solicitó se le concediera alguna recompensa por la muerte de su hijo, memorial que en copia auténtica obra en autos, dijo:

“No ignora la honorable corporación que el día catorce de noviembre último, a eso de las cinco y media de la mañana, habiéndose dirigido mi hijo Serafín Rojas, llamado por la atención de una luz, que, dicho sea de paso, creyó que era una muestra de algún tesoro, se acercó cautelosamente al lugar donde parecía estar una *guaca*, y como todavía estaba oscuro, llegó y agarró con sus inocentes manos lo que él creía una fortuna, pero lo que inmediatamente encontró fue la muerte, porque se trataba de las líneas de la luz que fueron instaladas para conducirla al Corregimiento de *El Tolra*, las cuales se encontraban en el suelo reventadas. (Está probado que fue una sola la cuerda reventada).

El caso de encontrarse las cuerdas o líneas reventadas se puede atribuir al mal servicio prestado por los encargados de recorrer dichas líneas, pero no quiero señalar a ninguna persona como responsable de ello, porque fácilmente podía haber ocurrido como caso fortuito el daño en dichas líneas, sin que pudieran haberse dado cuenta los recorredores respectivos.”

Según las declaraciones de José María Gallón, Melesio Ocampo, Antonio María Quintero, Luis Angel Gómez, Anibal Montoya y Alirio Parra, entre otros, la planta eléctrica de Pijao y todas sus dependencias estaban muy bien manejadas, en la época en que ocurrió el accidente, por empleados hábiles y competentes; el estado de los postes y de las líneas que conducían la corriente al Corregimiento de *Buenavista* o *El Tolra* era bueno, y había recorredores especiales de esas líneas, que cada dos días debían revisarlas para cerciorarse de que tanto los alambres como los postes se encontraban en buenas condiciones de servicio. De modo que la reventada de una de las líneas no puede atribuirse a descuido o negligencia en el manejo de lo relacionado con la empresa de energía eléctrica, lo que descarta también la responsabilidad del Municipio demandado, al cual no puede imputársele culpa en el desgraciado accidente de que se trata.

Se deduce de lo dicho que la sentencia de primera instancia es fundada, porque, de un lado, la reventada del alambre portador de la corriente eléctrica que produjo la muerte a Serafín Rojas obedeció a un caso fortuito, y, de otro, hubo de parte del menor Rojas una grave imprudencia, o un claro error de conducta que lo llevó a buscar por sí mismo el peligro y a encontrar la muerte.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira con fecha veintiséis de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, y en su lugar confirma la dictada por el Juez Civil del Circuito de Calarcá el veinticuatro de enero de mil novecientos cuarenta y uno.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Acción de remoción de un guardador.

De la circunstancia de otorgarle el Estado una amplia protección a los incapaces, no puede en sana lógica concluirse que cada vez que un ciudadano pide la remoción de un curador del incapaz, por esa sola circunstancia deba accederse a lo solicitado, sin necesidad de tomar en consideración ni las circunstancias acusatorias aducidas, ni su completa demostración en juicio. Tal conclusión, además de absurda y aberrante, arruinaría la institución de la curaduría de los incapaces, dejando al arbitrio de los particulares su cesación o subsistencia. Es tan peregrina la tesis, que no se necesita mayor esfuerzo de razonamiento para desestimarla.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

La sentencia del Tribunal, que viene acusada en casación, expone los que pasan a expresarse:

1º Consta de autos que el señor Pedro A. García fue designado curador de su hermana Clementina García, demente interdicta, y que en mayo de mil novecientos treinta y ocho hizo inventario de los bienes pertenecientes a la pupila, habiendo recibido de éstos tan sólo un lote de terreno ubicado en el sitio de *Los Colorados* o *Nannos*, en jurisdicción de Piedecuesta, y la cantidad de quinientos diez y seis pesos con cuarenta y dos centavos en dinero (\$ 516.42), pues la tenencia y administración de los demás bienes que en el inventario se relacionan no las obtuvo el guardador, por las circunstancias que allí se determinan.

2º En agosto de mil novecientos cuarenta, el Juzgado del Circuito Civil de Piedecuesta declaró terminada la investigación que hubo de adelantar sobre la administración del guardador, en virtud de petición de la actual demandante, quien hizo serios cargos al primero, los cuales halló el Juzgado infundados y en esa virtud falló en favor del nombrado García,

El proceso.

Ante el Juzgado del Circuito de Piedecuesta demandó Elvira García S., por los trámites de un juicio ordinario, la remoción de Pedro A. García del cargo de curador de la demente Clementina García. Suplicó igualmente que se la nombrara a ella en reemplazo del curador acusado.

El Juez de instancia dio cumplimiento al mandato del artículo 631 del Código Civil, nombrando curador interino mientras se surtiera el presente juicio. Finalmente, pronunció sentencia fechada el 26 de junio de 1941 negando las peticiones impetradas, por estimar que no se había demostrado ninguna de las causales de remoción del curador alegadas por la actora y que ésta hacía consistir en mala conducta notoria e inmoral y en descuido e incapacidad por parte del curador García para administrar con diligencia y cuidado el patrimonio de la interdicta.

La sentencia acusada.

El fallo de primera instancia fue apelado por la actora y desató el segundo grado de este proceso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, quien en sentencia definitiva de 16 de marzo de 1942 confirma en todas sus partes la apelada, revocando únicamente la condenación en costas que dicha sentencia contiene.

Esta sentencia del Tribunal, que es motivo de la casación, funda su decisión absolutoria en que no pudo la actora comprobar en la medida legal la existencia de las dos causales que alega para solicitar a la justicia la remoción del curador, o sea su conducta notoriamente inmoral y la administración descuidada de los bienes de la incapaz puestos bajo su guarda.

Estima el Tribunal que los testimonios presentados por la parte actora para evidenciar la primera de tales circunstancias no prestan mérito suficiente para considerarla demostrada, ya que se hace consistir en la vida amorosa que hace el curador con una sirvienta de quien se dice es su manceba; y de toda la prueba testimonial exhibida, tan sólo el testigo Luciano Pérez manifiesta creer que los dos hijos que tuvo la susodicha criada Vicenta Prada mientras permaneció en servicio de García, eran hijos de éste. Mas no explica el testigo la razón de su dicho, no dice por qué supone tal paternidad y, por el

contrario, agrega que el trato entre García y la Prada era estrictamente el usual entre patrón y sirviente.

Concluye el Tribunal que lo demostrado no permite afirmar la existencia de la conducta inmoral del guardador, de que se siga daño a las costumbres de la pupila, máxime cuando ésta es de avanzada edad y por añadidura demente, pues no debe perderse de vista que no basta la conducta inmoral, sino que es necesario también que ésta perjudique las costumbres de la persona en guarda, según lo advierte el ordinal 5º del artículo 627 del Código Civil.

También afirmó la demandante que la interdicta sufría vejámenes, y tratamiento descuidado en sus enfermedades. Pero, como lo asevera el Tribunal, estas inculpaciones no han sido demostradas, y antes bien, los familiares de la demente manifestaron su complacencia por la manera como el curador García ha venido atendiendo al cuidado personal de la incapaz y consta que la ha recluso en el Manicomio de Bogotá, en calidad de pensionista, donde recibe la atención médica y los cuidados que su estado requiere.

En lo relativo a la administración descuidada que alega la actora, concluye la sentencia de segunda instancia que tampoco ha podido evidenciarla suficientemente, ni con la prueba testimonial ni con la documental exhibida, dado que los hechos en que pretende fundar esta causal no aparecen comprobados con tales elementos. En este último extremo acoge el sentenciador de segundo grado los razonamientos interesantes que contiene la providencia de primera instancia.

El recurso.

Debidamente preparado se halla el recurso de casación interpuesto por la parte demandante. Acusa la sentencia de segundo grado por las causales 1ª y 2ª de las consagradas por el artículo 520 del Código Judicial. Se procede a estudiar en el debido orden lógico los dos motivos propuestos.

1º La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por la parte demandante. Funda este reparo en que la actora ejerce una acción popular y representa los intereses de la colectividad, y si esto es así, la deducción de sus pretensiones debe medirse por el interés de la acción, más que por la fuerza de la prueba. Con mayor razón si el juzgador no hizo uso de la facultad que le confiere el artículo 600 del Código Judicial. Para la recurrente la Corte no puede en estos casos sino expresar por medio de fallos el celo del Estado por cumplir la función de asistir a los incapaces.

Se considera:

La razón que acaba de alegarse no es ni puede ser motivo de incongruencia entre lo pedido y lo fallado, causal de casación en que funda la recurrente esta tacha. Es evidente que el Estado debe otorgarles amplia protección a los incapaces y con ese fin ha promulgado un sistema normativo completo, que cumple esa función estatal. Allí están los preceptos legales que tienden a darle eficacia a esa tutela social y siempre debe estar el Organismo Judicial dispuesto a darle estricto cumplimiento.

Pero de tales premisas teóricamente incuestionables no puede en sana lógica concluirse que cada vez que un ciudadano pide la remoción de un curador del incapaz, por esa sola circunstancia deba accederse a lo suplicado, sin necesidad de tomar en consideración ni las circunstancias acusatorias aducidas, ni su completa demostración en juicio. Tal conclusión, además de absurda y aberrante, arruinaría la institución de la curaduría de los incapaces, dejando al arbitrio de los particulares su cesación o subsistencia. Es tan peregrina la tesis que no se necesita mayor esfuerzo de razonamiento para desestimarla.

2º Violación del artículo 627 del Código Civil por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, alegando estos motivos:

a) En el presente caso es finalidad propia de la disposición citada (artículo 627), el celoso amparo de los bienes patrimoniales de la interdicta; pero como la sentencia sienta la tesis de que la conducta inmoral del guardador no le causa daño al pupilo "*cuando éste es de avanzada edad y por añadidura demente*", el fallo acusado está infringiendo el espíritu de nuestra legislación y los principios trascendentales que la inspiran;

b) No es verdad, como lo dice la sentencia acusada, que el guardador solamente esté obligado a responder de los bienes relacionados en el inventario solemne, porque hay diferentes disposiciones que prescriben lo contrario y para los efectos del recurso cita los artículos 430, 432, 480, 494 y 498 del Código Civil, que estima violados también por la providencia del Tribunal;

c) Ha habido interpretación errónea de ley sustantiva en varios pasajes de la sentencia, pero especialmente en aquella afirmación de que "*es menester y de rigor tener en cuenta el concepto del Ministerio Público y el de los parientes de la interdicta*". Sostiene la recurrente que el artículo 630 del Código Judicial dispone que sean oídas tales personas en controversias de esta índole, mas no es de rigor la aceptación de los citados conceptos.

Considera la Sala de Casación:

a) Lo que sirve de sostén y de fundamento básico al fallo del Tribunal es la conclusión jurídica a que llegó, luego de un largo y explicativo razonamiento, de que no había podido la actora evidenciar suficientemente que existiera alguna de las causales de remoción que establece el artículo 627 del Código Civil respecto de los curadores de personas incapaces. Estimó el sentenciador de Bucaramanga que la demandante no trajo a los autos la plena prueba de la existencia de alguna de tales circunstancias legales, que justificaran la remoción y reemplazo del guardador García. Como la recurrente no ha demostrado que se infringiera directamente tal precepto, o a través siquiera de error manifiesto de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas presentadas, debe quedar en todo su vigor la providencia atacada.

Ahora bien: es indudable que el Tribunal dijo en uno de los pasajes de su fallo que lo demostrado no permite afirmar la existencia de la conducta inmoral del guardador, "máxime cuando éste (el pupilo) es de avanzada edad y por, añadidura demente". Pero tal concepto no viene a ser el soporte definitivo y único de la sentencia, sino una observación tangencial que si se justifica en este caso, porque el numeral 5º del artículo 627 del Código Civil, invocado por la recurrente como fundamento de su acusación contra el guardador, consagra que de la conducta inmoral que se imputa al curador debe resultar necesariamente daño a las costumbres del pupilo. Y la observación del fallador de segundo grado es precisamente que no aparece, por una parte, evidenciada tal conducta inmoral; y por otra, que tratándose de una interdicta anciana y demente, no le acarrearía daño a sus costumbres la pretendida conducta inmoral, como lo sería si se estuviera en el caso de un pupilo menor de edad o mujer casada, etc. Quiso explicar únicamente que se trata de un caso en que la causal alegada pierde gran significación, por las circunstancias especiales que rodean la persona de la interdicta.

b) Tampoco ha sostenido la sentencia que deba absolverse a la parte demandada y negarse la remoción del curador, teniendo en cuenta principal y exclusivamente el testimonio de los parientes de la interdicta y del Ministerio Público. No ha sido esa la conclusión del sentenciador, ni tal su razonamiento. Lo que dice el fallo acusado es lo siguiente:

"En esta clase de juicios es menester y es de rigor tener muy en cuenta el concepto del Ministerio Público y el de los parientes de la interdicta. En efecto, el señor Agente del Ministerio Público conceptuó que la actora no pudo establecer la plena prueba que resista un examen

sereno, y que, en consecuencia, haga justo y necesario el cambio de don Pedro Antonio García como curador de su hermana la demente Clementina. En cuanto al concepto de los familiares, ya está dicho que fue en todo favorable al demandado."

Y se justifica esta apreciación incidental del sentenciador de Bucaramanga, porque el inciso final del artículo 630 del Código Civil, especial para estos casos, dispone que serán siempre oídos los parientes y el Ministerio Público.

c) Tampoco se han violado las normas sustantivas citadas por la recurrente cuando el Tribunal dijo en uno de los pasos de su providencia que "lo lógico y lo jurídico es que el curador responda de los bienes de la interdicta, según tales bienes fueron relacionados en el inventario solemne. Tal inventario si fue agregado a los autos por el demandado, y en tal inventario no figuran los créditos cuya existencia pretende, la señorita Elvira". Ese concepto del Tribunal es irreprochable puesto que si la actora alega que el curador ha tenido una administración descuidada o fraudulenta y se funda en que unos créditos activos de la incapaz no fueron recaudados en su oportunidad, está muy en forma la advertencia de que tales créditos no figuran en el inventario solemne y que se ignora, por esa causa, su existencia. Ninguno de los textos legales citados consagra que un curador de incapaz deba responder por bienes de esa índole que no conste haya recibido, sino que aluden a circunstancias y deberes muy distintos del curador.

Son infundados los tres reparos contenidos en este cargo y no pueden prosperar en casación.

3º El tercer cargo lo hace consistir en apreciación errónea de determinadas pruebas y lo fundamenta de la siguiente manera:

a) Error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba testimonial presentada por la actora para evidenciar la conducta inmoral del guardador, con interpretación errónea de los artículos 687, 690 y 705 del Código Judicial;

b) Apreciación errónea de la prueba documental, en especial del inventario solemne que obra en autos;

c) Falta de apreciación de la copia del auto que figura al folio 25 del cuaderno número 7;

d) Falta de apreciación de las pruebas relativas al traslado de la interdicta a una casa de locos sin autorización judicial;

e) Falta de apreciación de la circunstancia de someter el guardador a la interdicta a residir bajo el mismo techo que él. Estima violados por dichos conceptos los artículos 62, 63, 481, 495, 627 y 1768 del Código Civil y 664 y 665 del Código Judicial.

Se considera:

El Tribunal hizo un análisis minucioso de la prueba testimonial exhibida por la actora hasta concluir, como lo hizo, que no era suficiente para demostrar debidamente la conducta inmoral del guardador, ni menos que éste sostuviera relaciones sexuales estables y escandalosas con la criada Vicenta Prada. Agrega el fallador que el testimonio de Luciano Páez es el que mayor luz arroja sobre los hechos denunciados; pero lo desestima por ser él solo insuficiente para establecer la demostración de los cargos imputados y porque no explica la razón de su dicho, ni por qué supone la paternidad de García respecto de los hijos de la Prada. Tal apreciación de conjunto de la prueba testimonial no adolece de error manifiesto de hecho ni de derecho, y la Corte no puede en este caso modificar la apreciación del sentenciador de instancia, que goza de libertad para el análisis y estimación de los elementos probatorios, de acuerdo con su criterio y con las reglas de la sana crítica y de las normas sobre tarifa legal de pruebas.

No existe tampoco equivocada estimación del inventario solemne que obra en autos. Lo que dice el Tribunal es que los créditos activos insolutos a que alude la actora no fueron inventariados y no puede deducirse ninguna responsabilidad al curador respecto de su falta de oportuna solución y esta observación es exacta. Sostiene ahora la actora que García debe responder hasta de bienes o créditos no inventariados y no hay precepto legal, como lo pretende, que le imponga al guardador esa clase de responsabilidad y menos cuando en el proceso no se ha evidenciado la existencia de tales bienes o créditos.

El auto cuya copia obra en el cuaderno número 7, fechado el 21 de octubre de 1941 y dictado por el Tribunal sentenciador, se limita a decretar la práctica de unas pruebas solicitadas por la actora, a fin de que se tengan como tales en el juicio. No alcanza a vislumbrar esta Sala en qué forma ha podido dejar de apreciar el Tribunal esa providencia judicial, que surtió toda su operancia procesal; y las pruebas en ella ordenadas fueron estimadas por el fallador en el curso de la sentencia acusada.

Es evidente que la interdicta fue trasladada a una casa de locos de esta capital, sin que pre-

viamente se obtuviera la autorización judicial a que alude el artículo 554 del Código Civil; pero conviene advertir que tal irregularidad u omisión no constituye por sí sola causal de mala conducta del guardador, ni motivo suficiente y legal para decretarse su remoción. Tanto más cuanto que al proceder así tuvo el curador la sana intención de someter a la demente a un tratamiento médico adecuado y a la vigilancia de médicos especializados, en el mejor manicomio que hoy tiene el país.

La prohibición que establece el artículo 519 del Código Civil, citado por la recurrente como violado, y que consiste en que el pupilo no deba residir en la misma casa del autor, no tiene aplicación en el caso de autos, ya que tal norma no figura en el Título del Código que regula la guarda de los incapaces, sino que se halla incorporado en el Título denominado "Reglas especiales relativas a la tutela". Y se explica que ese precepto tenga sólo operancia respecto de la tutela de los menores impúberes, puesto que sólo éstos podrían padecer algún perjuicio moral o físico o correr algún peligro material con la convivencia bajo el mismo techo de sus tutores.

Resulta de lo dicho que no existen los errores anotados en la apreciación del haz probatorio de la actora, ni menos la violación directa o falta de aplicación de los textos citados.

Se rechaza este cargo.

Fallo.

En mérito de las anteriores consideraciones, 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 Bucaramanga el 16 de marzo de 1942, que ha sido materia de la casación.

Las costas del recurso serán de cargo de la recurrente.

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

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

Presentación en juicio de escrituras públicas.

Las pruebas escritas a que alude el artículo 636 del Código Judicial, y que son no solamente los documentos que se custodian por funcionarios públicos y de que se solicita copia, sino todos los que merecen esta definición de acuerdo con la ley, deben llegar a los procesos judiciales, para poder ser estimados como pruebas, con el mérito que les corresponde, en la forma y condiciones que determina el artículo 636 del Código Judicial. Estos requisitos, como lo ha dicho la Corte, "no deben considerarse como inútiles trabas al derecho probatorio sino como garantía de pureza y autenticidad, que se justifican sobradamente por el especial mérito probatorio que les concede la ley". Pero las escrituras públicas, a las que corresponde legalmente por naturaleza y origen "autenticidad y constancia públicas", están exceptuadas expresamente por la ley, que autoriza su presentación directa por las partes, naturalmente dentro de la oportunidad procedimental. (Gaceta Judicial, tomo XLVIII, página 354). El artículo 630 del Código Judicial establece especialmente que "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."

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Por medio de la escritura pública número 104, otorgada ante el Notario de Convención el 9 de julio de 1936, Sebastiana Suárez Zapardiel transfirió, a título de venta, a Fermín Angarita, el derecho de dominio en la mitad proindiviso de la finca rural llamada *Jericó*, ubicada en jurisdicción municipal de Convención, por los linderos que el título expresa, por la cantidad de \$ 360, que la vendedora confesó tener recibidos a su satisfacción. Se estipuló el pacto accesorio de retroventa, "si dentro del término de dos años devuelve al comprador el precio de esta venta, pues de lo contrario quedará *ipso facto* perfeccionada la venta, poniendo al compra-

dor en posesión material del inmueble, o sea de la mitad de él, sin derecho a reclamar el mayor valor que tenga o pueda tener, con todas sus anexidades y por los linderos que en la división le correspondan".

El 3 de julio de 1940, alegando como fundamentos de hecho, que el comprador Angarita no le pagó el precio estipulado en la precitada escritura, y que fue "víctima de un engaño, de un hecho fraudulento", perpetrado por su comprador en connivencia con un hermano de ella, por medio de apoderado y ante el Juzgado Civil del Circuito de Ocaña, demandó en juicio ordinario a Fermín Angarita para que se declare "que queda resuelto, restableciendo las cosas a su estado anterior, el contrato de retroventa (sic) de la media posesión de campo nombrada *Jericó*, ubicada en el Corregimiento de Las Mercedes, de la jurisdicción del Municipio de Convención...", condenando al demandado al pago de los perjuicios consiguientes y las costas del juicio.

En forma condicional y subsidiaria se demanda también la rescisión del citado "contrato de retroventa", por tener el medio campo que se dice retrovendido, un valor justo que excede del doble de lo fijado en el contrato.

Se opuso el demandado a las pretensiones del actor, y negó los hechos fundamentales de la acción, afirmando que pagó el precio de la venta según lo explicó en las posiciones que absolvió extrajuicio. Agotados los trámites del grado, el Juzgado del Circuito profirió sentencia el 10 de febrero de 1941, denegando todos los pedidos principales y accesorios de la demanda. Sin costas.

Recurrido en apelación por el actor el fallo del Juzgado, el Tribunal Superior del Distrito de Pamplona, después de tramitar legalmente el grado, lo confirmó en sentencia definitiva de fecha 17 de octubre de 1941. También sin costas.

Es muy breve y sencilla la motivación de la sentencia de segunda instancia. Se limita, sin tocar la cuestión de fondo y reproduciendo razones fundamentales del Juzgado del Circuito, a considerar que no se ha demostrado la existencia del contrato de compraventa a que se refiere la demanda de resolución y subsidiariamente de nulidad, porque la escritura pública número 104 del 9 de julio de 1936 con que ha querido acreditarse fue traída al proceso durante el término

probatorio directamente por la parte demandante, sin llenarse las formalidades prescritas por el artículo 636 del Código Judicial, esto es, sin haberse pedido en el término correspondiente que se librara despacho al Notario de Convención, para que expidiera a costa del interesado, copia del instrumento escriturario y lo enviara al Juzgado del conocimiento por conducto del Registrador respectivo.

El recurso.

Recurrida oportunamente en casación la sentencia del Tribunal por el apoderado de la parte demandante, se ha tramitado el recurso legalmente hasta ponerlo en estado de recibir decisión definitiva.

Con apoyo en la primera de las causales que señala el artículo 520 del Código Judicial formula el recurrente, contra la sentencia del Tribunal, el cargo de violación de los artículos 630 y 636 del Código Judicial por haber desestimado como prueba del contrato cuya resolución se pide la copia de la escritura pública número 104 del 9 de julio de 1936, y la demanda misma, lo cual determinó el quebranto indirecto de los artículos 604 y 606 del Código Judicial y de los artículos 1930, 1932 y 1546 del Código Civil, en cuanto conceden al vendedor acción resolutoria de la venta por falta de pago del precio, disposiciones éstas que dejaron de aplicarse por el fallador como consecuencia de la desestimación probatoria de que se ha hecho mérito.

Se considera el cargo:

Sobre la manera como ha sido traída a los autos la citada escritura pública número 104, única cuestión que se estudia en la sentencia acusada, da testimonio el expediente de que tal instrumento no fue presentado con la demanda, en la cual advierte el actor que no la acompaña al libelo por habersele traspapelado en ese momento, pero ofrece que será presentada en el correspondiente término de pruebas. Así se hizo, como ya se vio, por el demandante en el término probatorio del primer grado. Se presentó la escritura en copia autorizada por el Notario y con su correspondiente nota de registro junto con memorial en que se pide que sea tenida y estimada como prueba con las demás a que el escrito se refiere. El Juzgado del Circuito, en auto visible al folio 8 del cuaderno 2, decretó las pruebas pedidas, con citación de la parte contraria, para ser tenidas en cuenta al tiempo de fallar definitivamente. El demandado Angarita no sólo se abstuvo de formular ningún reparo sobre la forma de aducción del referido instrumento, sino que él mismo lo presentó también directamente en la misma forma que el actor con su pedimento de pruebas en la primera instancia.

Esta manera uniforme y de reciproca aceptación como las dos partes han traído al proceso la prueba instrumental del contrato a que se vinculan sus opuestas pretensiones, sin que ninguna de ellas haya rechazado ni objetado nada en relación con la forma de presentación en juicio de la escritura pública, ya es una circunstancia que resta fundamento legal a la actitud de los falladores de instancia para negarse a decidir en el fondo, no discutiendo la autenticidad del instrumento público, sino negándose simplemente a estimar su valor probatorio por la única razón de no haber sido traído a los autos con los trámites y formalidades que en su concepto establece la ley.

Pero además de esta razón fundada en el consentimiento expreso de las dos partes litigantes para la estimación de una prueba aportada oportunamente por ambas a los autos, no hay duda de que el Tribunal, siguiendo al Juzgado del Circuito, incurrió en equivocada aplicación en este caso de las normas de derecho que establecen el modo de llevar los documentos públicos a juicio. Bien sabido es, en efecto, que esta clase de pruebas escritas a que hace alusión el artículo 636 del Código Judicial y que son no solamente los documentos que se custodian por funcionarios públicos y de que se solicita copia, sino todos los que merecen esta definición de acuerdo con la ley, deben llegar a los procesos judiciales, para poder ser estimados como pruebas, con el mérito que les corresponde, en la forma y condiciones que determina el citado artículo 636 del Código Judicial, requisitos éstos que, como lo ha dicho la Corte, "no deben considerarse como inútiles trabas al derecho probatorio sino como garantía de pureza y autenticidad, que se justifican sobradamente por el especial mérito probatorio que les concede la ley". Pero las escrituras públicas, a las que corresponde legalmente por naturaleza y origen, "autenticidad y constancia públicas", están exceptuadas expresamente por la ley, que autoriza su presentación directa por las partes, naturalmente dentro de la oportunidad procedimental (*Gaceta Judicial*, tomo XLVIII, página 354). El artículo 630 del Código Judicial establece especialmente que "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", tal como ha acontecido en estos autos con la número 104 del 9 de julio de 1936, pasada ante el Notario Público de Convención.

La ilegalidad de que se resiente, por lo antedicho, la sentencia acusada, da prosperidad al cargo que contra ella se ha formulado en casación, porque es evidente que carece de respaldo

legal la razón aducida por el sentenciador para no entrar en el estudio de fondo. Mas a pesar de esta circunstancia, no ha de sufrir ninguna modificación la sentencia recurrida, porque al estudiar la Sala el proceso para decidir la cuestión controvertida, como Tribunal de instancia y proferir la resolución de reemplazo, encuentra que el análisis de las pruebas aducidas impone la misma decisión absolutoria, como pasa a verse.

En cumplimiento de su obligación de probar el hecho esencial de su demanda, esto es, el no pago del precio de la venta, que es la base de la acción resolutoria incoada, adujo el demandante, fuera de la escritura pública número 104 de 9 de julio de 1936 contentiva del contrato de compraventa cuya resolución se pide y en la que consta el pago del precio, las siguientes pruebas:

Copia auténtica de las posiciones que a pedimento de la actora absolvió el demandado Angarita el 7 de junio de 1940, ante el Juzgado del Circuito de Convención, y en las cuales afirmó el absolvente, como lo repitió al contestar la demanda, que pagó el precio de la venta, los \$ 360 que reza la escritura, a su vendedora Sebastiana Suárez Zapardiel, explicando que tal pago lo verificó, en parte, con el valor de un crédito contra Arcadio Suárez Zapardiel, hermano de la vendedora, contra quien Angarita adelantaba ejecución, pago éste con que quiso favorecer a su hermano y que fue el principal motivo que indujo a la demandante a celebrar el negocio y que es asimismo lo que explica y justifica el pacto de retroventa que se estipuló; y el resto en dinero.

Adujo también los testimonios de Gregorio y Concepción Quintero, quienes declaran confesivamente por comisión ante el Juzgado Municipal de González, que les consta por directas percepciones que en los primeros días del mes de julio de 1936, hallándose en *Jericó*, finca de propiedad de Sebastiana Suárez, vieron cuando Arcadio Suárez llegó de *La Teja*, sitio donde reside, y le dijo a su hermana que se alistara para que fueran a Convención a que el Notario les hiciera una escritura para arreglar el asunto del enredo producido por la muerte de Ramona Zapardiel de Suárez, para hacer la partición del campo, advirtiéndole Arcadio que debía contestar con la palabra sí a todo lo que el Notario le preguntara; que pocos días después de regresar Sebastiana, de Convención, se presentó Fermín Angarita a preguntarle dónde podía hacer desmontes, refiriéndose a los derechos que había comprado a los herederos de Ramona Zapardiel de Suárez y manifestándole que era dueño del campo, a lo cual respondió Sebastiana, que respecto de los derechos de Ramona podía hacer lo

que quisiera, pero que no fuera a tocar su medio campo porque ella no lo había vendido a nadie ni tenía por qué pagar deudas ajenas con lo de su propiedad.

También presentó como pruebas las declaraciones testimoniales de Aureliano Lobo y Florencia y Antonio Noriega, quienes afirman en la misma forma, que hace veinticinco años conocen a Sebastiana Suárez Zapardiel y que por este largo conocimiento les consta que es persona muy sencilla e ignorante, que desconoce el valor de las cosas, hasta del dinero; que siempre la han conocido viviendo en su campo de *Jericó* sin turbación de nadie en su posesión y usufructo, y que su hermano Arcadio Suárez Zapardiel vive desde hace mucho en sitio lejano y que poco visita y favorece a su hermana Sebastiana.

Claramente se ve de las pruebas que acaban de enumerarse y compendiarse, y que son todas las aportadas por la parte actora, que de ellas no es posible deducir en manera alguna la demostración del hecho central de este litigio, sobre el incumplimiento de la obligación del comprador de pagar el precio de la venta, contra la declaración consignada en la escritura pública. No hay razón ni fundamento ninguno para decir que en la diligencia de posiciones exista confesión del demandado, quien, como ya se vio, negó en ellas todas las afirmaciones de su interrogante, añadiendo explicaciones sobre cuya realidad adujo probanzas suficientes.

El análisis y consideración de los precitados testimonios no revela tampoco la existencia de ningún hecho relacionado con el pago del precio. Esta prueba ha querido ser utilizada por el apoderado de la actora como demostración "de que la demandante fue objeto de una confabulación entre su hermano Arcadio y el supuesto comprador Angarita". Luégo de referirse a ella, dice: "Hé ahí el artificio, el engaño, la maquinación que debía conducir a la actora a deshacerse de su haber patrimonial. Ello es el dolo que vició ese pacto..." Pero esta estimación probatoria es insignificante para la decisión del pleito, porque así se pretende plantear una cuestión totalmente distinta de la que ha sido y debe ser materia de la controversia, trabada, según la acción ejercitada en la demanda, para obtener la resolución del contrato de venta por incumplimiento de la obligación del comprador de pagar el precio, y en manera alguna para que se declare la nulidad de ese contrato por estar viciado de dolo el consentimiento de la vendedora.

La circunstancia, que se estima bien probada, de que la vendedora Suárez Zapardiel hubiera continuado en posesión y goce del inmueble después de celebrado el contrato de venta a que se ha hecho referencia, y que sería a lo sumo un

hecho indiciario, pierde todo su significado al considerar que tal situación fue expresamente convenida en el contrato, en el cual se ve que solamente al cumplimiento del bienio pactado para la retroventa entraría el comprador Angarita en posesión material de la finca.

El demandante Angarita, como atrás quedó advertido, adujo pruebas fehacientes sobre la manera como verificó el pago y que explicó en la absolución de posiciones. Feliciano Molina, Arcadio Suárez, José Cleofe Solano, quien como Notario intervino en el contrato; Rodolfo Sarmiento y Ambrosio Llanes, testigos del instrumento; Cleofe Rincón y varios otros, deponen válidamente sobre hechos precisos, de los que resulta la verdad de que Sebastiana Suárez Zapardiel concurrió al otorgamiento de la escritura número 104 el 9 de julio de 1936 con pleno conocimiento de lo que hacía y que voluntariamente aceptó el pago en la forma explicada pormenorizadamente por el demandado y establecida en el juicio con suficiencia probatoria.

Respecto de la acción rescisoria por lesión enorme, subsidiariamente intentada en la de-

manda, nada hay en el juicio que pueda ser materia de estudio en esta decisión, porque fuera de su mención en el libelo inicial nada más se encuentra en el proceso a este respecto.

Por tanto, en mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona el 17 de octubre de 1941, que ha sido materia de este recurso de casación.

No hay lugar a condenación en costas.

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

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

Acción petitoria de declaración de derecho a una porción conyugal.

Se ha repetido hasta el exceso que cuando el fallador decide, afirmativa o negativamente, las peticiones de la demanda, la sentencia que así lo hace, guarda consonancia con las pretensiones aducidas por las partes en el litigio.

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango)

Estos son los antecedentes del presente litigio:

Leonidas Molano, en 17 de diciembre de 1936, por escritura número 3038 de la Notaría 1ª de este Circuito, reconoció como sus hijos naturales habidos en Mercedes Castellanos, a Ana Lucía y Alfonso Castellanos; en la cláusula 6ª de esa memoria testamentaria dispuso: "Es mi voluntad que al morir se le deje el derecho de habitación a favor de Josefina Alonso, en una de las piezas de la casa número 1536 de la calle 19, donde podrá habitar con los menores y a quien suplico cuidar de ellos hasta su muerte, en que cesará el derecho de habitación. Tendrá también la misma señora derecho de recibir como pensión alimenticia por el mismo tiempo, la suma equivalente a la tercera parte del producido líquido de mis bienes, en recompensa de los servicios que me ha prestado"; en la cláusula 2ª instituyó como únicos y universales herederos a los hijos naturales que había reconocido, a quienes pasarán, dice, todos mis bienes de que pueda disponer libremente a mi fallecimiento; el 6 de junio de 1938 Leonidas Molano contrajo matrimonio con Josefina Alonso. Aquél murió el 21 de agosto del mismo año.

Josefina Alonso viuda de Molano, demandó por la vía ordinaria a los menores Zoraida Molano, Ana o María Lucía y Alfonso Castellanos, a Luis Eduardo Romero, en su calidad de albacea, de tutor y curador de los Castellanos, para que se hicieran estas declaraciones:

"1º Mi mandante, Josefina Alonso viuda de Molano, tiene derecho a su porción conyugal, como esposa legítima del causante Leonidas Molano;

"2º En consecuencia, el testamento otorgado por el causante el día 17 de diciembre de 1936, debe entenderse reformado en tal sentido;

"3º Al hacerse la partición de los bienes relictos, debe formarse la hijuela de adjudicación del cónyuge supérstite, Josefina Alonso v. de Molano;

"4º Carecen de todo valor legal los actos de partición o posesión efectiva de la herencia, hechos con menoscabo de los derechos de mi mandante. En consecuencia se oficiará a las Oficinas de Registro respectivas, ordenando la cancelación de las inscripciones que se hubieren hecho, y

"5º Los demandados pagarán los costos y costas de este juicio por su oposición temeraria."

Es de advertir que en el Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá, cursa el juicio de sucesión testada de Leonidas Molano.

Terminó la primera instancia con la sentencia de 7 de febrero de 1942, que negó las peticiones de la demanda y condenó en costas al actor. Apelado el fallo para ante el Tribunal Superior de Bogotá, esta entidad lo reformó en estos términos:

"1º Declarar que Josefina Alonso v. de Molano tiene derecho a su porción conyugal, como cónyuge sobreviviente de Leonidas Molano, la cual ha de computarse y medirse según el orden sucesoral y la concurrencia con los herederos del difunto, dentro del juicio de sucesión de éste.

"2º Desestimar las demás peticiones de la demanda.

"3º Sin costas en ninguna de las instancias.

"4º Queda en estos términos reformada la sentencia apelada."

El apoderado de Zoraida Molano Nieto interpuso contra este fallo recurso de casación, que se le concedió y que admitido por la Corte, se pasa a estudiar por hallarse finalizada la sustanciación.

El sentenciador de Bogotá consideró que Josefina Alonso viuda de Molano, era cónyuge legítimo del señor Leonidas Molano y que tenía derecho a la porción conyugal por este carácter y porque carecía de lo necesario para su congrua sustentación. Basó esta resolución en la partida

de matrimonio de origen eclesiástico, contraído por Leonidas Molano y Josefina Alonso, estando el primero en artículo de muerte, y en los testimonios contestes de Román Rueda Cubillos y Arcadio Delgado Forero, quienes declaran, por percepción directa que la Alonso es mujer pobre y que carece de bienes de fortuna, testimonios respaldados por los certificados de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca y el Tesorero Municipal de Bogotá, de los cuales aparece que dicha señora no figura en la lista de los contribuyentes. Además, ella manifestó de modo expreso, en el texto de la demanda "que para el efecto de recibir su porción conyugal, renuncia al derecho de recibir bienes por cualquier otro concepto en la sucesión".

Este primer basamento del fallo se acusa en primer lugar, por infracción directa del artículo 16 de la Ley 153 de 1887, que preceptúa que la legislación canónica es independiente de la civil y no forma parte de ésta, pero que será solemnemente respetada por todas las autoridades de la República.

Hace consistir este reparo en que habiéndose celebrado el matrimonio Molano-Alonso, hallándose aquél en artículo de muerte, ese matrimonio, de acuerdo con el derecho canónico, ha debido ratificarse dentro del término señalado por esa ley, cosa que no se ha hecho o que al menos no se ha probado en el presente negocio.

No cita el recurrente la disposición canónica que ordena que los matrimonios eclesiásticos celebrados en artículo de muerte, por alguno de los cónyuges, tienen de ser ratificados durante el lapso indicado por la dicha ley. Pero aun en el caso de haberse indicado ese canon, es lo cierto que el Tribunal de Bogotá tan respetó la legislación canónica, que dio estricta aplicación a los textos legales que preceptúan que se tendrán y admitirán como pruebas principales del estado civil, respecto de los matrimonios católicos, las actas de origen eclesiástico expedidas por los sacerdotes párrocos.

Es de advertir que el acta de matrimonio Molano-Alonso no fue redargüida de falsa, ni tampoco se debatió en las instancias del juicio si ese matrimonio llenaba o nó los requisitos exigidos por la Iglesia Católica para la validez del sacramento; de suerte que ese estudio sería hoy en casación un medio completamente nuevo, que no puede entrar a dilucidar la Corte sin extralimitar sus precisas funciones legales.

Considérase también quebrantada la disposición del artículo 1230 del Código Civil, por cuanto el Tribunal le reconoció derecho a Josefina Alonso para reclamar su porción conyugal, sin haberse demostrado su carácter de cónyuge legítima y sobreviviente, ni la escasez de medios suficientes para su congrua sustentación.

Se ha visto que el matrimonio Molano-Alonso fue contraído legítimamente de acuerdo con la ley canónica, así lo atestigua la correspondiente partida de matrimonio, sin que se haya demostrado la nulidad o ineficacia de éste, por falta de alguno de los requisitos que la ley canónica exige para la validez del sacramento.

Las pruebas en que se basó el sentenciador para considerar que la Alonso carecía de medios para su subsistencia, no han sido atacadas en casación y por tanto conservan todo el valor legal que el Tribunal les atribuyó.

Agrega el fallador, para reforzar su proveído de segunda instancia, que la señora Alonso renunció expresamente los demás bienes o derechos que pudiera tener a otro título, en la sucesión de su marido, de acuerdo con el artículo 1235 del Código Civil. Igualmente se apoyó en las disposiciones de los artículos 1232 y siguientes del Código Civil, disposiciones cuya aplicación al litigio no le han valido al recurrente reparo de ninguna especie.

Se acusa también el fallo por violación del artículo 1233 del Código Civil, que estatuye que el cónyuge sobreviviente que al tiempo de fallecer el otro cónyuge no tuvo derecho a porción conyugal, no lo adquirirá después por el hecho de caer en pobreza.

La violación se hace consistir en que el sentenciador no paró mientes en la cláusula 6ª del testamento de Molano, en la cual le asigna a Josefina Alonso una pensión alimenticia y además le concede el derecho de habitación de un local de la casa número 15-36 de la calle 19 de esta ciudad, lo que implica que la cónyuge sobreviviente no tenía derecho a la porción conyugal, puesto que tenía medios para subvenir a sus necesidades cotidianas.

Se ha visto que la Alonso renunció a todos los derechos que tuviera en la sucesión de su marido a cambio de la porción conyugal, cosa permitida por el artículo 1235, de manera que carecía de bienes para su congrua sustentación, que es uno de los requisitos que exige el artículo 1230 para tener derecho a la porción conyugal, requisito éste que el recurrente considera no se ha demostrado en el presente caso. Se ha comprobado, por lo dicho atrás, que la señora Alonso carecía de medios para satisfacer sus necesidades personales, y que es cónyuge legítima del señor Molano, únicos dos requisitos que exige la ley para tener derecho a la porción conyugal.

Como segunda causal se invoca la de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones aducidas oportunamente por los litigantes, puesto que el demandante en ninguno de los hechos fundamentales de su acción adujo la pobreza personal o la carencia de bienes para la congrua

subsistencia de la demandante, y a pesar de ello el Tribunal apreció las pruebas traídas al proceso para demostrar un hecho que no se había alegado entre los fundamentos de la demanda.

Se ha repetido hasta el exceso que cuando el fallador decide, afirmativa o negativamente, las peticiones de la demanda, la sentencia que así lo hace, guarda consonancia con las pretensiones aducidas por las partes en el litigio. Esto hizo el Tribunal de Bogotá. Acogió unas peticiones y desestimó otras, fallando sobre todas las súplicas de la demanda.

Es innecesario insistir más sobre esta causal. Y como ninguno de los reparos del recurrente prospera, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en

nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

1º No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha diez y nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos.

2º El recurrente pagará las costas del recurso.

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

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

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Por medio ed apoderado, José Nicolás Chedraue demandó en vía ordinaria en el Juzgado 1º del Circuito de Girardot a Pedro Chedraue para que se le condene a pagarle \$ 5.885 con el 2% de interés mensual, desde el 14 de febrero de 1920 hasta el día del pago y las costas del juicio, según libelo de 29 de marzo de 1938 que en mayo subsiguiente contestó el demandado oponiéndose. Al mismo tiempo contrademandó a fin de que se condenara al demandante a pagarle los perjuicios que le causó por haber roto las cerraduras de su habitación y apoderádose de su caja fuerte, los que estimó en más de \$ 50.000.

La demanda principal se basa en el documento suscrito en Girardot por el actual demandado, como procedente del precio de mercancías, en favor de Fadul Hermanos y cedido por esta sociedad al demandante.

El Juzgado cerró la primera instancia el 17 de noviembre de 1939 condenando al demandado a pagarle ese principal de \$ 5.885 y sus dichos intereses. Además, decreta compensación de esta deuda con la del demandante en favor del demandado por principal de \$ 2.900 e intereses al 2% mensual desde el 19 de enero de 1930, crédito éste asegurado con hipoteca por escritura de 30 de enero de 1929, otorgada en la Notaría de Natagaima con el número 35; ordena la cancelación de esa hipoteca y que al liquidar ambos créditos se tenga en cuenta el impuesto sobre intereses; y condena al demandado en las costas. Aunque en la parte motiva estudia tal sentencia la contrademanda en forma conducente a negar sus peticiones, no pronuncia en su parte resolutiva decisión alguna al respecto.

Apelada por ambas partes, el Tribunal, previos los trámites del caso, decidió el 18 de mayo de 1942 así: confirma la condenación al pago de los \$ 5.885 y sus intereses y costas; revoca el referido decreto de compensación de deudas y la orden de cancelar la hipoteca, y pronuncia expresa negativa sobre la reconvención. Sin costas en la segunda instancia.

Contra el fallo del Tribunal interpuso casación el demandado, recurso que pasa a decidirse por estar tramitado debidamente.

Larga y reñida actuación judicial hubo entre los actuales litigantes antes del presente pleito con el mismo motivo de la deuda exigida en la demanda y reconocida en las sentencias antedichas como ya se vio. De aquella contienda no viene al caso tomar en cuenta en la presente sino los detalles referentes al documento en que la deuda consta y que se expresarán adelante.

Aunque para entonces el actual demandado negó haber suscrito ese documento y lo tachó de ilegal y falso, ello es que en el presente juicio lo aceptó como verdadero y legítimo desde la contestación de la demanda; de suerte que aquí no ensayó ni adujo aquella defensa, sino la excepción de pago, aunque sin nombrarla categóricamente así.

El documento aparece firmado en Girardot el 13 de agosto de 1919 por Pedro Chedraue ante testigos; la deuda procede del valor de mercancías vendidas a aquél por Fadul Hermanos; esta sociedad cedió por valor recibido el crédito que aquí consta a José N. Chedraue el 11 de diciembre de 1919. Al contestar la demanda inicial de este juicio dice el demandado ser cierto que el documento se otorgó como afirma la demanda y se cedió al actor; pero que, cabalmente por pertenecer a éste, a él le pagó él esa suma, por lo cual, exigiéndosele una obligación ya extinguida, se opone a las peticiones del demandante. Y agrega el mismo Pedro Chedraue en su respuesta que, no sólo hizo ese pago a José Nicolás, sino que le dio otra suma en préstamo, por lo cual éste le otorgó la escritura de mutuo con hipoteca de 30 de enero de 1929 ya mencionada aquí. Sobre esta circunstancia de haberse convertido José Nicolás de acreedor en deudor de Pedro, que es como éste interpreta al respecto esa escritura, ha insistido Pedro a todo lo largo del litigio, inclusive ahora en su demanda de casación.

Acerca del pago alega que José Nicolás lo recibió delante de testigos y le otorgó la carta correspondiente; pero que, habiéndosele ésta tras-papelado, no la pudo presentar hasta la segunda instancia; y que si el acreedor no le entregó cancelado el documento al pagárselo, fue porque se le había extraviado.

Ese recibo vino efectivamente al Tribunal. Aparece otorgado en Natagaima el 24 de marzo de 1924. Citando el referido documento a favor de Fadul Hermanos y la cesión a Pedro Chedraue, manifiesta que éste pagó a José N. \$ 6.385 a que para esa fecha ascendía el crédito con sus intereses. Al final declara José N. que se le extravió el documento y que lo entregará en encontrándolo.

El demandante afirma no haber habido tal pago ni haber suscrito él ese recibo, el que, consecuentemente, tachó de falso. El Magistrado sustanciador ordenó seguir una articulación, la que abrió a prueba por diez días según el artículo 649 del Código Judicial, por auto de 28 de mayo de 1940. Esta providencia cerró el incidente en el cuaderno respectivo. No aparece fallo alguno sobre la tacha.

El Tribunal, en su sentencia llama la atención sobre esa tacha y su oportunidad, y dice que aunque "en el respectivo incidente nada se probó, es preciso desestimar como prueba el recibo así tachado, en cumplimiento de lo que dispone el artículo 645 del Código Judicial y en vista de que la parte que lo presentó al juicio no probó su legitimidad." Y como confirmación de este concepto anota en seguida que "a los testigos del recibo nada se les preguntó acerca de la autenticidad de la firma de José N. Chedraue, ni ella se acreditó por otros medios de prueba". Y agrega que resultan sospechosos en vista de las contradicciones en que ha incurrido el demandado a través del proceso y de la calidad de empleados suyos que dicen haber tenido.

En suma, en lo tocante a la condena que pronuncia a cargo del demandado, el Tribunal se funda en la autenticidad del documento de deber, afirmada por el mismo demandado aquí, a despecho de sus negativas anteriores; en la validez de la cesión del crédito al demandante, reconocida ahora por el demandado en forma de que al contestar la demanda afirma que fue en virtud de ella como hizo el pago al cesionario; y en el rechazo del citado recibo de 24 de marzo de 1924.

Como ya se dijo, la sentencia recurrida contiene otras ordenaciones; pero ninguna de ellas ha de tomarse en cuenta en el recurso, porque éste se concreta a la condenación al pago de los \$ 5.885 y sus intereses y a ciertos reparos que se verán adelante sobre la deducción a que éstos deben sujetarse.

Así, pues, la deuda hipotecaria y la compensación que con ella ordenó el Juzgado y la negativa del Tribunal al respecto, no son materia del recurso; ni lo es tampoco la absolución del demandante de los cargos de la contrademanda propuesta por el recurrente sobre perjuicios a que se aludió aquí al hacer el esbozo de lo que constituyó en las instancias este juicio doble.

El recurrente aduce el motivo 1º de los del artículo 520 del Código Judicial, o sea, quebranto de leyes sustantivas, directamente respecto de unas y por virtud de errónea apreciación de pruebas respecto de otras. Los cargos se resumen o condensan como pasa a verse.

Ante todo la acusación va contra la desestimación del recibo, tanto en sí, cuanto respecto de las declaraciones de quienes aparecen suscribiéndolo como testigos. El recurrente las transcribe y, conceptuando que establecen la autenticidad de ese documento, dice que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al apreciarlas y de derecho al no darles su fuerza de plena prueba, para deducir de ahí infracción directa de los artículos 329, 601, 603, 697 y 704 del Código Judicial, y 1625, numeral 1º, 1626, 1627, 1634 y 1757 del Civil.

Recibidas esas declaraciones desde la primera instancia, desde entonces, según el recurrente, quedó establecida esa autenticidad, sin que hubiera de repetirse ese esfuerzo probatorio al presentarse el recibo en la segunda instancia y abrirse a prueba el incidente a que dio lugar su tacha por su contraparte. Encontrándose creada ya la prueba de la legitimidad de este documento, forzoso era para el Tribunal reconocerle su fuerza probatoria. De ahí deduce el cargo de error de hecho por no haberlo tomado en cuenta y de derecho por no haberle dado ese valor, tanto al recibo como a las declaraciones, según ya se dijo; pero añade que al violarse por ello los artículos 329, 601 y 603 del Código Judicial y los citados del Código Civil, presenta este cargo como independiente del anterior.

Trae a cuento la escritura hipotecaria de 30 de enero de 1929 ya citada, y formula esta reflexión: demostrado con declaraciones plurales de testigos que Pedro era persona acaudalada y José N. de escasos recursos, es inaceptable que estuviera aún en pie la deuda de que aquí se trata para esa fecha y, a despecho de esto, en vez de exigir su pago, siquiera en parte, díganse los \$ 2.900, José N. se constituyera deudor de Pedro por esta suma; y de ahí deduce el recurrente que el otorgamiento de tal obligación hipotecaria es indicio necesario de que para entonces ya estaba cancelada la deuda aquí discutida y que, por tanto, al no apreciar este instrumento así, el Tribunal incurrió en ese error y violó por no aplicarlos los artículos 663 y 664 del Código Judicial y consecuentemente los ya citados del Código Civil.

Se considera: este artículo 1625 reconoce que las obligaciones se extinguen: "1º Por la solución o pago efectivo"; el 1626 lo define como "la prestación de lo que se debe"; el 1627 ordena hacerlo en conformidad al tenor de la obligación; el 1634 exige para su validez que se haga al acreedor

mismo, entendiendo bajo este nombre a quien le haya sucedido en el crédito aun a título singular. Por su lado el 1757 impone la carga de la prueba de las obligaciones a quien las alega y la de su extinción al obligado que la invoca.

De las disposiciones citadas del Código Judicial, el artículo 329, al decir qué constituye excepción perentoria, incluye todo hecho en cuya virtud las leyes declaran extinguida la obligación que existió; el 601 ordena al juzgador apreciar las pruebas con su estimación legal y en defecto de ésta, en consonancia con los principios generales de equidad, entre los cuales pone de presente el que lleva a resolver las dudas en favor del demandado; el 603 recuerda la fuerza probatoria que las leyes reconocen a los instrumentos públicos y privados en lo que mira a las declaraciones que los interesados hayan hecho en ellos; el 663 da fuerza de plena prueba al indicio necesario y el 664 al que a juicio del Juez tenga gravedad y precisión suficientes para convenirlo; y el 697 erige en plena prueba el dicho de dos testigos hábiles concordantes sobre el respectivo hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Según ya se dijo, el recurrente sostiene que el Tribunal quebrantó estas disposiciones, tanto por no dar a la obligación hipotecaria la fuerza de indicio suficiente sobre la cancelación previa del documento, cuanto por negar la fuerza que en el mismo sentido tienen las aludidas declaraciones de los testigos que suscribieron la carta de pago otorgada por el acreedor hoy demandante y, sobre todo, por haber desestimado esta carta, cuya autenticidad sostiene estar acreditada.

Así pues, el quebranto de disposiciones sustantivas en que consiste el motivo de casación aducido, que es el 1º de los del artículo 520 del Código Judicial, nace de los aludidos errores de orden probatorio; de suerte que, siendo a través de estos errores y por obra de ellos como tal quebranto se produjo, según el recurrente, es sólo hallándolos como el cargo puede prosperar.

Y la Corte no los halla, por estas razones:

Una vez más recuerda ella cuán limitada es su esfera de acción en casación en lo atañedor al modo de apreciarse en instancia un indicio y al alcance que éste haya tenido para el Tribunal en algo tan de su fuero como es la convicción suya, a que defiere la ley. Además, sin desconocer que lo habitual y conveniente para la vida de los negocios es que quien solicita dinero de alguien, si éste es su deudor, se lo exija en pago en vez de tomárselo en préstamo, no se olvida tampoco cuán sencillo y aun frecuente es que a un mismo tiempo se contraiga una deuda y se deje en pie el crédito existente contra el acreedor de la mis-

ma; de ahí, por ejemplo, disposiciones como la del artículo 1719 del Código Civil. No se ve, por tanto, en el otorgamiento de la citada obligación hipotecaria de 30 de enero un indicio necesario ni tampoco una prueba grave y precisa de que Pedro Chedraue hubiera pagado a José N. Chedraue la deuda que aquí se discute. La conjetura del recurrente es muy puesta en razón; pero no tiene esa calidad y fuerza que le atribuye, sencillamente porque puede y aun suele suceder lo contrario, esto es, que uno se endeude para con una persona que está y sigue endeudada para con uno.

De suerte que el Tribunal no faltó a lo que los artículos 663 y 664 del Código Judicial establecen sobre indicios, ni por el camino que al respecto señala como erróneo el recurrente, quebrantó las leyes sustantivas antedichas.

Las declaraciones de las personas que como testigos del recibo aparecen suscribiéndolo, han de considerarse desde dos puntos de vista: como comprobantes del pago mismo directamente y como demostrativas de la autenticidad de esa carta de pago. A lo primero se oponen los artículos 1767 del Código Civil y 91 de la Ley 153 de 1887, sin lugar a alegar que hay prueba escrita o siquiera, ante el artículo 93 de esa Ley, principio de prueba por escrito, porque para ello sería preciso dar por demostrada la dicha autenticidad. Cuanto a lo segundo, se tiene que los testigos no declaran en manera alguna sobre la firma de José N. Chedraue, al punto de que, aunque las declaraciones como tales no tuviesen reparo, al admitírselas consecuencialmente, no podría decirse que en fuerza de ellas esté demostrado en el proceso que este señor efectivamente firmó.

Y esta circunstancia es decisiva contra la aceptación del recibo para sentenciar, porque apenas lo presentó el demandado, el demandante lo tachó de falso y apócrifo, y abierto el incidente que correspondía según el artículo 645 del Código Judicial, el demandado no probó su legitimidad.

Vale esto como decir que el Tribunal no incurrió en los errores que el recurrente le atribuye respecto de esas declaraciones y recibo y que, por lo mismo, no quebrantó las disposiciones sustantivas citadas.

De resto, se halla justificada la desconfianza del Tribunal respecto de aquellas declaraciones en que los testigos hacen las más precisas, nimias y enfáticas afirmaciones hasta con detalles de hora y lugar y discriminación de monedas y billetes para concurrir con su dicho, punto por punto, a cada uno de los que Pedro Chedraue, de quien fueron empleados, aduce sobre el pago que dice haber hecho a José N. Chedraue, y eso al

cabo de largos años transcurridos entre la fecha con que aparece el recibo y la en que rindieron su testimonio. A que se agrega que este señor, antes de adoptar la fática empleada en este pleito acogiéndose al pago, sostenidamente negó que la obligación la hubiese contraído.

En suma: dada la contestación de la demanda, quedó desde ella establecida la autenticidad del documento de deber y la realidad de la cesión del respectivo crédito hecha por el acreedor primitivo al actual demandante. Así las cosas, la sentencia condenatoria se imponía, ya que, por otra parte, el deudor no comprobó su excepción de pago.

Como capítulo final de su demanda, el recurrente acusa la sentencia como violatoria de la Ley 37 de 1932 y de los Decretos 280 y 420 de ese año, por haber guardado silencio aquella acerca de la reducción de los intereses e impuesto sobre ellos, establecida entonces.

No prospera este cargo tampoco, porque en este juicio no se ejercita una acción de cumplimiento, sino tan sólo se pide la declaración de la existencia de una deuda con el derecho consiguiente del acreedor. En sentencia de 21 de octubre de 1940 (*Gaceta Judicial*, páginas 379 y 380 del tomo L), esta Sala dijo: "Sin entrar a considerar si la reducción procede, y si en caso tal por iniciativa propia ha debido el Tribunal resolver sobre un derecho no solicitado o alegado, basta decir que en este pleito no se persigue el cumplimiento de ninguna obligación; lo que se

persigue es que la justicia declare a cargo de la parte demandada la existencia de un crédito u obligación personal a favor de la parte demandante, crédito u obligación que, una vez reconocido en la sentencia y ejecutoriada ésta, si no se cumple voluntariamente, podrá hacerse efectivo coercitivamente mediante la vía ejecutiva, es decir, mediante acción de cumplimiento. Será en ese entonces cuando puede ser oportuno el reclamo que se hace, relacionado con la reducción del interés, intentado hoy bajo la forma disimulada de cargo en casación. Es, pues, improcedente el cargo que se hace y debe rechazarse."

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 ocho de mayo de mil novecientos cuarenta y dos.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Entre líneas "éste", vale.

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

Acción de cumplimiento de un contrato y de indemnización de perjuicios.

El artículo 1546 del Código Civil no opera sino cuando uno de los contratantes cumplió debidamente con lo pactado o se allanó a cumplirlo dentro del plazo y modo estipulados, y cuando el otro, por un acto de su voluntad, no obstante el cumplimiento de la contraparte, cuando es el caso, ha dejado de cumplir con lo pactado, en la forma y tiempo debidos.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón)

Abdala Nauffal, falleció en la ciudad de Pereira el 25 de diciembre de 1938, habiendo otorgado testamento en el cual instituyó como herederos a su mujer Rosa Salomón y a su madre Sara Antún. El juicio de sucesión de Abdala no estaba concluido cuando se entabló este juicio, y parece que aún no lo está.

Sara Antún le cedió a título de venta a Carlos Nauffal, los derechos y acciones que le correspondan en la sucesión de Abdala.

Amparado en esa cesión, se celebró un contrato entre Carlos Nauffal y Rosa Salomón, contrato contenido en la escritura 793 de 20 de junio de 1939, en el que se estipularon entre otras cosas las siguientes: "Cuarto. Que la otorgante Rosa Salomón v. de Nauffal traspasa al otorgante Carlos Nauffal, el derecho herencial de ella en la expresada sucesión, vinculado únicamente en los teatros de Pereira de esta ciudad, su construcción únicamente, pues que el terreno es ajeno, con los enseres propios y que se detallarán en seguida y Caicedonia de la ciudad del mismo nombre, y únicamente el derecho que la sucesión tiene en él..... Sexto. Que en compensación de los derechos cedidos por la otorgante Salomón v. de Nauffal y vinculados a la construcción del teatro de Pereira y al contrato firmado, por lo que hace relación al teatro Caicedonia con el señor Salim Jure y los enseres ya anotados, el otorgante Carlos Nauffal cede a la misma señora Salomón v. de Nauffal los derechos que le quepan en todos los demás bienes de la sucesión

del causante Abdala Nauffal, y como subrogatario que es de los derechos herenciales de su madre señora Sara Antún."

Sobre estos hechos plenamente comprobados en los autos y aceptados por las partes, y algunos otros más de que se hará mérito adelante, en cuanto sean pertinentes al fondo del asunto, la señora Rosa Salomón demandó a Carlos Nauffal para que se hicieran estas declaraciones:

1ª Que el día 20 de junio de 1939 Carlos Nauffal no era subrogatario de los derechos herenciales de la señora Sara Antún de Nauffal, por no haberse inscrito título alguno en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pereira que acreditara la tradición;

2ª Que como consecuencia de la anterior declaración, el demandado no tenía derechos herenciales que transferirle a la demandante ni la condición de subrogatario de tales derechos;

3ª Que por no cumplirse por el contratante Carlos Nauffal lo pactado en el contrato de permuta en lo referente a las cláusulas 4ª, 5ª y 6ª se decreta la resolución del mencionado contrato y se condene al demandado al pago de perjuicios, teniendo en cuenta entre otras circunstancias el fingimiento de su personería.

Fue desatada la controversia en primera instancia por el Juez Civil de Pereira el 14 de junio de 1941, quien absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda en virtud de que la demandante no comprobó que el demandado hubiera dejado de cumplir con alguna de las obligaciones contenidas en las cláusulas 4ª, 5ª y 6ª del contrato contenido en la escritura 793 de 20 de junio de 1939, de la Notaría 2ª de Pereira.

La demandante apeló del fallo y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira lo confirmó en sentencia de 26 de noviembre de 1942.

Subidos los autos a la Corte en virtud del recurso de casación interpuesto por el apoderado de la actora, es el caso de decidirlo hoy, a lo cual se procede.

Antes de ocuparse en los fundamentos del fallo recurrido, estima la Corte conveniente, para mayor claridad, referirse a algunos antecedentes, que explican la acción intentada.

De las copias presentadas en segunda instancia por el demandado (fojas 9 a 11 vt. del cuaderno número 5) aparece lo siguiente: El 29 de abril de 1939 en el Distrito de Djume Akkar, República Libanesa, Sara de Elias Nauffal declaró haber vendido a Carlos Nauffal toda la parte sucesoral que a aquélla corresponde en la sucesión de Abdala Nauffal, radicada en Pereira, de la República de Colombia. Esa cesión fue hecha por la suma de mil dólares americanos. Esa declaración hecha en documento privado fue elevada a escritura pública ese mismo día ante Juan Nader, Notario de Djume Akkar.

Esa escritura debidamente traducida fue registrada en la Oficina de Registro de Pereira el 1º de octubre de 1940 en los libros segundo y de Causas Mortuorias.

Carlos Nauffal, según aparece de autos, presentó esa escritura en el juicio de sucesión de Abdala Nauffal, pero por faltarle algunas formalidades de autenticación y el registro, el Juez negó al expresado Carlos reconocerlo como subrogatario. El mencionado Nauffal llenó las deficiencias de que adolecía la escritura y obtuvo del Juez ante quien se sigue el juicio de sucesión de Abdala Nauffal el reconocimiento de su personería. Por eso en el auto de 13 de agosto de 1941 se lee: "a) Se reconoce al señor Carlos Nauffal como subrogatario de la señora Rosa Salomón v. de Nauffal, conforme a lo estipulado en la escritura 793 de 20 de junio de 1939. b) Se reconoce a la señora Rosa Salomón v. de Nauffal como subrogataria del señor Carlos Nauffal en los derechos que a éste le corresponden o puedan corresponderle en la sucesión de Abdala Nauffal como comprador o cesionario de los derechos que en la meritada sucesión corresponden a la señora Sara Antún v. de N., como madre legítima del causante, todo conforme con lo estipulado en la escritura 793 de 20 de junio de 1939 de la Notaría 2ª de esta ciudad, que obra en el expediente."

La cláusula segunda de la escritura 793 ya mencionada y donde consta el contrato celebrado entre demandante y demandado y cuya resolución se impetra, dice así: "Segundo. Que son únicos causahabientes en tal juicio la cónyuge sobreviviente, señora Salomón, viuda de Nauffal y la señora doña Sara Antún, madre del causante." La cláusula tercera de dicho pacto dice así: "Tercero. Que según documento público extendido en Kbula, Distrito de Akkar, el día veintinueve de abril de mil novecientos treinta y nueve, que he tenido a la vista y el cual queda en poder de los otorgantes para solicitar las subrogaciones del caso en el Juzgado, la señora Sara Antún, ha traspasado a título de venta al otorgante Carlos Nauffal, los derechos que a ella le

corresponden en la sucesión enunciada del causante Abdala Nauffal."

El día 20 de junio de 1939, Carlos Nauffal no había sido reconocido como subrogatario de los derechos herenciales de Sara Antún de Nauffal, reconocimiento que no obtuvo sino hasta el 13 de agosto de 1941, según se dejó ya expresado, pero cuando la presente demanda se inició o sea el 26 de octubre de 1940, ya estaba registrada en la oficina respectiva la escritura de traspaso o cesión de los derechos de Sara de Nauffal en la sucesión de su hijo Abdala, a Carlos Nauffal, registro que se verificó el primero de octubre de 1940. Como es obvio, cuando se admitió la demanda, 30 de octubre de 1940, y cuando se notificó al demandado, 6 de noviembre de 1940, el registro de la escritura mencionada estaba consumado.

Por la cláusula 7ª de la escritura 793, la señora Salomón v. de Nauffal se hizo cargo del pasivo de la sucesión, pasivo que quedó detallado en esta estipulación, y por la cláusula 8ª Carlos Nauffal se obligó a pagar a la señora Salomón el mismo valor que ella pagara a los acreedores, o sea la suma de \$ 9.174.75.

El fallo recurrido se funda en lo que sigue: En que no habiéndose señalado plazo en la escritura 793 para obtener la subrogación, existía al respecto un plazo tácito, el indispensable para cumplirlo, según el artículo 1551 del Código Civil, y que en definitiva y a la fecha de la sentencia, Carlos Nauffal había sido reconocido como subrogatario de la señora Sara Antún; que según el artículo 752 del Código Civil si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse transferido desde el momento de la tradición y que verificado ese fenómeno la señora demandante es dueña de lo que le cedió Carlos Nauffal.

Los cargos en casación.

El recurrente acusa la sentencia, en primer término, por error de hecho en la interpretación tanto de la demanda como del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Pereira, del que aparece que en el tiempo comprendido del 25 de diciembre de 1938 al 19 de septiembre de 1940 no se encontró registro de título alguno en el que conste que Sara Antún cedió a Carlos Nauffal derechos herenciales en la sucesión de Abdala Nauffal. Fundado en lo anterior, acusa la sentencia por indebida aplicación al caso del pleito, de los artículos 601, 630 y 635 del Código Judicial; 1759 y 1760 del Código Civil y por violación de los artículos 2672 y 2673 de esta obra.

En la segunda parte de la demanda, acusa la sentencia por indebida aplicación del artículo 1551 del Código Civil, por cuanto el fallador de Pereira interpretó erróneamente el instrumento

793, toda vez que le atribuyó a la obligación que consta en ese instrumento, la existencia de un plazo tácito. "No tratándose, dice el recurrente, en este caso de obligaciones a plazos, el reconocimiento del plazo tácito que hizo el Tribunal en la sentencia recurrida, viola las disposiciones de los artículos 1608 del Código Civil, por aplicación indebida; del 1958 y del 1882 por interpretación errónea."

Como en la escritura 793 no se señaló ningún plazo para el cumplimiento de las obligaciones recíprocas entre las partes, y como Carlos Nauffal no tenía el carácter de subrogatario cuando se firmó tal escritura ni lo adquirió sino dos años después, es el caso según el recurrente de dar aplicación al artículo 1546 del Código Civil, principio que es aplicable al contrato de permuta, según el artículo 1958 *ibidem*. Deduce de esa argumentación el recurrente que el Tribunal omitió aplicar el numeral 1º del artículo 1608 e indebidamente aplicó el numeral 3º del mismo artículo, infringiendo también el artículo 1882 por no haberlo aplicado al caso del pleito, violación que se extiende a los artículos 1546, 1603 y 1880 de la misma obra, por no haberles dado aplicación, declarando la resolución del contrato y las demás peticiones consecuenciales pedidas.

No es obstáculo para esta conclusión, dice el recurrente, lo dispuesto en el artículo 1871 porque aquí no se discute sobre la propiedad de la cosa vendida, sino sobre la oportunidad del cumplimiento de las obligaciones o falta de cumplimiento de las mismas correspondientes al permutante. Ni mucho menos es óbice a la resolución lo dispuesto por el artículo 752 del Código Civil. Las disposiciones que acaban de mencionarse fueron interpretadas erróneamente por el Tribunal, según el recurrente.

No es tampoco inconveniente, para decretar la resolución, en concepto del recurrente, lo dispuesto en el artículo 1967 del Código Civil aplicado al caso del pleito, pues si es cierto que el que cede a título oneroso un derecho de herencia o legado sin especificar los efectos de que se compone, no se hace responsable sino de su calidad de heredero, también lo es que esa calidad no es una simple abstracción sino que se concreta en el derecho a la herencia o al legado sobre los bienes del difunto. Por eso, según el recurrente, entender la disposición en el sentido que le dio el Juez, es incurrir en error en la interpretación de la misma.

Finalmente, alega el recurrente que si Nauffal pudo cumplir algunas de las obligaciones del contrato, eso no quiere decir que las haya cumplido todas, ya que el pago parcial no extingue la obligación ni evita la mora en el cumplimiento de la misma. Apoya el recurrente su concepto en los artículos 1626 y 1627 del Código Civil.

Estudio de los cargos.

La Corte considera:

Cuando se celebró el contrato de que da cuenta la escritura 793 se tuvieron en cuenta estos dos extremos: a) Que Sara Antún había cedido a Carlos Nauffal los derechos hereditarios en la sucesión de Abdala Nauffal, y que Carlos no había sido aún declarado subrogado en los derechos que le había vendido Sara. La cláusula 3ª de dicho pacto dice así: "Que según documento público extendido en Kbula, Distrito de Akkar, el día veintinueve de abril de mil novecientos treinta y nueve, que he tenido a la vista y el cual queda en poder de los otorgantes para solicitar las subrogaciones del caso en el Juzgado, la señora Sara Antún, ha traspasado a título de venta al otorgante Carlos Nauffal, los derechos que a ella le corresponden en la sucesión enunciada del causante Abdala Nauffal".

Es, pues, evidente que el 20 de junio de 1939 Carlos Nauffal no había sido reconocido judicialmente como subrogatario de los derechos hereditarios de Sara Antún, y lo es también que la demandante Rosa Salomón v. de Nauffal lo sabía. Carlos Nauffal tenía el documento correspondiente que acredita la cesión de los derechos hereditarios de que se ha hecho mérito, pero el Juez no lo había reconocido aún como subrogatario o cesionario. Luego en vista de ese conocimiento por parte de la demandante, no puede deducirse por el hecho que acaba de anotarse, que Nauffal hubiera dejado de cumplir con lo pactado. Este tenía la obligación, según luego se verá, de hacer las gestiones judiciales del caso para obtener la subrogación, gestiones que debían ser, como es obvio, posteriores al contrato, por lo que ya se expresó. Luego no puede deducirse que por el hecho de no tener Carlos Nauffal el carácter de subrogatario reconocido el 20 de junio de 1939, el contrato recogido ese día en el instrumento 793, haya sido incumplido por Nauffal. La declaratoria de la primera petición de la demanda, resulta entonces inoperante porque aun haciéndola, no podría declararse la resolución del contrato en virtud de lo ya dicho.

Fijada así la posición de las partes contratantes, y teniendo en cuenta los fundamentos del fallo recurrido, se concluye que el Tribunal no asevera en ninguna parte que el día 20 de junio de 1939 Carlos Nauffal tuviera la calidad legal de subrogatario judicialmente reconocido de Sara Antún de Nauffal. De modo que no sentó ninguna premisa ni conclusión contraria a lo que certifica al respecto el Registrador de Pereira, de donde se deduce que el primer cargo a la sentencia, basado en error de hecho en la interpretación de la demanda, y en el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y con incidencia sobre los artículos 601, 630, 635 del

Código Judicial, 1759 y 1760 del Código Civil, no son fundados.

La sentencia recurrida se funda en estos dos extremos: 1º Que como en el pacto de que da cuenta la escritura 793 no se fijó plazo para obtener la subrogación, surgió un plazo tácito que era el indispensable para cumplirlo y que durante ese plazo, Carlos Nauffal cumplió su obligación, por lo cual en el momento de pronunciarse el fallo de segunda instancia, la señora Salomón es dueña por tradición de lo que habría de corresponderle a la señora Antún primero, y luego a Carlos Nauffal, cedente de la viuda de Abdala, y 2º En que habiendo obtenido Nauffal la subrogación expresada, y habiéndose registrado su título que lo constituía cesionario de los derechos de Sara Antún en la sucesión de su hijo Abdala, se verificó el fenómeno que contempla y a que se refiere el artículo 752 del Código Civil.

De los términos de la cláusula 3ª del contrato contenido en la escritura 793 tantas veces mencionada y de todo el texto de esa convención se deduce claramente que tanto Carlos Nauffal como Rosa Salomón, debían hacer las gestiones del caso para obtener los consiguientes reconocimientos judiciales en el Juzgado respectivo, y esa obligación, que recaía sobre ambos, debían ejecutarla, por lo que ya se ha expresado, después de la fecha del contrato prenombrado.

El juicio de sucesión de Abdala Nauffal, que era donde debía pedirse el reconocimiento de las cesiones, se abrió en el Juzgado de Pereira, y el 27 de enero de 1939 Rosa de Nauffal se presentó pidiendo tres cosas: que se declarara abierto el juicio de sucesión de Abdala; que se le reconociera su carácter de albacea y que se le reconociera su carácter de cónyuge sobreviviente del expresado Abdala. Las dos primeras peticiones fueron despachadas favorablemente, en el auto citado, no así la tercera por cuanto el Juzgado encontró que la peticionaria no había presentado la prueba legal de su estado civil (foja 8, cuaderno número 2). Indudablemente en esa misma fecha se presentó Carlos Nauffal pidiendo que se le declarara subrogado en los derechos de su madre Rosa Antún, porque en auto de 26 de agosto de dicho año el Juez negó esa solicitud, fundado en que el documento en que se basó Carlos, que no puede ser otro sino el documento a que se refiere la cláusula 3ª del contrato contenido en la escritura 793, no estaba autenticado ante el Cónsul o Agente Diplomático de Colombia en Francia (fojas 8 vuelta, *ibidem*).

De esto se deduce, que ambas partes comenzaron a cumplir con sus obligaciones oportunamente y que si la petición de Carlos Nauffal no fue despachada favorablemente al principio, se debió no a falta de título sino a que, por falta de una autenticación, carecía de uno de los re-

quisitos que la ley exige al respecto. La señora Salomón de Nauffal tampoco fué afortunada en su petición, negada ella sí, no porque la prueba adoleciera de algún defecto, sino por falta total de ésta.

La demandante Rosa v. de Nauffal, indudablemente presentó la prueba que no adujo en esa petición y fue reconocida como heredera de su difunto marido en auto de 17 de noviembre de 1939 y el juicio de sucesión siguió su curso hasta la diligencia de inventarios y avalúos (fojas 11 v. a 14 del cuaderno número 2).

Se desprende de los autos que Carlos Nauffal, en virtud de lo dispuesto por el Juez, procedió a hacer las diligencias de autenticación de la escritura mencionada, ante el competente funcionario de Colombia en Francia, y el 19 de septiembre de 1940 presentó esa escritura autenticada, pero el Juez no la estimó por no estar registrada. Dijo así al respecto: "Por lo tanto, como el señor Carlos Nauffal aunque presenta el título de venta que le hizo la señora Antún no ha cumplido con el deber de registrar en el Libro de Causas Mortuorias de este Circuito el mencionado instrumento, no puede acceder a lo solicitado en el anterior memorial. Por lo expuesto se niega la petición que hace el señor Carlos Nauffal por medio del anterior memorial, y se ordena devolverle el documento presentado como título para que cumpla con el deber del registro, si así lo tiene a bien." (Fojas 15 del cuaderno citado).

Carlos Nauffal cumplió lo ordenado por el Juez y la escritura fue registrada, como éste lo ordenó, en la Oficina de Registro de Pereira. Ese registro que es doble, en el Libro número 2 y en el Libro de Causas Mortuorias, se verificó el primero de octubre de mil novecientos cuarenta. (Fojas 10 del cuaderno citado).

Complementada así la documentación, el Juez de la causa mortuoria en auto de 13 de agosto de 1941 (fojas 9 del cuaderno número 5), reconoció a Carlos Nauffal como subrogatario de Rosa Salomón v. de Nauffal, al tenor de lo estipulado en la escritura 793 de 20 de junio de 1939, y reconoció asimismo a Rosa Salomón de Nauffal como subrogataria de Carlos Nauffal, también de acuerdo con lo estipulado en la mencionada escritura. (Fojas 9 del cuaderno número 5).

Dos conclusiones se derivan de todo lo anterior:

1ª Que Carlos Nauffal, desde el momento de celebrar el convenio de que da cuenta la escritura 793, estuvo pronto a cumplirlo, haciendo las diligencias del caso, y por el hecho de que algunas de ellas no hubieran sido inmediatamente acogidas, no se deduce su renuencia o mora en cumplir sus obligaciones; y

2ª Que es la más importante: no sólo Carlos Nauffal estaba obligado, al tenor de lo estipulado,

a obtener su reconocimiento como subrogatario, sino también la demandante Rosa Salomón v. de Nauffal y las gestiones que hizo para tal efecto Carlos, aprovechaban y aprovecharon también a Rosa Salomón v. de Nauffal, quien al igual de Carlos, como se ha dicho, estaba obligada a obtener a favor de éste el reconocimiento de la cesión emanada del pacto contenido en la escritura 793 citada.

Enfocado lo anterior a la luz del artículo 1546 del Código Civil que señala como violado el recurrente, encuentra la Corte lo que sigue: La obligación de obtener el reconocimiento judicial de las subrogaciones no era únicamente a cargo de Carlos Nauffal sino también de Sara v. de Nauffal y por eso el título quedó en poder de ambos para que hicieran las correspondientes solicitudes de reconocimiento judicial de las subrogaciones recíprocas, según la cláusula 3ª de la escritura 793 ya citada. Luego suponiendo por vía de mera hipótesis, que el demandado hubiera dejado de faltar al respecto con lo pactado, la demandante también habría incumplido y entonces ninguna de las partes tendría acción para demandar a la otra por incumplimiento (artículo 1609 del Código Civil). El artículo 1546 no opera sino cuando uno de los contratantes cumplió debidamente con lo pactado o se allanó a cumplirlo dentro del plazo y modo estipulados, y cuando el otro, por un acto de su voluntad, no obstante el cumplimiento de la contraparte, cuando es el caso, ha dejado de cumplir con lo pactado, en la forma y tiempo debidos.

Peró no hubo tal mora ni tal incumplimiento, a juicio de la Corte, por dos razones: 1ª Ya se vio que el Juez de la causa mortuoria, en auto de 13 de agosto de 1941 reconoció a Carlos Nauffal como subrogatario de Rosa Salomón de Nauffal, y a Rosa Salomón v. de Nauffal como subrogataria de Carlos Nauffal. Indudablemente, y no hay otra explicación, y quizá no pueda haberla, el auto recayó a solicitud de ambas partes contratantes, es decir, de Carlos y de Rosa, quienes fueron reconocidos subrogatarios, en la forma dicha, por un mismo acto judicial y en un mismo día. Esto quiere decir y significa que ambas partes, de común acuerdo, fijaron el día e hicieron al tiempo las solicitudes correspondientes para obtener el reconocimiento judicial de sus respectivas subrogaciones y entonces la idea de mora o de incumplimiento, desaparece. Y aun suponiendo, hipótesis que considera la Corte, que Rosa de Nauffal hubiera desde antes exigido de Carlos Nauffal que gestionara el reconocimiento judicial de su subrogación y que lo hubiera considerado en mora al respecto, todo eso quedó saneado con la solicitud que tuvieron que hacer ambas partes para que el Juez dictara el auto de 13 de agosto de 1941. 2ª Carlos Nauffal hizo desde el principio gestiones adecuadas para obtener el

reconocimiento judicial de la subrogación, y por no haberlo obtenido desde el principio, no puede decirse que hubiera incumplido, porque no hizo otra cosa sino someterse, como debía hacerlo, a las exigencias del Juez al respecto, exigencias legales, que llenó Carlos Nauffal hasta obtener su objetivo. Y esas gestiones no eran sólo en pro del demandado sino que aprovechaban a la demandante, como le aprovecharon, al obtener también para ella el reconocimiento de subrogataria judicial, a que estaba obligada. No se ve por qué fuera Carlos Nauffal el único obligado a hacer las diligencias del caso, como las hizo, y no también la señora v. de Nauffal, que al respecto y según los términos del convenio 793, tenía la obligación de obtener para su contratante Carlos el reconocimiento judicial de la subrogación.

No resulta entonces violado el artículo 1546 ni por tanto los artículos 1958, 1882, 1888 y 1930 del Código Civil.

Observa la Corte que el caso de este pleito es muy diferente del contemplado en la sentencia de casación, de fecha 30 de agosto de 1939, que cita el recurrente, porque en éste los factores que integraban el problema eran muy distintos. En efecto: Jesús Gómez y Teodoro Carvajal celebraron un contrato de compraventa en virtud del cual el primero vendió al segundo doce acciones de doscientas ochenta y ochoava, en el globo de minas formado por las llamadas "Primera continuación de la Bonita", "Segunda continuación oriental de la Bonita", "Tercera y cuarta continuación occidental" de dicha mina. El precio fue el de \$ 4.200 moneda legal y las obligaciones de las partes eran las siguientes: por parte del comprador Carvajal el pago del precio, por parte del vendedor Gómez, suministrar el dato sobre la procedencia de las acciones para que pudiera expedirse copia de la escritura, y registrarse, al tenor del artículo 16 de la Ley 40 de 1932. No se estableció plazo alguno para las prestaciones recíprocas; Carvajal pagó en el acto el precio y Gómez no suministró los datos para que pudiera expedirse copia de la escritura y registrarse, sino hasta sesenta días después del contrato, y como no demostró que se hubiera interceptado fuerza mayor o caso fortuito, se concluyó que había incurrido en mora, y por aplicación del artículo 1546, siguiendo la misma doctrina que al respecto ya quedó expuesta en este fallo, se decretó la acción resolutoria.

En el caso de autos, no podía ser coetáneo el cumplimiento de lo pactado y la petición del reconocimiento de las recíprocas subrogaciones judiciales, en el juicio de sucesión de Abdala Nauffal, y ambas partes lo entendieron así, y de ahí lo expresado en la cláusula tercera de la escritura 793.

La acusación fundada en el concepto de que ha sido violado por el fallo el artículo 1551 del Código Civil, por cuanto el fallador de Pereira interpretó erróneamente el contrato recogido en la escritura 793, toda vez que dedujo que en éste se había estipulado un plazo tácito, no puede prosperar por lo que sigue: Las partes partieron de un hecho evidente y aceptado por ambas a saber: que el reconocimiento de las subrogaciones, tanto de la demandante como del demandado, no había sido declarado o decretado por el Juez; luego no puede sostenerse que por no existir esa declaratoria el día de la firma del contrato, el demandado no hubiera cumplido con lo estipulado al respecto. Entonces la obligación no sólo de éste sino de la demandante, era la de obtener el reconocimiento de esas subrogaciones por el Juez, y surge por lo tanto forzosamente la noción del plazo tácito. Ahora, que fue muy largo o muy cortó, es una cuestión que no afecta el fondo del problema, porque si por una parte no hay prueba de que el juicio de sucesión se hubiera demorado por esa causa, por la otra, ya se vio que tanto el demandado como la demandante estaban obligados a obtener el reconocimiento judicial de las respectivas subrogaciones y que el único que hizo gestiones al respecto hasta obtenerlas, fue el demandado, quien casi desde la iniciación del juicio de sucesión, se presentó haciendo las peticiones y gestiones del caso.

Mas suponiendo, por una nueva hipótesis, que sólo al demandado correspondía hacer todas esas gestiones y peticiones, que a la demandante nada tocaba ni correspondía al respecto y que el papel o actitud de ésta debía ser meramente pasivo o indiferente, tampoco podría concluirse por la resolución del contrato por incumplimiento del demandado, por esto: era imposible, de toda imposibilidad, que coetáneamente a la firma del contrato de que da cuenta la escritura 793, se obtuviera el reconocimiento judicial de las subrogaciones; era por lo tanto esencial un plazo para hacerlas; desde el primer momento el demandado las hizo; ahora, si no obtuvo ese reconocimiento sino tiempo después, podría decirse, sustentando la hipótesis planteada, que el demandado se demoró en obtenerlas y que esa demora le es perjudicial, indica incumplimiento y trae consigo la resolución impetrada.

Este extremo llevaría al siguiente: ¿Está demostrado en autos que la tardanza en el reconocimiento es imputable a negligencia o culpa del demandado? ¿El Tribunal erró de hecho en la apreciación de las pruebas, al no considerar que fue por culpa o demora de Carlos Nauffal, que

se demoró el reconocimiento de que se ha hecho mérito?

En primer lugar se observa que no hay acusación sobre ese extremo y en segundo lugar se hace presente que no hay ninguna prueba en autos que pueda respaldarlo siquiera en principio. De modo que aunque la acusación existiera, el cargo por ese aspecto no podría prosperar. Todo lo contrario, repite la Corte: desde el principio, desde la iniciación del juicio de sucesión, el demandado hizo la petición que le correspondía y se sometió, hasta obtenerla, a lo decidido por el Juez.

Está de acuerdo la Corte con el recurrente en que en este pleito no se discute sobre la propiedad de la cosa materia del contrato, sino sobre la oportunidad del cumplimiento de las obligaciones o falta de cumplimiento de las mismas, correspondientes al contratante demandado, mas, con la salvedad de que la demandante, como se ha visto, tenía también obligaciones que cumplir, y que las cumplió en cuanto a las subrogaciones, al tiempo con el demandado. Mas de esto no se deduce que pueda prosperar el cargo hecho en casación, por incumplimiento de lo pactado, en virtud de lo expuesto antes y casi en todo el cuerpo de esta sentencia.

Finalmente, el artículo 1967 del Código Civil, citado por el recurrente, por haberlo aplicado el Juez de primera instancia, no tiene operancia en este recurso, porque el fallador no se apoyó en él. Mas si es exacta la interpretación de esa norma, como lo hizo el Juez *a quo*, porque en realidad los contratantes en el pacto recogido en la escritura 793, no pueden responder sino de las calidades que allí invocan y de que los bienes especificados en el contrato corresponden a la herencia de Abdala Nauffal. Será solamente al liquidarse la sucesión de Abdala Nauffal que podrá concretarse en cuerpos ciertos, lo que las partes permutaron según la escritura que acaba de mencionarse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida. Las costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Fulgencio Lequerica Vélez, José Miguel Arango, Liborio Escallón, Isaias Cepeda, Ricardo Hincastro Daza, Hernán Salamanca.—El Secretario, *Pedro León Rincón.*

FILIACION NATURAL

Es ya jurisprudencia sentada por la Corte la de que, de acuerdo con la norma contenida en el artículo 7º de la Ley 45 de 1936, la acción de declaración de la filiación natural no es viable después de que ha fallecido el presunto padre.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Ana Felisa Ramírez H., mayor de edad y vecina de Buga, demandó ante el Juez Civil de ese Circuito a Romelia Bonilla v. de Solís, vecina de Cali; Nicolasa López, vecina de Agua de Dios, y Abigail Bocanegra, vecina de Buga, para que mediante los trámites de un juicio ordinario, se declarara que Rosalía Ramírez L., hija natural de la demandante, es también hija natural del extinto Mariano López Ortiz. Para que se declarara asimismo que es nulo el testamento otorgado por el expresado López Ortiz en Buga, bajo la escritura número 9 de 4 de enero de 1941, corrida ante el Notario 1º del Circuito de Buga; y finalmente para que se declarara que la menor Rosalía Ramírez López, a quien representa la demandante, como madre natural, debe ser declarada única y universal heredera del extinto Mariano López Ortiz, debiéndosele, pues, adjudicar los bienes dejados por éste.

El Juez de primera instancia desató la controversia en sentencia de 24 de octubre de 1941, declarando que la menor Rosalía Ramírez es hija natural de Mariano López Ortiz y negando las otras dos peticiones.

Ambas partes apelaron de ese fallo y el Tribunal Superior de Buga, en sentencia de 17 de octubre de 1942, lo revocó, declarando probada la excepción perentoria de ilegalidad de la personería sustantiva de la parte demandada, y absolvió por lo tanto a los demandados de los cargos de la demanda.

La parte desfavorecida, la demandante, interpuso recurso de casación que, concedido y tramitado debidamente, pasa a fallarse.

Los hechos fundamentales de la demanda son éstos: que la demandante hizo vida marital con Mariano López Ortiz; que fruto de esos amores

extramatrimoniales fue la menor Rosalía Ramírez López; que Mariano sustentaba a la niña, atendía a sus gastos y la presentaba como su hija a sus amistades.

La demanda se instauró después de la muerte de Mariano López Ortiz.

La sentencia del Tribunal se funda en lo siguiente: Las demandadas no son herederas sino legatarias del testador Mariano López Ortiz, y siendo esto así y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1162 del Código Civil, no representan al testador; para que lo representaran debían ser asignatarias a título universal, como lo enseña el artículo 1155 de la obra citada.

El fallador se refiere a los artículos 1419 y 1420 *ibidem* para observar que los legatarios responden en subsidio de los herederos, cuando el testador con porciones que deben corresponder a los legatarios, instituye legados o cuando no haya lo bastante para pagar deudas hereditarias. Y como en el caso de autos no hay legitimarios de Mariano López Ortiz por cuanto la menor Rosalía Ramírez no tiene el título de hija natural de éste, ni lo tenía mucho menos cuando López Ortiz otorgó su testamento, las normas últimamente citadas no son aplicables al caso.

El fallador de Buga partió de lo que reza el testamento otorgado por López Ortiz, en el cual después de hacer una relación de sus bienes y declarar que es soltero y que sus padres hace gran tiempo fallecieron y que no tiene descendientes legítimos y que por consiguiente puede disponer libremente de sus bienes, los distribuyó así, según la cláusula octava: Para Rosalía Bonilla v. de Solís, la casa vieja de la esquina de la carrera 8ª con calle 11 ubicada en Buga; para Nicolasa López la casa nueva contigua a la anterior. El testador dice que es su tía, pero no está comprobado en autos; para Abigail Bocanegra el solar y casa edificada dentro de éste, situado en la calle 12 entre las carreras 5ª y 6ª de la ciudad de Buga, y una casa, compuesta de dos piezas, cocina y corredor, ubicada también en Buga, en la calle 12 y entre las carreras 5ª y 6ª, y el depósito que tiene el causante en la Caja de Ahorros del Ferrocarril del Pacifico, que asciende a \$ 130.

El Tribunal, en vista de lo anterior y considerando que la acción de filiación no puede seguirse sino con los herederos del pretense padre

natural y que las demandadas no tienen esa calidad, dictó el fallo de que ya se ha hecho mérito.

Si la Corte, con criterio estrictamente técnico, considerara el recurso, debería decir, que no atacando éste la sentencia en la forma que enseña el artículo 520 del Código Judicial, no hay lugar a estudio de ningún cargo y que por lo tanto la sentencia debe mantenerse.

No obstante y como el recurrente se refiere a los artículos 1419 y 1420 del Código Civil, y quizá pudiera decirse que el recurrente pretende afirmar que no son aplicables al caso del pleito y que al aplicarlos, violó el fallador la ley, por lo cual la sentencia debe casarse, entra la Corte a hacer las siguientes consideraciones:

1º El Tribunal acertadamente estimó que los demandados son legatarios. Esta estimación, basada en la lectura del testamento de Mariano López Ortiz, no ha sido acusada, por el concepto de error de derecho ni de hecho. De modo que esa estimación permanece en pie.

2º El Tribunal estimó que al tenor del artículo 1162 los demandados no representan la persona del causante, de donde dedujo que debiendo entablarse las acciones de filiación contra los herederos del padre que murió, surge en este caso la ilegalidad de la personería sustantiva de la parte demandada, excepción que fue propuesta desde el principio.

3º El Tribunal no apoyó su decisión en los artículos 1419 y 1420 del Código Civil, sino que expresó los casos en que los legatarios deben contribuir al pago de las legítimas y de las deudas hereditarias y sostuvo el extremo evidente

de que la menor Rosalía Ramírez López no era legitimaria del causante cuando éste otorgó testamento y que aún no tiene ese carácter. Que la acción consagrada por esos artículos, no podía prosperar sino previo el reconocimiento o declaración de su calidad de legitimaria de dicha menor. Mas estos considerandos no son los fundamentales de la sentencia.

Visto el fundamento del fallo recurrido, y el ataque, por llamarlo así, que contra éste se hace en casación, es claro que la sentencia debe quedar en pie, pero observa la Corte que es ya jurisprudencia sentada por esta corporación, que de acuerdo con la norma contenida en el artículo 7º de la Ley 45 de 1936, la acción de declaración de la filiación natural no es viable después de que ha fallecido el presunto padre, lo cual tuvo realización en este proceso. El Tribunal ha debido tener en consideración ese factor y también esa doctrina.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida. Sin costas por no haberse causado.

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

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

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO

El principio consagrado en el artículo 494 del Código Judicial no es ilimitado, pues el propio artículo lo limita al establecer que "salvo que, a virtud de la reposición, sea preciso hacer modificaciones a esta parte sobre puntos íntimamente relacionados con la otra".

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

(Magistrado ponente, doctor Isaiás Cepeda).

Felisa Rodríguez, diciendo obrar en su carácter de cónyuge sobreviviente de Teodoro Preciado, demandó en juicio ordinario, ante el Juez 2º Civil del Circuito de Ibagué, por medio de apoderado, a María de Jesús Bonilla, por sí y como representante legal de sus menores hijos naturales Herminda, Teodora, María, Teodoro, Graciano, Andrés y José Bonilla, y solicitó, en diez peticiones principales, que se declare que es simulado y legalmente ineficaz el contrato de dación en pago y venta contenido en la escritura número 50, del 6 de junio de 1935, otorgada en la Notaría del Circuito de Rovira; que los demandados deben restituir a la sucesión de Teodoro Preciado y a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por la demandante y Teodoro Preciado, los bienes raíces y muebles objeto del contrato simulado; que la demandada María de Jesús Bonilla debe restituir a las mencionadas sucesión y sociedad conyugal las sumas recibidas por razón de los créditos relacionados en la escritura número 42, del 27 de mayo del año indicado, otorgada en la misma Notaría; que la enajenación de tales créditos, que se declaró resuelta por la escritura número 49 de los referidos año y Notaría, y cualquiera otra constancia privada de cesión que aparezca suscrita por Teodoro Preciado a favor de la demandada Bonilla o de sus hijos, son ineficaces, por ser operaciones fictas o simuladas, y que se hagan las demás declaraciones pertinentes y consecuenciales a las anteriores.

En una primera serie de cuatro peticiones subsidiarias solicitó que se declare que es nulo, como donación que es, el contrato consignado en la indicada escritura número 50, en cuanto el valor de los bienes objeto del contrato exceda de dos

mil pesos, por no haberse hecho la insinuación judicial correspondiente; que por esa misma causa son nulas las cesiones que de los depósitos bancarios y de sus créditos personales aparecen suscritas por Teodoro Preciado a favor de la demandada o de sus hijos, y que tales bienes deben ser restituidos a la sucesión y a la sociedad conyugal antes expresadas, a las cuales pertenecen.

En una segunda serie compuesta de siete peticiones subsidiarias solicitó se declare que por haber sido adquiridos los bienes de que se trata, a título oneroso, antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932, entraron a formar parte del haber de la sociedad conyugal formada por la demandante con Teodoro Preciado, por lo cual éste no podía disponer por sí solo de ellos, de acuerdo con dicha ley, y deben hacerse, por tanto, las demás condenaciones y declaraciones consecuenciales y pertinentes enumeradas allí.

Admitida la demanda y corrido el traslado legal, la demandada contestó oponiéndose a las acciones intentadas y negando la mayor parte de los hechos en que se apoya. Además, propuso las excepciones perentorias de prescripción, ilegitimidad sustantiva de la parte demandante y compensación.

Posteriormente la señora Eloísa Preciado de Devia, por medio de apoderado, solicitó se le tuviera como coadyuvante en la acción intentada, en su carácter de heredera de Teodoro Preciado, por ser hermana legítima de él.

El Juez la admitió como tal por auto del diez y siete de julio de mil novecientos treinta y nueve.

Llegada la oportunidad legal, el Juez *a quo* decidió el asunto por sentencia del siete de febrero de mil novecientos cuarenta, cuya parte resolutive dice:

"1º No se hacen las declaraciones solicitadas en las peticiones principales y subsidiarias de la demanda, base de este juicio, y por lo tanto se absuelve al demandado de los cargos en ella formulados; y

2º No se hace condenación en costas."

Se resumen a continuación los fundamentos principales de este fallo.

Acerca del matrimonio Preciado-Rodríguez dice:

"Felisa Rodríguez viuda de Preciado —demandante— tiene el derecho que ha invocado en es-

tas peticiones? Veamos: Según certificado expedido por el Cura Párroco del Valle, no fue hallada en los libros de esa Parroquia la partida del matrimonio que hubieran celebrado Teodoro Preciado y la demandante, pero existen las declaraciones de Abelardo Gamboa, Eutiquiano Guzmán y Estanislao Ramírez, con las cuales se acreditan la posesión notoria del estado del matrimonio entre ellos (artículo 396 del Código Civil), y así hay que admitir que la actora es la cónyuge sobreviviente del matrimonio Preciado-Rodríguez."

Entra luego a estudiar las acciones incoadas y dice que no está probada la simulación alegada, ni la donación, como contraestipulación, por lo cual no pueden prosperar las peticiones principales.

Respecto de las primeras solicitudes subsidiarias, considera el Juzgador que no se demostró la existencia de la donación cuya nulidad se pide, por no haberse insinuado, y que no se comprobó la existencia de los depósitos bancarios ni de los créditos, ni la pretendida cesión que de ellos se hiciera.

Por último, estima el juzgador de la primera instancia que la acción que entraña la segunda serie de peticiones subsidiarias era la más acertada, pero que tampoco puede prosperar porque no se trajo al juicio la prueba plena y legal de las fechas en que los bienes sobre que versa el pleito fueran adquiridos por Teodoro Preciado, por lo cual no se sabe si es aplicable a ellos lo dispuesto en la Ley 28 de 1932.

De la sentencia de primer grado apelaron la demandante y la coadyuvante, y subido el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, esa entidad, en la oportunidad legal, pronunció el fallo de fecha cinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, por medio del cual resolvió:

"1º Reconócese la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería de la parte demandante.

"2º A virtud de ese reconocimiento y con el alcance que él le consienta a la absolución de los demandados, se *confirma* la absolución pronunciada en la primera instancia.

"3º Queda en estos términos reformada la sentencia apelada.

"No se hace condenación en costas."

El Tribunal, después de hacer un detenido estudio de las pruebas traídas al juicio para comprobar el matrimonio de la demandante Felisa Rodríguez con Teodoro Preciado, considera que no se ha demostrado en forma legal, y que, por lo mismo, no es legítima la personería sustantiva de la parte actora.

En el siguiente párrafo resume su pensamiento el Tribunal:

"No acreditado el matrimonio contraído por Felisa Rodríguez con Teodoro Preciado, ni acreditada la constitución de sociedad de bienes entre los dos, se pone de bulto la falta de interés jurídico que pueda tener la primera en que se hagan declaraciones de simulación y de nulidad de actos y contratos en que ella no es parte y en que no tiene acción. Sale así triunfador el apoderado de María de Jesús Bonilla en la segunda instancia, cuando alega como excepción perentoria la ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante. Y como el Juez que halle probada una excepción perentoria no tiene obligación de estudiar las demás propuestas alegadas, con el reconocimiento de la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la principal actora, debe darse por terminado este fallo."

Analiza luego la sentencia las pruebas presentadas por la señora Eloisa Preciado de Devia para demostrar su derecho a intervenir en el juicio como coadyuvante de la parte actora y no las encuentra aceptables, por lo cual concluye diciendo que "no está suficientemente acreditada la personería de la coadyuvante y así tiene que reconocerlo, obedeciendo a los mandatos de la ley."

El recurso.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación, únicamente, el apoderado de la demandante, quien, en una demanda bastante confusa, deficiente y ajena a la técnica, la acusa como "violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea."

La acusación la desarrolla en tres cargos, a saber:

I. "La sentencia violó directamente el artículo 494 del Código Judicial y el artículo 233 ibidem, al haber modificado una sentencia apelada, en lo único que le era favorable al apelante y al haber desconocido a la heredera coadyuvante el interés jurídico que tenía para intervenir en este juicio, coadyuvando la causa que le interesaba. La sentencia aplicó indebidamente los artículos 396 y 399 del Código Civil, a la prueba con que irrefragablemente fué demostrada en este juicio, con el concurso de ambas partes, la posesión notoria del estado civil del matrimonio. Por último, completa esta causal la apreciación errónea de la prueba que ofrece el expediente, en lo que respecta a la personería de la parte actora, tanto la cónyuge como la heredera, y en el hecho de haber dejado de apreciar la prueba presentada por la parte coadyuvante para demostrar su in-

terés jurídico en el juicio. El error es, por tanto, de hecho y de derecho.”

II. “No está la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, porque enmendó la sentencia en aquello en lo cual no había sido recurrida, por ser lo favorable al apelante, y accediendo a conocer de lo desfavorable a una parte que sólo cuando ya no era tiempo de apelarla se le ocurrió alegar contra aquello en que el fallo recurrido favorecía a la parte que había opuesto el recurso.”

III. “El Tribunal no tenía jurisdicción para conocer de aquello que la apelación no llevaba hasta su estudio. Incurrió en una de las causales que prevé el artículo 448 del Código Judicial.”

El recurrente señala como violados los artículos 396, 398 y 399 del Código Civil, y 233, 448, 494 y 593 del Código Judicial.

Estudio de los cargos.

Se considera:

Ante todo es preciso advertir que no habiendo la coadyuvante, Eloísa Preciado de Devia, interpuesto recurso de casación contra el fallo que se revisa, son impertinentes los reparos que en su nombre le hace el apoderado de la recurrente, máxime si se tiene en cuenta que dicho apoderado no es, en forma alguna, representante legal de la coadyuvante. De consiguiente, es inútil e innecesario hacer el estudio de tales reparos, en lo relacionado con la citada interesada.

Considerados los cargos formulados a la sentencia acusada, en relación únicamente con la demandante recurrente, señora Felisa Rodríguez, se tiene:

En primer lugar, el artículo 494 del Código Judicial es una disposición puramente adjetiva o procedimental, a la que no puede dársele carácter sustantivo, y por ello la violación de él no puede alegarse como motivo de casación, según el ordinal 1º del 520 del mismo Código; y en segundo lugar, el principio consagrado en dicho artículo 494, conforme al cual el superior no puede enmendar la providencia apelada en la parte que no es objeto del recurso, no es ilimitado, pues el propio artículo lo limita al establecer que “salvo que, a virtud de la reposición, sea preciso hacer modificaciones a esta parte sobre puntos íntimamente relacionados con la otra”, que fue lo que ocurrió en el caso de autos, porque es incuestionable que estudiar y resolver si está plenamente demostrado en el juicio el matrimonio de Teodoro Preciado con Felisa Rodríguez, es una cuestión íntima y fundamentalmente relacionada con la absolución de los demandados, y entonces no pudo haber violación del referido artículo 494.

Pero hay más: aunque es verdad que la parte demandada no apeló de la sentencia de primera instancia, sentencia cuya parte resolutive le fue totalmente favorable, por lo cual no era procedente ejercitar ese recurso, no debe perderse de vista que el Tribunal entró a estudiar las pruebas referentes al indicado matrimonio en atención a que la parte demandada alegó en segunda instancia, entre otras excepciones perentorias, la de ilegitimidad de la personería sustantiva de la actora, que ya había propuesto en la primera, y como según el artículo 341 del Código Judicial las excepciones perentorias pueden alegarse en cualquiera de las instancias del juicio, antes de la citación para sentencia, y con arreglo al 343, “cuando el Juez halle 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 consonancia con la excepción reconocida, salvo la de prescripción, que debe siempre proponerse o alegarse”, no se ve, en verdad, cómo pudo el Tribunal, al declarar probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la actora, violar el artículo 494 y usurpar jurisdicción, máxime si se tiene en cuenta lo dispuesto en el 344 *ibidem*, conforme al cual el silencio del Juez no impide que el superior estudie y falle otras excepciones, si encuentra infundada la que el Juez consideró probada, *aunque el excepcionante no haya apelado de la sentencia* (los subrayados son de la Sala). De otro lado, la sentencia del Tribunal no desmejoró la situación jurídica de la demandante, porque, en el fondo, no hizo sino confirmar, aunque por otras razones, la absolución de la parte demandada, pronunciada en el fallo de primer grado.

Sugiere también el recurrente, en este primer cargo, que hubo errónea apreciación de la prueba que ofrece el expediente, en lo que respecta a la personería de la actora, y dice que el error es por tanto de hecho y de derecho, pero no determina claramente cuáles pruebas apreció mal el Tribunal y cuáles dejó de tener en cuenta, ni explica, por lo mismo, en qué consisten los errores de hecho y de derecho que le atribuye a la sentencia, como lo exige perentoriamente el inciso segundo del artículo 520 del Código Judicial.

En esas condiciones, el cargo carece de técnica y a la Sala no le es posible entrar a considerarlo sobre base cierta. De consiguiente, no es admisible y se rechaza.

En lo tocante a los dos cargos restantes, que tienen por base fundamental la violación del artículo 494 del referido Código, es suficiente decir para rechazarlos, por improcedentes, que habiéndose demostrado antes plenamente que no hubo violación de dicho precepto legal, no pue-

den ser fundados los reparos sobre incongruencia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, ni sobre carencia de jurisdicción en el Tribunal para conocer de aquello que la apelación no llevaba a su estudio. Por tanto, se rechazan también estos dos cargos.

Consecuencia de lo expuesto es que no puede infirmarse la sentencia que se revisa.

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por auto-

ridad de la ley, *no casa* la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué con fecha cinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Acción de responsabilidad civil por perjuicios. - Dictamen pericial. - Lucro cesante.

El artículo 601 del Código Judicial no da base para la casación, pues es meramente directivo. Puede relacionarse con una disposición sustantiva para entonces entrar al estudio de si la prescindencia de tal norma violó la otra disposición.

El artículo 219 del Código de Comercio no es aplicable en casos de responsabilidad por culpa aquiliana.

El Juez tiene amplia facultad de apreciación del dictamen pericial aunque éste sea uniforme y aparezca fundado, pues el juicio sobre las calidades o requisitos del dictamen corresponde exclusivamente al Juez, quien las reconoce o niega, para otorgar o negar fuerza probatoria al dictamen de los peritos. Mas esa facultad de calificación fundamental del peritazgo, no autoriza, tratándose de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica para que los Magistrados o Jueces procedan a fijar el precio o la estimación de las cosas que deben ser apreciadas o estimadas para decidir la controversia, con prescindencia o alteración del dictamen pericial, como lo establecía el artículo 79 de la Ley 105 de 1890, en el antiguo régimen probatorio. Ahora los casos que pueden ocurrir sobre justiprecio judicial del mérito del peritazgo cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica están previstos y regulados en el artículo 721 del Código Judicial.

Ante la imposibilidad de fijar las bases para que el monto del lucro cesante se determine mediante el procedimiento establecido por el artículo 553 del Código Judicial, la Corte ha decidido que ese lucro cesante está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

El doctor José Domingo Farfán como apoderado de Jesús Acosta Ch., inició demanda ordinaria contra la sociedad anónima denominada "Car-

boneras de San Vicente", representada por su gerente, George Martín, para que se hicieran las declaraciones que pasan a sintetizarse: a) Que dicha Sociedad es responsable civilmente por haber destruido o dañado por medio de una locomotora de su propiedad, manejada por uno de sus empleados, el camión marca "Federal", de propiedad de Jesús Acosta Ch., en virtud del choque ocurrido entre la locomotora y el camión el 18 de marzo de 1937; b) Que en consecuencia, se condene a la Sociedad demandada a pagar al demandante Acosta la suma en que fueren avaluados los perjuicios sufridos por el actor con la destrucción de su camión.

Hechos fundamentales de la demanda son éstos:

El 18 de marzo de 1937, como a las ocho de la noche, viniendo cargado con tres toneladas de carbón mineral el camión de Acosta, conducido por el chofer Rito Corzo, en dirección a Bogotá, al pasar por el cruzamiento de la línea férrea de propiedad de la Sociedad demandada, fue atropellado por una locomotora de propiedad también de esta Compañía y manejada por un agente o dependiente de ésta. A consecuencia de este choque, el camión quedó completamente destruido y el chofer Corzo gravemente herido. Este fue trasladado y atendido en la Clínica de Marly por cuenta de la Sociedad demandada. La línea del Ferrocarril del Nordeste, en la parte donde sucedió el accidente, va paralela a la Carretera Central del Norte, por el lado occidental y a distancia de una cuadra poco más o menos. La línea férrea de propiedad de las carboneras de San Vicente se desprende en esa misma parte de la línea férrea del Ferrocarril del Nordeste, atraviesa la carretera y sigue en dirección oriental a dar a las minas de la empresa citada. La línea férrea de propiedad de la Compañía demandada, hasta el día del accidente no tenía cadena ni señal alguna en el cruzamiento de la Carretera Central del Norte que advirtiera el paso de las locomotoras y así pudiera evitarse cualquier accidente de tránsito en dicho cruzamiento. La locomotora que atropelló el camión en la fecha del accidente, no tenía el faro potente de luz que prescriben los respectivos reglamentos, como tampoco dio los silbatos del caso prescritos

por el reglamento de tránsito que advirtieran su proximidad y su paso por el cruzamiento en referencia. En el costado occidental de la Carretera Central del Norte, antes del cruce con la ferrocarril de las carboneras de San Vicente, existen unas paredes de unos dos metros de altura y una enramada que impiden la vista de las locomotoras de la misma empresa que van de Occidente a Oriente, para las personas que vienen de Norte a Sur.

El apoderado de la parte demandada dijo lo siguiente, respecto de los tres primeros hechos, al contestar la demanda: "Es cierto que una locomotora que corría por el ramal férreo que comunica la estación de Sesquilé con las carboneras llamadas de San Vicente, chocó con un camión perteneciente al demandante, en el sitio en que dicho ramal cruza la Carretera Central del Norte, en el Municipio de Sesquilé; pero no me consta ni la fecha en que ocurrió el hecho, ni la hora, ni qué clase de carga traía el camión, ni el peso de dicha carga, ni la marca, número de placa, modelo, chasis, motor ni unidad de vehículo, ni el itinerario del camión. Es cierto que el choque ocurrido causó daños al camión, sin que me conste que (sic) todas las piezas mencionadas por el demandante, pero no es cierto que dicho camión no admita reparación alguna que lo habilite para prestar un servicio seguro y eficaz. Es cierto que el camión estaba destinado por el demandante al negocio de transportes entre Chocontá y Bogotá; pero no me consta si también hacía transportes entre Suesca y Bogotá, ni si lo que transportaba era todo o parte de carbón mineral."

Dicho apoderado se opuso a las pretensiones de la parte actora.

El 20 de junio de 1940 el Juez 4º del Circuito de Bogotá falló el pleito, en primera instancia, declarando a la Sociedad demandada civilmente responsable de los perjuicios causados al demandante, por la destrucción de su camión, y condenándola al pago de la suma de \$ 5.616.05 moneda corriente, valor del daño emergente y del lucro cesante, causados por el hecho culposo imputable a la Sociedad mencionada, quien además fue condenada en costas.

El apoderado de la Sociedad demandada apeló de ese fallo y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de 10 de abril de 1942, reformó la del inferior en el sentido de condenar a dicha Compañía al pago de la suma de \$ 750 moneda corriente más los intereses comerciales correspondientes de dicha cantidad a partir del 19 de marzo de 1937 en adelante, hasta la fecha del pago, como valor total de los perjuicios que corresponde pagar a la Compañía por concurrencia culposa en el accidente. Las costas del juicio en ambas instancias,

dijo el Tribunal, son de cargo de la Compañía demandada.

Ambas partes interpusieron recurso de casación, que concedido y tramitado debidamente, pasa a fallarse.

Sobre la plena prueba de la ocurrencia del choque, en la fecha y modo indicados en la demanda y de la destrucción del camión y sobre la base de que la Sociedad demandada es civilmente responsable, el Tribunal concluyó que tal responsabilidad se le debía deducir y condenarla al pago de los perjuicios, pero reduciéndolos a la mitad, por haber hallado concurrencia de culpa, entre el demandante y el demandado y así, partiendo del hecho demostrado de que el camión valía el día del accidente \$ 1.500, condenó a la Compañía demandada al pago de \$ 750, mitad del valor del camión, y en esto fijó el monto del daño emergente. Como lucro cesante fijó el interés comercial sobre esa suma desde el 19 de marzo de 1937 hasta el día del pago.

Por vía de método pasa a estudiarse en primer término la demanda del recurrente demandado.

Este alega las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del Código Judicial. Respecto de esta última, y en vista de la acusación al fallo, la Corte observa: Dice el recurrente que el objeto de la demanda fue la indemnización de perjuicios por la pérdida total del camión y que como la sentencia condenó al pago de perjuicios, no por la pérdida total sino por los provenientes de los daños, varió el objeto de la demanda. En primer término se observa que en la petición de la demanda corregida se impetra la condenación de la Sociedad por haber destruido o dañado el camión y que como consecuencia se solicita la condenación en contra de la Sociedad al pago de los perjuicios sufridos por el demandante con la destrucción y los daños causados al camión. En segundo término se repara, que el Tribunal partió del hecho, comprobado en autos, de que el camión quedó destruido y sobre ese extremo condenó al pago de la mitad del valor que tenía el día del accidente.

No puede, por lo tanto, prosperar el cargo.

Respecto de la causal primera hace tres cargos el demandado recurrente, a saber: que la sentencia viola el artículo 494 del Código Judicial, puesto que entendiéndose la apelación interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante, el Tribunal no podía enmendar la sentencia de primer grado, para elevar el monto del daño emergente, que fue fijado por el Juez en la suma de \$ 302.

Se observa: Tanto el demandante como el demandado apelaron del fallo de primer grado, en lo que les era desfavorable. La apelación de ambas partes, por puntos de vista diferentes y encontrados, llevaba forzosamente al Tribunal al estudio y conocimiento de todo lo que había sido

decidido por el Juez *a quo*, al estudio integral de todo el problema y entonces es claro que tenía la facultad, como Juez del juicio y de la sentencia, de hacer las variaciones y modificaciones, deducidas del estudio y de las pruebas, como juzgador de segunda instancia. El mismo artículo 494 citado por el recurrente, autoriza para ello y de ahí que siente el principio de que el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que, a virtud de la reposición, sea preciso hacer modificaciones a esta parte sobre puntos íntimamente relacionados con la otra. La Sociedad demandada fue condenada al pago de \$ 5.616.05, apeló de ese fallo y el Tribunal redujo la condena por el daño emergente a \$ 750. La rebaja quedó visiblemente dentro de los límites del artículo 494.

No puede, pues, prosperar el cargo.

El segundo cargo es el de violación del artículo 601 del Código Judicial y del inciso 2º del artículo 721 de la misma obra.

Se observa: La primera norma citada no da base para la casación; es meramente directiva. Puede ella relacionarse con una disposición sustantiva para entonces entrar al estudio de si la prescindencia de tal norma violó la otra disposición. El recurrente únicamente cita el artículo 601 y esto por si solo no da base para ningún cargo. Respecto de la acusación por violación del inciso 2º del artículo 721 citado, se observa: Dice así el Tribunal al acoger el dictamen pericial sobre el avalúo del camión: "En consecuencia, el monto del daño emergente equivale a la diferencia entre las dos cantidades, o sea la suma de un mil quinientos pesos moneda corriente, puesto que, se repite, la máquina no fue reparada y su dueño sufrió dicha pérdida en el valor comercial del camión, como consecuencia directa del choque". Tomó, pues, el Tribunal el medio aritmético. Ahora si hubiera habido alguna equivocación en la apreciación del Tribunal, no podría enmendarse en casación por no estar demostrado error de hecho o de derecho, en la apreciación del dictamen, a ese respecto.

Se rechaza el cargo.

El tercer cargo se funda en la violación del artículo 219 del Código de Comercio e infracción del artículo 2341 por cuanto en sentir del recurrente al condenar el Tribunal a los intereses que se deben en los negocios de comercio, aplicó indebidamente el artículo 219 citado, que no es pertinente cuando se trata de deducir la responsabilidad y la culpa en casos de la naturaleza del presente.

Observa la Corte: El cargo es fundado y debe prosperar por cuanto el artículo 219 del Código de Comercio se refiere a asuntos comerciales y contractuales, y en tratándose de la responsabilidad por la culpa aquiliana, toda idea contrac-

tual desaparece. De ahí que esa norma no sea aplicable en asuntos de la naturaleza del presente.

Recurso del recurrente demandante.

Este hace dos cargos: es el primero el de violación de los artículos 2357 del Código Civil por aplicación indebida, y 2341 de la misma obra, por haberlo aplicado el Tribunal de una manera insuficiente o incompleta.

Proviene estas violaciones, según el recurrente, del error de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de algunas pruebas que lo llevaron a concluir que tanto el demandante como el demandado, incurrieron en culpa. Para el recurrente ésta recae únicamente sobre la parte demandada.

Se considera: De la inspección ocular practicada extrajuicio y de la practicada durante el litigio, se ve sin lugar a duda que la empresa demandada no tenía barrera de ninguna especie, que cerrara el paso, cuando sus locomotoras atraviesan la carretera. En virtud de esto no sólo se apartó o desobedeció el artículo 8º de la Ley 76 de 1920, desobedecimiento que es de mucha gravedad, y que no solamente se traduce en sanciones administrativas sino en situación de culpa para efecto de reparar el daño causado a terceros por esa omisión.

Y ahí está la responsabilidad y la culpa de la empresa demandada, porque es obvio que si hubiera tenido la barrera a que se refiere el artículo citado, el choque, el accidente hubiera sido imposible.

Lo anterior lo tuvo en cuenta y lo apreció debidamente el fallador de Bogotá, quien al respecto dice: "Tales omisiones o descuidos de la Compañía demandada tienen gravedad especial en el presente caso, en vista de que por la especial conformación de los lugares el transeúnte de la carretera estaba imposibilitado para ver las máquinas que salían de la estación, a una distancia prudente para evitar el choque de ellas."

Pero el Tribunal estimó también que el chofer que conducía el camión incurrió en culpa, y esa estimación es la que ataca el recurrente. Dice el Tribunal: "En el proceso si existen datos de donde deducir esa culpa del conductor del camión. En efecto, el conductor del camión conocía perfectamente el cruce de la carretera pública con la línea férrea de las carboneras, puesto que diariamente lo atravesaba con dicho vehículo; sabía, por ese conocimiento, que no existían barreras, ni guardalíneas, ni otras señales que le indicaran el paso de las locomotoras de esa empresa a través de la vía pública; conocía suficientemente los obstáculos que impedían ver desde la carretera la salida de las locomotoras de la estación y su marcha hacia aquéllas. Todo ello le imponía el deber de pasar por dicho

cruzamiento con la mayor prudencia, en guarda de sí mismo, de los demás transeúntes de la vía pública y de los conductores de las locomotoras”.

Observa la Corte: Es un hecho planteado en la demanda y establecido en los autos que el chofer hacía dos viajes diarios a Bogotá manejando el camión, y es claro que en cada uno de ellos tenía que atravesar la carrilera de la Compañía en el punto que ésta cruza la carretera. Es obvio también que ese tránsito diario y repetido, había puesto al chofer en capacidad de conocer toda la vía y de saber los puntos en que ésta era peligrosa.

Si el chofer hacía dos viajes diarios, tenía que saber que no existía barrera ni aviso alguno en el punto de intersección entre la carretera y la carrilera, y esto lo obligaba a ser previsorio, a pasar con el debido cuidado por ese punto.

Establecido plenamente el conocimiento que el chofer tenía de la carretera, no puede afirmarse que el Tribunal haya podido errar, al afirmar que el chofer poseía ese conocimiento y no puede concluirse error, al afirmar que por lo mismo que conocía la vía, ha debido poner todo el cuidado y diligencia del caso al atravesar el cruce. Claro es que no puso ese empeño, esa diligencia, ese cuidado y hubo en esto una imprudencia o error de conducta en el chofer y por eso el Tribunal compensó las dos culpas, imputándole a cada parte la mitad. Para esa compensación está el Tribunal autorizado por el artículo 2357 del Código Civil, y para hacer la reducción a que se refiere esa norma es preciso que el error de conducta esté demostrado. El Tribunal estimó que lo estaba, y esta apreciación o estimación no adolece de error de hecho o de derecho, por lo que acaba de exponerse, a lo cual vale la pena observar, como lo hizo el Tribunal, que está establecido que la máquina pitó antes de atravesar el cruce. Las declaraciones presentadas a este respecto, no han sido desvirtuadas.

Por lo tanto el cargo que se estudia no puede prosperar.

El segundo cargo consiste en que el sentenciador incurrió en error de hecho evidente en la apreciación del dictamen pericial rendido por los peritos Francisco Rodríguez y Alejo Ramírez en lo que respecta al lucro cesante. Este error, dice el recurrente, condujo al Tribunal a no aceptar la suma fijada por los peritos como valor del lucro cesante, y lo llevó también a incurrir en doble error de derecho, consistente en el uno en haber desestimado el dictamen pericial y el otro en haber reemplazado la reparación, por concepto de lucro cesante, por un equivalente pecuniario representado por los intereses moratorios de la cantidad de \$ 750 en que estimó el valor de ese daño.

Señala como violados al respecto los artículos 2341 y 1613 del Código Civil, el 219 del Código de Comercio y el 721 del Judicial. También acusa el fallo por haber dejado de apreciar el dictamen del perito Aurelio Bermúdez.

El cargo anterior contiene dos extremos, que la Corte pasa a estudiar por separado: *Primero*. Error de hecho y de derecho en la apreciación del dictamen pericial. *Segundo*. Reemplazo de ese dictamen pericial por aplicación del artículo 723 del Código Judicial.

Primer extremo. El Tribunal sentó la siguiente base, que es exacta: “Del postulado consistente en que el perjuicio debe ser cierto, deduce la doctrina que un perjuicio meramente eventual o hipotético no puede computarse al apreciar el monto del daño recibido. Un perjuicio futuro sí puede tomarse en cuenta, siempre que reúna dos condiciones: 1º Que la realización de ese perjuicio sea cierta; 2º Que el juzgador disponga de antemano de bases o elementos que permitan fijar su cuantía”.

En seguida el fallador de Bogotá analiza el dictamen pericial y concluye que en parte está fundado sobre hipótesis cuales son que si en la época del accidente el camión hacía dos viajes diarios transportando carbón, comprándolo a \$ 4 la tonelada en las minas y vendiéndolo en Bogotá a \$ 8, en el futuro podía seguir realizando esos viajes y vendiendo ese carbón a ese precio, con los mismos gastos que hacía, gasolina, aceite, chofer, ayudante, cuando se verificó el accidente; que para que el camión, dado el recorrido que tenía, siguiera prestando servicios adecuados era necesario hacerle una reparación y los peritos parten de la base de que esa reparación futura hubiera sido hecha.

En virtud de lo anterior, concluye el Tribunal que el dictamen pericial no ofrece ninguna seguridad de acierto para el juzgador, pues los peritos se refieren a hipótesis, y de ahí que no diera a ese dictamen el valor de plena prueba de que trata el artículo 721 del Código Judicial.

Que el dictamen de los peritos está fundado en hipótesis, es evidente y basta la lectura para corroborar el aserto. Ahora bien: por el hecho de que los peritos hubieran estado de acuerdo en cuanto al monto de la indemnización, ¿la cuantía fijada por ellos obliga forzosamente al juzgador? La respuesta es negativa y sobre el particular se ha pronunciado en varias ocasiones la Corte, especialmente en la sentencia de 20 de junio de 1941. (*Gaceta Judicial*, tomo LI, números 1971/72. Pág. 292).

En ese fallo se dijo: “Múltiple y reiterada ha sido la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que la prueba pericial no obliga sino mediante la evaluación jurídica del Juez, que es a

quien corresponde, en últimas, determinar el valor probatorio del peritazgo. Estos principios generales, ha dicho recientemente, en que se informa el moderno derecho probatorio, que aspira a dar la mayor amplitud posible al convencimiento o persuasión racional del Juez en el proceso y evaluación probatoria de los litigios judiciales, alejándola cada vez más de normas invariables que encadenan su criterio, deformando su misión esencial de impartir justicia, estaban consagrados en lo que a la prueba pericial se refiere, en el artículo 79 de la Ley 105 de 1890, hoy derogado, que disponía que la exposición de los peritos no es de por sí plena prueba. . . . No se oponen a seguir aplicando estas sanas normas que dan al sentenciador cierta latitud de apreciación en todo caso de peritaje el texto de las nuevas disposiciones al respecto, atrás copiadas, que no pueden constituir un retroceso en nuestro sistema probatorio civil, porque si es verdad que en los artículos 721 y 722 del Código Judicial se da al dictamen pericial la categoría de plena prueba, también es verdad que allí se determinan precisamente las condiciones o requisitos que han de reunirse para que tal plenitud probatoria se realice. No se establece en estos artículos del Código la imperativa aceptación mecánica por parte del Juez al dictamen uniforme de los peritos sobre un avalúo o sobre cualquier regulación en cifra numérica con la sola condición de estar explicado y fundamentado, sino que es indispensable que esté debidamente fundamentado. En la apreciación de esta última condición, que es la esencial de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de justificarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado, para decir si está fundado debidamente. Apenas vale advertir que el juicio sobre estas calidades o requisitos del dictamen corresponde exclusivamente al Juez, quien las reconoce o niega, para otorgar o negar fuerza probatoria al dictamen de los peritos.”

El fallador de Bogotá tenía pues libertad de apreciación respecto de los fundamentos del dictamen pericial y no estaba en virtud de esto fatal o mecánicamente obligado a aceptar el monto de los perjuicios fijados aunque hubiera, como lo hubo, acuerdo sobre el particular entre los peritos. El Tribunal estimó que aquellos fundamentos son hipotéticos, y se repite que esa estimación no entraña error de hecho o de derecho, pues basta leer el dictamen de los peritos, para concluir que está basado en su generalidad, sobre hipótesis.

El cargo considerado por el extremo que acaba de estudiarse no puede por lo tanto prosperar.

Segundo extremo. El fallador de Bogotá no estimó como plena prueba el dictamen menciona-

do, sino que lo varió, aplicando el artículo 723 del Código Judicial.

A ese respecto si erró el Tribunal y es preciso en este fallo rectificar esa doctrina. Como lo dijo la Corte en la sentencia citada, “la facultad judicial de calificación fundamental del peritazgo, no autoriza, tratándose de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica para que los Magistrados o Jueces procedan a fijar el precio o la estimación de las cosas que deben ser apreciadas o estimadas para decidir la controversia, con prescindencia o alteración del dictamen pericial, como lo establecía el artículo 79 de la Ley 105 en el antiguo régimen probatorio”. “Ahora los casos que pueden ocurrir sobre justiprecio judicial del mérito del peritazgo cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica están previstos y regulados en el artículo 721 del Código Judicial, así: Si el dictamen uniforme de dos peritos es explicado y está debidamente fundamentado en concepto del Juez, en relación con todos los elementos del proceso y ha sido, además obtenido con observancia de las fórmulas y requisitos legales, tiene el valor de plena prueba y obliga al Juez. Si hay desacuerdo entre los dos peritos por divergencia en la conclusión del valor, *quantum debeat*, como el artículo que se estudia ha de relacionarse con el 716 del Código Judicial, la intervención del perito tercero puede plantear una de estas dos situaciones, cuando no adhiere al dictamen de uno de los principales: si las tres cifras del avalúo son distintas y la diferencia entre las dos extremas no excede del cincuenta por ciento de la cantidad menor, el Juez queda obligado, naturalmente si se llenan también las condiciones generales ya vistas por el medio aritmético, esto es, la cifra que resulte de dividir por tres la suma de las tres cantidades. En el caso de que la diferencia entre las cifras extremas de los tres avalúos exceda de la mitad de la cantidad menor, es el único evento en que el Juez tiene facultad para hacer la regulación que estime equitativa conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso, o para decretar de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designe. En las preinsertas reglas y ocurrencias, ha determinado la ley el mérito probatorio que el Juez está obligado a reconocer a un peritazgo de la especie del que se trata, y de acordó con ellas la apreciación que el Tribunal hizo del experticio de autos, no encaja dentro de las normas legales, que no autorizan, como se ha visto, la arbitrariedad judicial cuantitativa en presencia de un avalúo rendido uniformemente por los peritos principales, y al frente del cual el Juez no puede sino aceptarlo si a su juicio está explicado y debidamente fundamentado, o desecharlo en el caso contrario, pero no

reemplazarlo con su propia estimación como lo hizo el Tribunal sentenciador, incurriendo así en innegable error de derecho con violación de preceptos probatorios sustantivos.”

De modo que no es jurídico, como lo hizo el Tribunal, aplicar el artículo 723 del Código Judicial y basado en él fijar el monto de la indemnización.

El recurrente tiene, pues, razón en el cargo que se estudia, lo cual no quiere decir que deba aceptarse el avalúo pericial que fijó el lucro cesante, porque ya se vio que ese dictamen está basado sobre hipótesis, y que es al Juez a quien toca pesar los fundamentos de un experticio, para dar a éste el valor legal del caso.

Pero al no darle valor a ese dictamen, por las razones ya expresadas, no quiere decir ni significa que pueda prescindirse del lucro cesante, porque indudablemente el dueño del camión dejó de obtener una ganancia desde el día de la destrucción de su vehículo.

En casos similares, y ante la imposibilidad de fijar las bases, como sucede en este caso, para que el monto de ese lucro se determine mediante el procedimiento establecido por el artículo 553 del Código Judicial, la Corte ha decidido que ese lucro cesante está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente.

No puede fijarse el interés comercial porque ya se vio que éste no procede sino de actos contractuales de comercio y aquí no se trata de eso. El artículo 219 del Código de Comercio no es extensivo a la culpa extracontractual. El tiene su aplicación y su operancia en tratándose de

actos de comercio y de prestaciones y situaciones jurídicas derivadas de esos actos.

De modo que la sentencia debe ser casada parcialmente con el objeto de modificar la tasa de los intereses, que son el lucro cesante, reemplazando los comerciales por los legales, y suprimiendo la condenación en costas en el juicio, por no ser temeraria la oposición. Finalmente la no apreciación del dictamen del perito Aurelio Rodríguez Bermúdez, no constituye un cargo que pudiera ser motivo de casación, por cuanto estudiando con detenimiento tal experticio se le pueden hacer los mismos reparos, en sus fundamentos, que al de los otros dos.

En virtud de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casó parcialmente* la sentencia recurrida, en el sentido de modificar, como modifica, el pago de los intereses comerciales, por los intereses legales y a que se refiere el numeral 2º de esa sentencia, quedando en firme todo lo demás, pero sin costas en las instancias. Tampoco en el recurso por haber recurrido ambas partes.

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

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

Acciones de nulidad de un contrato y de reivindicación. Prueba testimonial.

La prueba testimonial versa sobre lo que el testigo afirma como hechos percibidos por sus sentidos y es sobre esto sobre lo que el artículo 697 establece la fuerza de plena prueba allí consagrada; pero ni esta disposición ni ninguna otra obliga al sentenciador a ajustarse a las opiniones de los declarantes.

La apreciación de la fe de los testigos para calificarla de buena o mala por obra de conjeturas, queda dentro de la capacidad libre en el sentenciador que corresponde al hecho decisivo de ser a la convicción de éste a lo que defiere la ley, según el artículo 664 del Código Judicial, de donde, como la Corte lo ha declarado en repetidos fallos, se deduce una limitación dentro del recurso de casación consistente en que, estando probados los hechos básicos (artículos 661 y 666 de esa obra), y no faltándose a la lógica en su encadenamiento (artículos 662 y 665 *ibidem*) no procede el cargo de error ni, por tanto, el de violación por él de leyes sustantivas que diese lugar a infirmar la sentencia materia del recurso.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Va a decidirse el recurso de casación interpuesto por Rosa María León de López contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, que en segunda instancia reformó la de la primera pronunciada por el Juez de ese Circuito en el juicio ordinario incoado por dicha señora contra Roberto Niño, Pedro Elías Durán y María del Rosario Durán Gil.

Antecedentes.

En la causa mortuoria de Miguel Porras, primer marido de la demandante, se adjudicaron a ésta los inmuebles *Vado Real* y *Hoyo Viejo*, ubicados en el Valle de San José. Esa causa se protocolizó en la Notaría 2ª de San Gil por instrumento número 145, el 12 de noviembre de 1932, y allí mis-

mo, al día siguiente, por instrumento número 146, dicha señora transfirió esas fincas en venta a Roberto Niño y Pedro Elías Durán conjuntamente por el precio de \$ 2.000, que declaró recibidos.

El 18 de agosto de 1933, en escritura número 381 ante el Notario 1º del Socorro, Durán transfirió a dicha señorita María del Rosario los varios bienes allí descritos, entre ellos, en su cuota respectiva, los comprados junto con Niño a Rosa María León v. de Porras.

En libelo de 10 de febrero de 1938, por medio de apoderado, Rosa María León, señora de López, demandó a los prenombrados Niño y Durán y señorita Durán Gil para que se declare la nulidad de ambas compraventas citadas y se condene a los demandados a restituírle los expresados inmuebles y pagarle sus frutos desde que ella los vendió, así como las costas del juicio. Estos se opusieron y la contrademandaron a fin de que, en el evento de declararse la nulidad, se les abonen las mejoras y se les restituya el precio pagado. Pidieron también condenación en costas a cargo de la demandante.

Previa la tramitación legal, el Juzgado dictó sentencia el 17 de febrero de 1941 en esta forma:

1º Declaró nula la venta hecha por la demandante;

2º Condenó a los demandados a restituírle las dichas fincas;

3º Ordenó a ella devolver a sus compradores los \$ 2.000 del precio con sus intereses legales;

4º Condenó a los demandados a pagarle los frutos desde la fecha del contrato;

5º Declaró que la señorita Durán Gil no adquirió lo que Pedro Elías Durán dijo transferirle en la citada escritura de 1933;

6º Ordenó la cancelación de los respectivos registros, y

7º Condenó a los demandados en las costas.

Apelada esta sentencia por ambas partes litigantes y tramitada la segunda instancia, el Tribunal el 8 de abril de 1942 confirmó los numerales 1º, 2º, 5º y 6º, reformó el 3º reduciendo a \$ 1.818.50 lo que la vendedora debe restituír del precio, con intereses legales a partir de la contestación de la demanda, reformó lo tocante a frutos en el sentido de computarse desde

esa contestación, o sea del 10 de marzo de 1938, y condenó a la vendedora a pagar a los compradores las mejoras de acuerdo con el artículo 966 del Código Civil. Sin costas en las instancias.

Este es el fallo materia del presente recurso, el que está condicionado por el artículo 494 del Código Judicial, lo que se advierte en relación con la circunstancia de no haber recurrido los demandados sino tan sólo la señora León de López.

De ahí que no sea materia de reclamo ni de estudio lo declarado sobre nulidad de los referidos contratos, la que se pronunció en fuerza de ser menor de edad la actual demandante cuando hizo la referida venta. Se discute solamente: a), sobre frutos, mejoras y costas, y b), sobre monto de lo restituible por precio.

Como ya se dijo, el Juez señaló esta cifra en lo mismo que reza la escritura, y el Tribunal, repitese que sin reclamo de los compradores, la redujo a \$ 1.818.50. Para esto aplicó el artículo 1747 del Código Civil, descontando lo que la señora recibió directamente como saldo y reputando que sólo la había hecho más rica lo que los compradores le pagaron atendiendo a cubrir las deudas de su primer marido para cuya solución se le habían adjudicado en parte los aludidos bienes al imponerle este deber en la moratoria del mismo.

El Tribunal corrigió lo decretado por el Juez sobre frutos limitándolos a partir de la contestación de la demanda, en vez de la fecha del contrato, y esto obedeció a que el Juez reputó de mala fe a los compradores y el Tribunal no halló destruida la presunción de buena fe con que la ley los favorece. De ahí también que el Tribunal decidiese sobre mejoras a la luz del artículo 966 del Código Civil en su primera parte; de ahí también que negase la condenación en costas.

El recurso.

La demandante insiste en la mala fe de los demandados y por esto se opone a las modificaciones de que acaba de hablarse sobre frutos, mejoras y costas; y en cuanto a precio, sostiene que lo efectivamente pagado en razón de él por los compradores para cancelar deudas de Miguel Porras fueron \$ 1.530.90, cantidad a que, en su sentir, debe limitarse la orden de devolución.

Invoca el motivo 19 de los del artículo 520 del Código Judicial y acusa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas y de que por esta senda llegó el Tribunal a violar disposiciones sustantivas, como pasa a verse.

De un lado, el artículo 768 del Código Civil, que define la buena fe, en relación con el 697 del Código Judicial, que da fuerza de plena prueba a las declaraciones de testigos de las condiciones en él determinadas. Estos cargos se explican así: número plural de testigos acredita

que Rosa María León era visiblemente menor de edad para noviembre de 1932, en que hizo la venta en referencia, y que su aspecto, por decirlo así infantil, hacía general en su domicilio el concepto de ser menor de edad, y que Niño y Durán al comprarle procedieron a sabiendas de esto y con ánimo de aprovechar esta circunstancia para adquirir en forma tan ventajosa para ellos como dañosa para la menor esas fincas que ellos codiciaban de tiempo atrás. De ahí deduce el abogado de la demandante el cargo de error en la apreciación de la prueba testimonial y de quebranto del citado artículo 768.

De otro lado, acusa de violación de los artículos 1747 y 2173 del Código Civil, también por error en la apreciación de las correspondientes pruebas, así: los compradores debían pagar el precio mediante la cancelación de las aludidas deudas de Porras y como algunas de las que dicen haber pagado no las pagaron y otras las cancelaron con menos de lo que aparece ser su monto porque los acreedores rebajaron, al hacerse el descuento respectivo se llega sólo a los \$ 1.530.90 antedichos. Por tanto, al reconocerse a cargo de la vendedora por esta causa una suma mayor, se viola el artículo 1747, ya que está resuelto de un modo definitivo que no hizo más rica a la vendedora sino lo que se invirtió en pagar a dichos acreedores; y al propio tiempo, no siendo Niño y Durán los deudores, sino un intermediario entre la deudora señora León y los acreedores de su primer marido, no podían Niño y Durán tomar para sí las ventajas representadas por las rebajas que tales acreedores concedieron, por prohibírselo el citado artículo 2173, violado por el Tribunal al reconocer en favor de ellos lo que no podía ser sino para ella como mandante.

Se considera:

Como es obvio y consabido, la prueba testimonial versa sobre lo que el testigo afirma como hechos percibidos por sus sentidos y es sobre esto sobre lo que el artículo 697 establece la fuerza de plena prueba allí consagrada; pero ni esta disposición ni ninguna otra obliga al sentenciador a ajustarse a las opiniones de los declarantes.

Dícese esto, porque el recurrente confunde aquellos hechos con estas opiniones. Su cargo consiste en que Niño y Durán procedieron a comprar a sabiendas de la menor edad de la vendedora y con la dañada intención de explotarla, lo que no se compagina con lo que el artículo 768 del Código Civil señala como buena fe; y las declaraciones, tomándolas en lo que legalmente de modo circunscrito puede ser materia de esta precisa prueba, acreditan el aspecto de menor que la León tenía para la época de la

venta; pero en manera alguna la aludida opinión de los testigos puede tomarse como prueba del conocimiento e intención atribuidos a los compradores.

La apreciación de la fe de éstos para calificarla de buena o mala por obra de conjeturas, como es el caso, queda dentro de la capacidad libre en el sentenciador que corresponde al hecho decisivo de ser a la convicción de éste a lo que defiere la ley, según el artículo 664 del Código Judicial, de donde, como esta Sala lo ha declarado en repetidos fallos, se deduce una limitación dentro del recurso de casación consistente en que, estando probados los hechos básicos (artículos 661 y 666 de esa obra) y no faltándose a la lógica en su encadenamiento (artículos 662 y 665 *ibidem*), no procede el cargo de error ni, por tanto, el de violación por él de leyes sustantivas que diese lugar a infirmar la sentencia materia del recurso.

Aquí, a más de los testigos aludidos, en cuya opinión se funda el recurrente, han declarado otros sobre que el aspecto de la señora León no era el de menor edad cuando otorgó la escritura citada de noviembre de 1932. Y los demandados alegan que la misma habilidad de negociantes que se les carga los habría retraído de contratar si hubieran sabido la minoridad de su vendedora, dados los peligros de contratar con incapaces, y que el hecho de ser ella viuda y madre para la época de su compraventa los llevó a creer en su mayor edad afirmada por ella misma en la escritura, así como anteriormente en la causa mortuoria de su marido. Agregan que aunque entonces hubieran conocido el acta de bautismo presentada ahora en el pleito, tampoco podría decirse que procedieron a sabiendas de su minoridad, porque esa acta no contiene para nada el apellido León y sólo habla de Rosa María hija natural de Tránsito Fuentes.

Estas consideraciones hacen ver que es inadmisibles el cargo relativo al concepto de buena fe formulado por el Tribunal con sus consecuencias referidas sobre fecha inicial del pago de frutos y sobre abono de mejoras. Como sobre estos puntos habría sido el caso de litigar aunque los demandados hubieran convenido desde luego en la nulidad, no se ve temeridad en que afrontasen el pleito, es decir, no se ve justificación para condenarlos en costas en la primera instancia, y no la hay tampoco para la segunda, puesto que ambas partes apelaron. Se desecha, por tanto, el cargo.

En lo relativo a la cantidad que debe devolver la vendedora como recibida en razón del precio, el cargo del recurrente no es admisible tampoco, por la decisiva razón de no estar acreditadas las rebajas y faltas de pago de donde él deriva su aspiración a que se reduzca la cifra señalada por el Tribunal.

En efecto, si el demandado Niño confesó en posiciones no haber hecho ciertos pagos él, no se infirman por esto los comprobantes de los mismos, en los que aparece que los hizo Durán. Las declaraciones sobre que no se cubrió por ellos en realidad el crédito de Regina Pinzón son simplemente de oídas, pues los testigos se limitan a decir que tal noticia les llegó. Cuanto a las rebajas aludidas, no obra respecto de cada una sino un testimonio.

Por consiguiente, no puede decirse que el Tribunal errara al reconocer a las cartas de pago de acreedores de Porras presentadas en su original por los demandados y a los documentos de deber presentados por éstos con su nota de cancelación, toda su fuerza probatoria correspondiente, en cuya virtud se llega a un conjunto de pagos de deudas de la señora como viuda de Porras que asciende al total que la sentencia recurrida discrimina y reconoce.

Así las cosas, sería inoficioso entrar a estudiar cuál sería en su caso el resultado de que la situación al respecto fuese la que el recurrente pinta y no demuestra. Carece de objeto investigar y establecer a quién aprovecharían, caso de haberlas habido, unas rebajas de que no hay prueba fehaciente en el proceso.

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 San Gil el ocho de abril de mil novecientos cuarenta y dos.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Fulgencio Lequerica Vélez, Daniel Anzola, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hines-trosa Daza, Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

REIVINDICACION

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

(Magistrado ponente, doctor Isaias Cepeda).

Luis A. Muñoz y Vieira, en libelo fechado el 25 de mayo de 1939, que fue repartido al Juzgado 4º Civil del Circuito de Medellín, demandó en juicio ordinario a Gustavo Posada V., impetrando la declaración de su dominio en una cuota o derecho proindiviso, por valor de \$ 527.50, con relación a un avalúo de \$ 650, en “un lote de terreno con su correspondiente casa y solar”, situado en la indicada ciudad y alindado como en la demanda se expresa. Pidió también que se ordene al demandado restituirle el referido derecho, con sus frutos civiles y naturales, no solamente los percibidos sino los que el demandante hubiera podido percibir, estando el derecho o cuota en su poder, y que se le condenara en costas.

Admitida la demanda y corrido el traspaso legal, el demandado contestó oponiéndose a la acción intentada y proponiendo varias excepciones perentorias, entre ellas la de “prescripción adquisitiva, por el transcurso de más de diez años de poseer con título, agregando a mi posesión la de mis antecesores”, y la de prescripción extintiva.

Después de un incidente suscitado con motivo de las denuncias del pleito, se agotó la tramitación correspondiente al primer grado y el Juez del conocimiento falló el asunto el veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta, así:

“Declárase que el demandado señor Gustavo Posada adquirió por prescripción ordinaria el siguiente inmueble: una casa de tapias y tejas, con su solar, situada en esta ciudad, en el Camellón Bolívar, que linda: por el Occidente, con la carrera de Bolívar; por el Norte, con predio que fue de Santos Bedoya, hoy de Luis Carvajal; por el Sur, con propiedad que era de Jesús Botero, hoy de Antonio J. Gaviria; y por el Oriente, con predio que fue de Jesús Zapata, hoy de la Compañía Urbanizadora del Norte. En consecuencia, el señor Posada tiene posesión y dominio sobre dicho inmueble.

“En virtud de la declaratoria que se acaba de hacer, se absuelve al demandado de los cargos

de la demanda que le formuló el doctor Luis A. Muñoz y Vieira, en escrito de veinticinco de mayo próximo pasado.

“Oficiese al señor Registrador de Instrumentos Públicos para que se cancele la inscripción de la demanda.

“Sin costas.”

El juzgador de primer grado, después de hacer un estudio de las pruebas presentadas por ambas partes, anota:

“Puede decirse que Chiquinquirá Gaviria vendió dos veces una misma cosa, y como no se sabe a ciencia cierta cuál de los compradores entró en posesión de lo comprado, siguiendo el precepto del artículo 1873 del citado Código Civil, debe preferirse el título más viejo, que en este caso corresponde al demandado Posada, ya que éste agrega su posesión a la de sus antecesores en el dominio (artículos 778 y 2521 del Código Civil).

“Por otra parte, se ha alegado prescripción adquisitiva de dominio ordinaria y extraordinaria, y resulta establecida la primera, que es de diez años conforme al artículo 2529 *ibidem*.

“La extraordinaria que requiere treinta años no se ha operado, puesto que la posesión del demandado es sólo de veintisiete años, sin que pueda invocar lo preceptuado en la Ley 50 de 1936, porque la ley no tiene carácter retroactivo, y entonces la prescripción extraordinaria que era Ley establece en veinte años, no comprende sino a los poseedores de su vigencia en adelante.”

De esa sentencia apelaron ambas partes y subido el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, esa entidad, una vez agotada la tramitación respectiva, pronunció el fallo fechado el seis de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, que revocó el del juzgador y en su parte resolutive dice:

“1º Declárase que el señor Luis A. Muñoz y Vieira es dueño de un derecho por valor de quinientos veintisiete pesos con cincuenta centavos (\$ 527.50), con relación a un avalúo de seiscientos cincuenta pesos (\$ 650) dado a un lote de terreno con su correspondiente casa y solar, situado en esta ciudad, en el Camellón o Carrera de Bolívar, alindado así: Por el frente u Occidente, con el Camellón o Carrera de Bo-

lívar; por el costado Norte y Oriente, con propiedad de Luis Carvajal, y por el Sur, con casa y solar de Antonio J. Gaviria, antes de Jesús M. Alvarez.

"2º Como consecuencia de la anterior declaración, el demandado y ocupante del lote, señor Gustavo Posada V., debe restituir al señor Muñoz y Vieira la acción expresada con sus frutos civiles y naturales desde la contestación de la demanda hasta que se verifique la entrega, pero ésta sólo podrá exigirsele después de que se le paguen realmente las mejoras puestas en el inmueble, en la proporción correspondiente al derecho que se reconoce al demandante, pudiendo naturalmente compensarse en la parte que coincida con los productos que se deben pagar al actor, reconociéndosele, como se le reconoce, derecho de retención sobre el inmueble expresado, hasta que se verifique el pago de dichas mejoras.

"3º Se declaran no probadas unas e improcedentes otras, las excepciones propuestas por el demandado.

"4º No se hace condenación en costas."

Antes de resumir los fundamentos de la sentencia del Tribunal, conviene indicar sucintamente los hechos que dieron origen a este pleito.

Chiquinquirá Gaviria, hallándose casada con Nicolás Montoya, adquirió en 1890, a título oneroso, la finca objeto del juicio.

En 1912, muertos ya Nicolás Montoya y su única hija legítima Laura Montoya Gaviria, quien había contraído matrimonio con Leopoldo Jaramillo y no había dejado descendencia, Chiquinquirá Gaviria la vendió, como cuerpo cierto, a Leopoldo Jaramillo, y luego, por sucesivas tradiciones del dominio, vino a poder del actual demandado, Gustavo Posada V., quien la adquirió por compra que hizo a Margarita Cano de Rendón en 1938.

De otro lado, Chiquinquirá Gaviria vendió en 1927 a José D. Betancur sus derechos hereditarios en la sucesión de Laura Montoya y sus gananciales en la sociedad conyugal formada con Nicolás Montoya. Betancur siguió los juicios de sucesión correspondientes, en los cuales se le adjudicaron tres cuotas o derechos proindiviso en la citada finca, por valor de \$ 527.50, en relación con un avalúo de \$ 650. Betancur vendió luego esos derechos al actual demandante, Luis A. Muñoz y Vieira.

El Tribunal, después de analizar todas las pruebas presentadas por ambas partes, dice que importa anotar que Chiquinquirá Gaviria no podía vender el inmueble en referencia como cuerpo cierto, en 1912, porque estaban sin liquidar las sucesiones de Nicolás Montoya y de Laura Montoya, que tenían derechos pendientes en él, por lo cual se debe interpretar esa venta como

de los derechos hereditarios y de gananciales que Chiquinquirá tenía en la finca aludida, pero que, como la escritura se registró en el Libro número 1º y no en el Libro número 2º, ni en el de Causas Mortuorias, quedó mal registrada y debe prevalecer la venta que Chiquinquirá hizo a Betancur, que se ajusta a la realidad de los derechos que poseía, ya que, por otra parte, la escritura respectiva sí fue debidamente registrada, lo que le da preferencia conforme al artículo 1873 del Código Civil.

Considera también el Tribunal que está probado que Betancur tuvo la posesión material del inmueble hasta el 19 de junio de 1936, en que fue separado de ella por el Inspector 2º Municipal de Medellín, y que, en cambio, Luis E. Restrepo y Leopoldo Jaramillo, antecesores de Posada V. en el dominio de la casa, nunca tuvieron la posesión material de ella. De aquí que el Tribunal decidiera el pleito en la forma en que lo hizo.

El recurso.

Contra dicha sentencia interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandada, quien, con apoyo en la primera de las causales que señala el artículo 520 del Código Judicial, le formula tres cargos, que pueden resumirse en dos, a saber:

I. Error de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal al considerar que el contrato contenido en la escritura número 1355, del 1º de agosto de 1912, otorgada en la Notaría 3ª de Medellín, es una venta de acciones, derechos o cuotas, y no una venta de un cuerpo cierto, de un inmueble claramente determinado, como en realidad lo es, porque allí se especificó la finca raíz objeto del contrato, por su ubicación y linderos, sin que en parte alguna de la escritura se hable de acciones o derechos, y menos aún de hallarse vinculados a juicio mortuario alguno. Basta, pues, leer la referida escritura para adquirir la certeza del error de hecho en que incurrió el Tribunal. Es también evidente el error de derecho, porque el Tribunal, al "interpretar" la escritura en el sentido de que no contiene venta de cuerpo cierto, sino de acciones o derechos, dejó de asignarle el valor legal que le corresponde y quebrantó, entre otros, los artículos 779 y 1401 del Código Civil.

II. Violación de ley sustantiva, por infracción directa de algunas disposiciones, por aplicación indebida y por falta de aplicación de otras.

El recurrente se extiende largamente en desarrollo de este cargo, para demostrar que la escritura de venta hecha por Chiquinquirá Gaviria a Leopoldo Jaramillo, de un cuerpo cierto o de un inmueble determinado, fue bien registrada en el Libro número 1º, que como Jaramillo entró en posesión material del bien vendido y al presente tiene la posesión material del

mismo el actual demandado, Posada V., quien ha manifestado expresamente que agrega la posesión de sus antecesores en el dominio a la suya, se presume que ha poseído en el tiempo intermedio y debe reputársele dueño, mientras otro no justifique plenamente serlo, cosa que no ha logrado hacer el demandante en este juicio, y que, además, el demandado comprobó la posesión material, con título justo y buena fe, por más de diez años, por lo cual se ha cumplido la prescripción ordinaria en su favor, pero que como nada de eso aceptó el Tribunal, violó las disposiciones sustantivas que cita.

El recurrente considera violados los siguientes artículos, que para mayor comodidad, se enumeran en orden: 756, 759, 764, 768, 778, 779, 780, 785, 1401, 1494, 1495, 1871, 1873, 1874, 2521, 2526, 2637, 2641, 2652 y 2673 del Código Civil; 38 de la Ley 57 de 1887 y 697 del Código Judicial.

Estudio de los cargos.

Se considera:

Según la relación de títulos que se hizo anteriormente, resulta que Chiquinquirá Gaviria vendió a Leopoldo Jaramillo, por escritura número 1355, del 1º de agosto de 1912, otorgada en la Notaría 3ª de Medellín, como cuerpo cierto y como de su exclusiva propiedad, la casa sobre que versa el pleito, debidamente determinada por su ubicación y linderos. Dicha escritura fue registrada en el Libro número 1º de la respectiva oficina el 3 del citado agosto, al folio 414, número 1469, y en ella se hizo constar:

“Quinto. Que ya el comprador está en posesión material de lo que adquiere por este acto, con las acciones consiguientes, por los linderos demarcados y con los usos, costumbres y servidumbres activas y pasivas que tenga por títulos anteriores.”

Esa misma finca, después de varias tradiciones sucesivas del dominio, la adquirió el actual demandado, Gustavo Posada V., por compra que hizo a Margarita Cano de Rendón por escritura número 1874, del 26 de agosto de 1938, de la Notaría 4ª de Medellín, que fue registrada el 21 de enero de 1939 al folio 195, partida número 124 del Libro número 1º. En tal escritura se dijo:

“Quinto. Que la entrega material del inmueble la hará al comprador, a más tardar, el treinta (30) de septiembre de mil novecientos treinta y ocho (1938), con todos los usos, costumbres y servidumbres activas y pasivas que tenga legalmente constituidas.”

No hay constancia en el expediente de que la vendedora hiciera la entrega prometida al comprador Posada V., pero lo cierto es que el

actual poseedor material de ella es él, no sólo por señalarlo como tal el demandante, sino porque así está probado por otros medios, como adelante se verá.

Resulta demostrado en autos que en la sucesión de Leopoldo Jaramillo y Amalia Betancur le fue adjudicada la totalidad de la casa sobre que se litiga a Luis E. Restrepo, como cesionario de los derechos hereditarios de todos los herederos de Leopoldo Jaramillo, quien se la había comprado, como atrás se vio, a Chiquinquirá Gaviria.

Restrepo hipotecó la casa a Alfredo Cock, y posteriormente la comunidad de Cock y Arango, a la cual pasó el crédito, la remató en el juicio de venta seguido al efecto. En virtud de ese remate fue ordenada la entrega a los rematadores, a quienes se la entregó el diez y nueve de junio de mil novecientos treinta y seis el Inspector 2º Municipal de Medellín, comisionado para ello por el Juez del conocimiento. Al verificarse la diligencia se encontró la casa ocupada por José D. Betancur, pero se realizó el lanzamiento y se perfeccionó la entrega.

Los representantes de la indicada comunidad vendieron la finca a Margarita Cano de Rendón y ésta, como se ha dicho, al actual demandado Posada V.

Por otra parte, ya se dijo que Chiquinquirá Gaviria vendió a José D. Betancur, en 1927, sus gananciales en la sociedad conyugal formada con Nicolás Montoya, y sus derechos hereditarios en la sucesión de su única hija legítima Laura Montoya Gaviria; que Betancur siguió los correspondientes juicios de sucesión, en los cuales se le adjudicaron tres cuotas o derechos pro indiviso por la cantidad total de \$ 527.50, en relación con el avalúo de \$ 650 dado a la casa de que se trata, que era el único bien perteneciente a dichas sucesiones, y que Betancur vendió luego, en 1937, esas cuotas o derechos al actual demandante Muñoz y Vieira.

Esta es, pues, la que podría llamarse doble titulación de la casa en litigio.

En lo referente a la posesión material de ella, se encuentra en autos lo siguiente:

Los testigos José María Mesa, Pedro P. García y Ricardo Ramírez Llano declaran, de manera uniforme:

“Es verdad y lo aseguro, de mis propias y directas percepciones, pues me consta personalmente, que la casa de habitación a que se contrae este juicio es la misma a que se refieren los títulos presentados por el señor Gustavo Posada Villa con la contestación que dio a la demanda; la misma a que se refiere el certificado de libertad y propiedad que igualmente presentó éste; la misma que vienen poseyendo con título mi interrogante y sus antecesores en el dominio de

ese inmueble por todo el tiempo a que se refieren esas escrituras, y la misma que el señor Posada Villa recibió al comprarla, como la compró, de la señora Margarita Cano de Rendón, encontrándose, como se encontraba, en muy mal estado, casi puede decirse que amenazando ruina, por cuya razón tuvo que reedificarla, a sus solas expensas, invirtiendo en esa reedificación inclusive lo que dio por ella a la precitada señora, la cantidad total de dos mil seiscientos ochenta y tres pesos con veintinueve centavos (\$ 2.683.29), tal como aparece el detalle y cuentas que se me han puesto de presente, que son completamente exactas y cuyo pago y gastos presencié personalmente, pues fueron hechos por el expresado señor Gustavo Posada V. directamente y con dinero de su única propiedad."

Por su parte, el actor pidió los testimonios de Manuel Viana, José Vicente Restrepo y Antonio José Alvarez, quienes uniformemente dijeron:

"Es verdad, me consta directa y personalmente, por haberlo visto, que el señor José Deogracias Betancur, a quien conozco, poseyó quieta y pacíficamente, como dueño y señor, el expresado inmueble, habitándolo con su familia, reparándolo, ejerciendo verdaderos actos de dominio, sin reconocer dominio de otra persona, posesión que se extiende a un período mayor de veinticinco años, pues allí lo vi viviendo con su familia y reparando, tanto la casa, como los cercos del referido inmueble, hasta el diez y nueve de junio de mil novecientos treinta y seis, fecha en la cual fue despojado violentamente por medio de la diligencia de entrega verificada por el señor Inspector 2º Municipal, en el juicio de acción hipotecaria de Cock, Arango & Cia."

Además, los testigos Gerardo A. Serna y Antonio J. Gaviria dicen también que Betancur poseyó la mencionada casa, pero sin determinar fechas ni dar mayores detalles.

Como se ve, la prueba testimonial sobre la posesión material de la casa es incompleta y deficiente, por ambas partes, pues le hace falta claridad y precisión, ya que ni siquiera determinan los declarantes las fechas respectivas, fuera de que sus dichos aparecen en contradicción con lo que resulta de actuaciones o documentos públicos, como sucede con la posesión de Betancur, quien sólo compró en 1927, lo que no impide que los testigos digan que poseyó por más de veinticinco años, y con Posada, cuyos testigos dicen que él y sus antecesores en el dominio poseyeron por todo el tiempo de que hablan las correspondientes escrituras, cuando la diligencia de entrega de la casa a la comunidad de Cock-Arango demuestra que el 19 de junio de

1936 la estaba ocupando Betancur. No es posible, por tanto, dar crédito a la indicada prueba testimonial sobre posesión material de la casa, y el asunto debe resolverse por lo que resulte de los títulos respectivos, con arreglo a la ley.

En concepto de la Sala es evidente que la escritura número 1355, del 1º de agosto de 1912, por medio de la cual Chiquinquirá Gaviria vendió la casa en litigio, como de su exclusiva propiedad y como cuerpo cierto, debidamente determinado por su ubicación y linderos, a Leopoldo Jaramillo, quedó bien registrada en el Libro número 1º, pues mal podía registrarse en el Libro número 2º, ni en el de Causas Mortuorias, porque en ella no consta que se vendieran derechos herenciales, ni que la finca descrita perteneciera a sucesión alguna.

En esto es, por tanto, equivocada la sentencia que se revisa, como lo es también al decir que la Gaviria no podía vender la casa como cuerpo cierto, y que, por lo mismo, debe interpretarse la escritura en el sentido de que sólo vendió los derechos que tenía vinculados en la casa, por gananciales en la sucesión de su marido y por herencia en la sucesión de su hija.

Pero hay más: al morir Leopoldo Jaramillo, quien había comprado la totalidad de la casa a la Gaviria, como cuerpo cierto, no obstante tener él algún derecho en ella, como cónyuge sobreviviente de Laura Montoya, es claro que la sucesión de aquél vino a ser dueña de toda la finca, y como Luis E. Restrepo, antecesor de Gustavo Posada V. en el dominio, adquirió los derechos de todos los herederos de Jaramillo y a Restrepo se le adjudicó igualmente la casa en la liquidación y partición de los bienes de dicha sucesión, es incuestionable que aun aceptando como acertada la interpretación dada por el Tribunal a la venta hecha por la Gaviria a Jaramillo, resultaría que la adjudicación hecha a Restrepo, de que se ha hablado, consolidó por completo los títulos de la casa, pues Restrepo adquirió todos los derechos que podían existir sobre ella, a que se agrega que la partición de que se viene hablando fue registrada debidamente el 29 de mayo de 1929, en tanto que la partición de los bienes de las sucesiones de Nicolás Montoya y de Laura Montoya, seguidas por Betancur, no fue registrada sino el 21 de diciembre de 1935.

De consiguiente, la cadena de títulos que ampara los derechos del demandado Posada V. respecto de la casa objeto del pleito resulta completa, y conforme a esos títulos Posada V. y su antecesora en el dominio han tenido la posesión inscrita del inmueble referido desde 1912, y como actualmente Posada V. tiene también la po-

sesión material, no puede prosperar contra él la acción de reivindicación iniciada por Muñoz y Vieira, porque, entre otros, tiene clara aplicación en favor de Posada V. el artículo 1873 del Código Civil, ya que, en el fondo, se trata de un caso de venta de una misma cosa a dos personas.

De todo lo expuesto se deduce que son fundados los cargos de error de hecho y de derecho y de violación de ley sustantiva formulados por el recurrente contra la sentencia del Tribunal de Medellín, la cual habrá de infirmarse, con la advertencia de que lo dicho sirve, a la vez, como fundamento del fallo de instancia que reemplaza al que se revisa. Habrá también de reformarse la sentencia de primer grado, porque, de un lado, como atrás se vio, no resulta acreditada prescripción alguna en favor de Posada V., quien gana el pleito porque sus títulos prevalecen, conforme a la ley, sobre los de Muñoz y Vieira, y, de otro, al declararlo a él dueño de toda la finca se fallaría *ultra petita*, porque el pleito sólo versa sobre una cuota o derecho equivalente a \$ 527.50, en relación con el avalúo de \$ 650 dado a toda la finca. Lo procedente es, por lo tanto, absolver al demandado de los cargos de la demanda.

A virtud de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de

Casación Civil, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha seis de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, y reformando la dictada por el Juez 4º Civil del Circuito de la indicada ciudad, el veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta, falla este pleito así:

Niéganse las peticiones hechas por el demandante Luis A. Muñoz y Vieira en la demanda fechada el veinticinco de mayo de mil novecientos treinta y nueve, y, en consecuencia, se absuelve a Gustavo Posada V. de todos los cargos formulados contra él.

Ordénase cancelar la inscripción de la demanda. Por el Juez del conocimiento se librá el oficio respectivo.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Fulgencio Lequerica Vélez, Daniel Anzola, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hines-trosa Daza, Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

OPOSICION A UN DESLINDE

En los juicios ordinarios que se inician como consecuencia de la oposición a toda o parte de la línea o líneas divisorias fijadas por el Juez que conoce del deslinde, no puede contemplarse otro extremo ni fallarse otra cuestión sino la relacionada con la fijación que hizo el Juez, para estudiar y resolver si ella se ajusta o nó a las pruebas presentadas por las partes. Cualquiera otra cuestión es extraña al juicio y no puede ser decidida dentro de él.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Olivo Murzi es dueño del predio denominado *Agua Sucia*, en jurisdicción del Municipio del Rosario.

José Rosario González es dueño del predio denominado *Juan García*, ubicado en dicho Municipio del Rosario.

Estas dos fincas son colindantes y en virtud de esto Olivo Murzi pidió el deslinde y amojonamiento de esas dos propiedades.

Surtida la tramitación respectiva del juicio especial de deslinde, el Juez 1º en lo Civil del Circuito de Cúcuta, previa la correspondiente diligencia judicial, vistos los títulos presentados por ambas partes y teniendo en cuenta las demás informaciones del caso, oído el concepto pericial, señaló la siguiente raya divisoria entre los dos predios mencionados:

“La línea está comprendida entre el árbol que se nombra *Tortero* y la estaca enunciada por el número uno y fijada por los señores peritos y su prolongación hasta encontrar el actual cauce del río *Táchira*.”

El apoderado del demandado González se opuso parcialmente a la fijación de la línea anterior, consintiéndola en la parte comprendida entre el árbol denominado *Tortero* y la estaca número primero, y no dándole su asentimiento en cuanto a su prolongación de este último punto hasta encontrar el actual cauce del *Táchira*.

En virtud de esa oposición se tramitó el correspondiente juicio ordinario y éste terminó por sentencia de 26 de septiembre de 1939, en

la cual el Juez resolvió señalar como línea divisoria entre los predios ya nombrados, la misma fijada en la diligencia de apeo que tuvo lugar el 25 de enero del mismo año, o sea la misma que ya se dejó expresada en esta sentencia.

El apoderado del demandante González apeló del fallo y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona lo confirmó en sentencia de 4 de marzo de 1941.

La parte desfavorecida, o sea González, por medio de su apoderado interpuso recurso de casación, el que pasa hoy a decidirse.

Son hechos incontrovertidos y aceptados por los litigantes que el predio de *Juan García* es de propiedad de González y el de *Agua Sucia* de Olivo Murzi, y que ambos predios son colindantes. Acepta el demandante González que la línea divisoria entre esos dos fundos está comprendida entre el árbol *Tortero* y la estaca marcada con el número uno, pero no acepta que de este punto deba seguirse una línea de prolongación hasta encontrar el actual cauce del río *Táchira*.

La base de la sentencia son los títulos presentados por ambas partes y su interpretación. El Tribunal dice así:

“En sentir del Tribunal, la circunstancia de que se ha hecho mención, en nada puede contribuir a que la línea proyectada por el Juez de apeo deba acortarse hasta el mojón número uno, lugar por donde se dice, pasaba el anterior cauce del río, hecho no comprobado en la diligencia practicada en esta instancia, desde luégo que los títulos referentes a *Juan García* y *Agua Sucia*, objeto del deslinde, son claros sobre la materia; ambos, conforme a ellos, se encuentran delimitados por el río *Táchira* y por la quebrada *Mesonera* hasta su desembocadura en éste. Nótese bien que el lindero común que separa los dos predios es la quebrada ya dicha, cuyo curso permanece el mismo.”

En otra parte del fallo se lee:

“Es un hecho incuestionable, no discutido por las partes, que la historia titular allegada al expediente por uno y otro litigante acerca palmariamente la colindancia de *Juan García* y *Agua Sucia*, de propiedad de demandante y demandado respectivamente. En efecto, de tales instrumentos públicos se deriva sin lugar a dudas

que ambos predios tienen como límite oriental común y que los separa del territorio venezolano, el río Táchira, aguas arriba y como lindero sur del primero y norte del segundo, correlativamente, la quebrada *Mesonera* o de *El Mesón* desde su desembocadura en el río Táchira hasta dar al camino real de *Palogordo-El Rosario*, conforme al texto de los títulos de González o hasta un callejón llamado *Los Pozos*, según los de Murzi, punto éste no controvertido. La línea divisoria trazada en la diligencia de apeo no hizo otra cosa que seguir el curso de la quebrada *Mesonera* desde el lugar preindicado, tomando como punto de partida un árbol llamado *Tortero* allí situado, cauce abajo hasta encontrar el cauce del río Táchira."

Invocando el artículo 520 del Código Judicial el recurrente acusa la sentencia por haber dejado de aplicar los artículos 603, 604, 606, 630, 632, 730 del Código Judicial, y 1759, 1765, 1769 del Código Civil por cuanto en su concepto el fallador incurrió en error de hecho y de derecho por mala apreciación de la demanda y de algunas pruebas, y por falta de estimación de otras. En síntesis, en esta parte el recurrente sostiene que fueron mal apreciadas algunas escrituras y otras pruebas presentadas por la parte que representa.

Ataca también la sentencia por violación de los artículos 603, 604, 606 del Código Judicial, 1759, 1765, 1769 del Civil por cuanto en su concepto el Tribunal apreció erróneamente las normas legales sobre confesión judicial y sobre apreciación de documentos públicos auténticos.

Cita también como violados los artículos 705, 722, 730 del Código Judicial, y los artículos 697 y 593 de la misma obra por cuanto se dejaron de estimar en su concepto los testimonios aducidos por González en pro de sus pretensiones. Agrega además que han sido violados los artículos 724 y 730 del mismo Código.

Para estudiar los anteriores cargos y lo mismo el llamado por el recurrente "otro error de hecho y de derecho" la Corte considera:

a) Murzi pidió el deslinde total de su predio *Agua Sucia*, con respecto al predio *Juan García*, de González, y ambas partes acompañaron sus títulos. El Juez, vistos éstos y otras pruebas, como ya se dijo, fijó la raya divisoria de que ya se ha hecho mérito. González no aceptó en parte esa línea, o sea la comprendida entre la estaca número uno y su prolongación al río Táchira. Por eso se opuso, por eso su oposición se convirtió en juicio ordinario, cuyo objeto no podía ser otro sino el de averiguar y decidir si realmente la línea de separación entre los predios mencionados, es en su parte terminal la comprendida entre la estaca número uno y de ahí prolongada la línea hasta encontrar el ac-

tual cauce del río Táchira, o si termina en la mencionada estaca. Nada más podía discutirse en el juicio ordinario a que dio lugar la oposición, y así se desprende del artículo 870 del Código Judicial. Luego el Tribunal de Pamplona tenía que fallar solamente sobre ese extremo, como lo hizo, y como concluyó que la línea fijada por el Juez de instancia, que fue la misma determinada en la diligencia de apeo, se ajustaba a la verdad procesal, confirmó la sentencia del inferior.

En los juicios ordinarios que se inician como consecuencia de la oposición a toda o parte de la línea o líneas divisorias fijadas por el Juez que conoce del deslinde, no puede contemplarse otro extremo ni fallarse otra cuestión sino la relacionada con la fijación que hizo el Juez, para estudiar y resolver si ella se ajusta o nó a las pruebas presentadas por las partes. Cualquiera otra cuestión es extraña al juicio, y no puede ser decidida dentro de él.

Si, pues, el fallador de Pamplona siguió la norma anterior, no puede sostenerse que hubiera interpretado mal la demanda o se hubiera extralimitado en el fallo, pues se repite, fue sobre la raya divisoria acogida por el Juez de primera instancia, sobre lo que recayó la sentencia de segundo grado, en vista de las pruebas que las partes adujeron.

La primera parte del cargo no puede por lo tanto prosperar.

b) En cuanto a la segunda, a saber: error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, especialmente las escrituras donde consta el título de propiedad de las partes, se observa: El Tribunal se atuvo a lo que con claridad expresan tales títulos, según lo arriba transcrito. Para concluir si hubo o nó error en esa apreciación, basta transcribir los linderos pertinentes, tomados de los títulos del demandante y del demandado.

Se lee en la hijuela de adjudicación hecha a favor de Olivo Murzi, y de que da cuenta la escritura 104 de 11 de febrero de 1938, de la Notaría 1ª de Cúcuta:

"*Adjudicación.* Hijuela para el señor Olivo Murzi, cesionario de todos los herederos... Se le adjudica una cuarta parte del siguiente bien inmueble con todas sus anexidades, usos, costumbres, derechos y servidumbres activas y pasivas, sin gravamen legal alguno: Un predio agrícola denominado *Agua Sucia*, ubicado en el Municipio del Rosario, compuesto de casa de habitación de teja, plantaciones de caña de azúcar, huertas de pan coger, potreros de pastos artificiales y montaña, encerrado con cercas de alambre, comprendido entre los siguientes linderos: al Norte, la quebrada de *Mesonera* o del *Mesón* desde su desembocadura en el río Tá-

chira hasta un callejón llamado *Los Pozos*, y éste arriba hasta la cuchilla del mismo nombre, por donde linda actualmente con terrenos de José Rosario González; al Oeste, la cuchilla mencionada, hasta la quebrada *Agua Sucia*, siguiendo una cerca de alambre, dando a la quebrada *Agua Sucia* por un cincho y hasta una piedra grande que hay a la orilla izquierda de la misma quebrada y sobre la cual está enraizado un árbol llamado *chipio*; al Sur, desde esta piedra, quebrada *Agua Sucia* abajo, hasta su desembocadura en el río Táchira; por el Oriente, el río Táchira hasta el punto de partida, correspondiendo a este predio un lote de más o menos una hectárea que dicho río dejó a la margen derecha por haber cambiado de curso." (Fojas 1ª a 3ª vuelta del cuaderno número 1º).

Se lee en el título en que se ampara José Rosario González, escritura 356 de 14 de agosto de 1905 de la Notaría 1ª de Cúcuta, en que consta la venta que el doctor Alberto Camilo Suárez hace a Rosario González del predio o hacienda denominada *Juan García* y *Mesón*:

"Alberto Camilo Suárez... le da en venta y enajenación perpetua al señor Rosario González, es a saber: Una hacienda denominada *Juan García* o *Mesón*..., la que está situada en jurisdicción del Municipio del Rosario y demarcada así: Por el Norte, con la hacienda del señor Francisco de Paula Belén, que antes fue de Natalio Quiroz; por el Oriente, con el cauce antiguo del río Táchira, cauce arriba lindando con terrenos de Santos Guillén, hasta llegar al cauce actual del mismo río, y éste arriba, hasta llegar a la toma de *Mesonera*; de aquí, partiendo al Poniente, linda por el Sur con la quebrada llamada de *El Mesón*, a dar al camino real que conduce de *Palo Gordo* al Rosario; por el Poniente, este camino abajo, hasta llegar a un zanjón que divide un potrero de Silvestre Durán y Miguel Vargas; sigue este zanjón arriba buscando al Sur hasta llegar a un filo del cerro, que se divide desde la casa de la hacienda que se está alinderando; de allí, cuchilla abajo, hasta dar con la loma nombrada *Miraflores*, lindando en esta parte con terrenos de Francisco de Paula Belén." (Fojas 34 y 34 vuelta del cuaderno número 5).

De la lectura de los linderos expresados se concluye, como lo dice el Tribunal, que los dos predios tienen como límite oriental común que los separa del territorio venezolano el río Táchira, aguas arriba, y como lindero sur del primero y norte del segundo, correlativamente, la quebrada *Mesonera* o *El Mesón*, desde su desembocadura en el río Táchira, a dar al camino real. Se ve también que es exacta la aserción del Tribunal que ambos predios *Juan García* y *Agua Sucia* se encuentran delimitados por el río

Táchira y por la quebrada *Mesonera* hasta su desembocadura en éste, que el lindero común que separa los dos predios es la quebrada ya dicha, cuyo curso permanece el mismo. Lo anterior se corrobora de una manera objetiva con el plano que corre al folio 40 del cuaderno número 5. Por eso el perito Víctor Pérez, al cual adhirió el perito Londoño, se expresa así:

"La quebrada *Mesón* o *Mesonera* es el lindero sur de *Juan García* y *Agua Sucia*; tien su cauce perfectamente definido hasta la toma *Mesonera*, perteneciente a la finca de *Juan García*, y al parecer desemboca en dicha toma por el hecho de que la quebrada *Mesonera* sólo lleva agua en épocas de invierno; en invierno las aguas se desbordan por diferentes desparramaderos que no dejan un cauce evidente entre la toma *Mesonera* y el río Táchira, por ser este terreno un aluvión de piedra y arena por donde se infiltran las aguas hasta llegar al cauce natural del valle, o sea el río Táchira. De lo expuesto anteriormente, es evidente que el lindero de las fincas *Juan García* y *Mesón* es la quebrada *Mesonera*, hasta su desembocadura en el río Táchira, el cual conceptúo debe definirse siguiendo la ley de gravedad, es decir, la conservación del cauce rectilíneo en el terreno de aluvión donde no hay obstáculo especial que lo haga variar de dirección." (Fojas 43 vuelta y 47 del cuaderno número 5).

En este litigio no hay duda ni controversia sobre los límites o linderos arcifinios de los dos predios mencionados, por cuanto no hay duda ni divergencia sobre lo que es el río Táchira, ni sobre lo que es la quebrada de *La Mesonera*. Es, pues, distinto de otros de la misma naturaleza, en que la disputa proviene de la identidad de una quebrada, que limita los predios, o de la identidad de un cerro, o cuchilla, que los divide, y respecto de todo lo cual se presenta la controversia para averiguar cuál es el cerro, cuál es la quebrada que en realidad es la línea divisoria.

Establecida sin disputa la identidad del río Táchira y de la quebrada *La Mesonera*, se deriva la siguiente conclusión: No hay error de hecho ni de derecho en la apreciación o interpretación de los títulos ni sobre la eficacia de éstos puede haber ninguna duda desde que las partes se atienen a ellos. Y por esta razón, no se puede dar ninguna prevalencia a testimonios u otras pruebas que puedan desvirtuar lo expresado con tanta claridad en los títulos.

Se concluye de lo anterior que todos los cargos en casación fundados en la primera causal, no pueden prosperar.

De la lectura del proceso, de algunos de los apartes de la demanda y de varias de las pruebas aducidas en el curso del litigio por el actor, se

desprende que el demandante intenta, basado en que el río Táchira ha cambiado de curso, que su predio denominado *Cuarazao*, no sufra menoscabo o disminución por ese cambio y en virtud de la fijación de la línea entre los predios de *Juan García* y *Agua Sucia*.

Mas, este extremo, este punto y esa intención no son ni pueden ser materia de este debate ni menos de la sentencia, por lo que arriba se explicó, de donde las pruebas encaminadas a respaldar tal extremo o intención, no son operantes ni pueden ser tenidas en cuenta para la fijación de la raya divisoria entre los predios de *Juan García* y *Agua Sucia*, que es de lo que se trata. Así, pues, no puede haber error de hecho ni de derecho en la apreciación de tales pruebas, porque ellas no pueden incidir en este pleito.

Respecto de la segunda causal se observa: Basta leer la demanda y la sentencia, basta tener en cuenta la naturaleza del juicio que hoy remata con la presente sentencia para concluir que no se está en el caso de la causal segunda invocada en el recurso. Si el actor González involu-

cró, en parte, una cuestión extraña al litigio, el Tribunal no podía decidirla, por lo que ya se ha dicho. La sentencia fija la raya divisoria entre los dos predios de *Agua Sucia* y *Juan García*, que es lo único sometido a la jurisdicción del Juez y lo único sobre lo cual podía decidirse y fallarse.

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

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

Fulgencio Lequerica Vélez, Daniel Anzola, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hines-trosa Daza, Hernán Salamanca.—*Pedro León Rincón*, Secretario en propiedad.

Régimen patrimonial en el matrimonio conforme a la Ley 28 de 1932:

Ha dicho la Corte, interpretando la Ley 28 de 1932, que "los bienes que eran sociales para el 1º de enero de 1933, y que no tenían por qué dejar de serlo ante el solo hecho de regir la nueva Ley, no pueden enajenarse, ya bajo ella, sino por ambos socios mientras dure la sociedad y no haya habido liquidación que los traspase a uno solo de los dos; de ahí que sean infirmables y aun se hayan infirmado enajenaciones de bienes en esa situación hechas por el marido sin el concurso de la mujer, o por ésta sin el concurso del marido. En contraste con esos bienes, los adquiridos por uno de los cónyuges a cualquier título durante el matrimonio bajo la vigencia de la nueva Ley, son de la libre disposición del respectivo adquirente, de suerte que para la validez de su enajenación no se requiere la concurrencia o intervención del otro". Conforme a esta doctrina, y siguiendo la letra misma del artículo 1º de la Ley 28 de 1932, fluye con certeza el hecho de que a partir del 1º de enero de 1933, la mujer quedó investida de personería legal y suficiente para adquirir, administrar y disponer de los bienes que llegasen a su patrimonio a título oneroso o por cualquier otro motivo, todo con absoluta prescindencia del marido; que de su lado éste siguió, lo mismo que antes, gozando de estas mismas facultades en relación con los bienes que él mismo adquiriera. La Ley 28 confirió a cada cónyuge potestad dispositiva absoluta, sin limitación alguna, en relación con los bienes adquiridos por cada cual a partir del 1º de enero de 1933; no limitó la facultad dispositiva del marido en cuanto a sus bienes propios; la dio, la otorgó sin atenuaciones ni reservas y en el mismo pie de igualdad, a la mujer, la que en virtud de esa plena capacidad, quedó consecuentemente investida para el futuro de personería para accionar o excepcionar en orden a la defensa de sus bienes, en las mismas condiciones que el marido, y tal cual si fuese soltera. Y no podía ser de otra manera, ya que lo que el legislador de ese entonces quiso y se propuso fue independizar a la mujer

del marido en lo tocante al manejo de su propio patrimonio, no someter a éste a la tutela de la mujer so pretexto de su vinculación póstuma con la figura jurídica llamada sociedad, que es, en síntesis, la extraña tesis que propugna el fallo que ha venido al estudio de la Corte.

Pero esa capacidad, esa personería del marido y de la mujer no la otorgó la ley a cada uno únicamente para poder comprar y para poder vender; la dio también para ejecutar todos los actos idóneos a la administración de sus haberes, para accionar y defenderse en juicio en orden a la conservación o reintegración de su mismo patrimonio, para impedir que sus contratos no se cumplan, se anulen o resuelvan. Ahora bien: si la mujer casada, mayor de edad, como tal, en desarrollo de su capacidad concedida por la Ley que se comenta, puede comprar, vender, administrar, hipotecar, donar sus bienes con absoluta independencia del marido; si puede comparecer libremente en juicio para ejercitar acciones y defensas en provecho de sus propios bienes, forzoso es anotar, y únicamente por razones del fallo, que en condiciones exactamente iguales se hallan los maridos. La Ley 28 no limitó su capacidad legal en cuanto a estos particulares menesteres, para en cambio someterlos, si no a la tutela de la esposa, sí a la situación de verse obligados a requerir y a obtener su consentimiento o voluntad para el ejercicio de estos actos de la vida civil, que antes ejerciera libremente. Absolutamente no.

Siendo esto así, interpreta erróneamente la Ley 28 de 1932 y viola directamente el artículo 1º de esta misma Ley el sentenciador que, al fallar, considere que los bienes que haya adquirido un cónyuge a título oneroso a partir de la vigencia de este estatuto, entran a formar parte del haber de la sociedad conyugal, no al del cónyuge adquirente, en razón de que a la liquidación definitiva los haberes de ambos han de formar parte de la masa que ha de liquidarse o repartirse. Sería tanto como sostener que los bienes de un presunto causante son de

los que han de sucederle, en razón simple de que a la época de su sucesión han de ser repartidos entre ellos.

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

(Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola).

Por instrumento público número 185 de 3 de julio de 1938, de la Notaría de Chaparral, en el Departamento del Tolima, Marcos Velásquez, vecino de allí, vendió a Isaías Velásquez los inmuebles singularizados en las alindaciones señaladas en el expresado título, por el precio de \$ 12.000, según esta discriminación:

(A). Una casa de bahareque y techada con zinc, con cocina y solar correspondiente, cercado por alambre, ubicada en esta población, y que linda así: “Por el Norte, calle de por medio, con casa de Julián Ortiz; por el Sur, con casa de Arcadio Romero y Abel Cruz; por el Oriente, con casa de Agustín Olaya; y por el Occidente, con casa de la viuda de Ramón Masmela.” Esta casa la hubo el exponente, por compra que hizo a Isaías Velásquez por escritura número sesenta y seis (66) de fecha catorce de mayo de mil novecientos treinta y uno (1931), otorgada en esta Notaría.

(B). Un lote de tierras ubicado en la fracción de Copete, jurisdicción de este Municipio, cultivado de pasto artificial, debidamente cercado, con rastrojos y demás anexidades, denominado *El Levante*, y que linda así: “De la quebrada de Copete, tomando esta quebrada arriba, hasta encontrar con linderos del terreno que fue de Jesús Devia, hoy de los Bustos; se sigue por estos linderos hasta el filo de *La Espinosa de Mocho*, arriba de la casa de Isauro Romero; por este mismo filo abajo, hasta encontrar en línea recta un comején; de aquí, línea recta a encontrar la volada de la quebrada de Copete, punto de partida.”

(C). Dos casas de bahareque, techadas con zinc, y solar correspondiente, y manga dentro del área de esta ciudad, y que lindan así: “Por un lado, con la calle pública; por otro, con la quebrada de La Zaperera; por otro, con la calle pública, y por el otro, con la citada quebrada de La Zaperera.

(D). Una casa construida de tapias y techada de zinc, y solar correspondiente, ubicada dentro del área de esta población y que linda así: “Por el Norte, calle de por medio, con casa de Rosa Monroy de Jácome; por el Sur y Oriente, con casas y solares de los señores Cruz y Pedro Joaquin Rojas, y por el Occidente, calle de por

medio, con casa de Jorge Vidales y la señora Elvira Vidales de Ortiz.”

(E). Todas las mercancías americanas y del país, inclusive una caja de hierro, mercancías que se encuentran dentro de la casa ya alinderada.

(F). El derecho de dominio que el exponente tiene sobre un lote de terreno, con mejoras consistentes en pasto micay, cercas de alambre y de madera, rastrojos, montañas y demás anexidades correspondientes, denominada *Las Brisas*, ubicada en la fracción del Valle, de esta jurisdicción, y alinderada así: “Desde un mojón situado en las cabeceras del potrero de *Las Brisas*, línea recta hacia el Occidente, lindando con terrenos de Eulalia Díaz, a encontrar la quebrada mayor, o sea de más agua, colindando con terrenos de la misma señora Díaz; por esta quebrada abajo, lindando con terrenos de Alberto Quiñones, al desemboque de esta quebrada en la quebrada del Quebradón; ésta arriba, colindando con terrenos de la susodicha señora Díaz, hasta encontrar un mojón; de aquí, en dirección recta, al primer lindero, punto de partida.”

(G). El derecho de posesión y dominio que tiene sobre una finca de mejoras denominada *El Poniente*, ubicada en la fracción del *Prodigio*, de esta jurisdicción, en terrenos baldíos, compuesta de casa de habitación, potreros de pasto micay, yaraguá, encerrados por cercos de alambre, rastrojos, y demás anexidades correspondientes, y alinderada así: “Desde la montañuela que fue de Tobías Méndez, se sigue por un alambrado, hasta encontrar otra montañuela, que fue de Evangelista Palomino; por el borde de esta montañuela, de para arriba, a caer a la zanja de *El Encanto*; ésta arriba, hasta sus cabeceras; de aquí, al filo más alto; de aquí, línea recta, a la quebrada del Cedro; y cruzando ésta a encontrar con una cerca de alambre de los señores Vicente y Domingo Echandía; por dicha cerca arriba a encontrar el camino de *Los Andes*; por éste de para arriba, hasta encontrar un mojón de piedra en el alto de Las Cruces; de aquí línea recta al nacimiento de la quebrada del Convenio; por esta quebrada abajo, hasta ponerse en la montañuela que fue de Tobías Méndez; de aquí en línea recta, por el borde de la montañuela, a encontrar con el alambrado, punto de partida.”

(H). El derecho de posesión y dominio que tiene sobre una finca de mejoras denominada *El Brillante*, consistentes en casas de habitación, potreros de pasto micay, encerrados por cercos de alambre y naturales, ubicada en la fracción de Las Dos Aguas, de esta jurisdicción, en terrenos baldíos, y alinderada así: “Por el Occidente, con mejoras de Roberto Alvarez; por el Oriente,

con mejoras de Manuel Buitrago; por el Sur, con mejoras de Isaias Velásquez, y por el Norte, con mejoras de Manuel Buitrago y Félix Campos."

(I): Unas mejoras en terrenos baldíos, denominados *El Espumoso*, en jurisdicción de este Municipio, fracción de Tuluni, consistentes en casa de bahareque, palma y palmicha, pastos naturales y artificiales, cercos de alambre y de madera, rastros y demás anexidades correspondientes, alinderadas así: "De la boca de una zanja llamada Palma Larga, en la quebrada de Tuluni; esta quebrada arriba, hasta un punto llamado de *La Gargantilla*; de aquí se toma por una cuchilla arriba, hasta el cerro de Las Moyas; por este cerro abajo, hasta una picota alta; de aquí línea recta a los nacimientos de Palma Larga, y ésta abajo a la quebrada de Tuluni, primer linderó."

El comprador entró en posesión material de los bienes objeto de la venta en la misma fecha del contrato, y, oportunamente, recibió el título así constituido con anotación de la correspondiente nota de registro.

Días después, con fecha 25 de marzo de 1939, el citado Marcos Velásquez, en memorial al Juzgado del Circuito de Chaparral, demandó al contratante comprador Isaias Velásquez, para que en trámite ordinario, con su citación y audiencia, se hicieran en la sentencia definitiva estas declaraciones:

"Primera. Que se rescinda un contrato de venta celebrado entre el suscrito, por una parte, y el señor Isaias Velásquez, por la otra, sobre los inmuebles relacionados en la escritura número ciento ochenta y cinco de tres de julio de mil novecientos treinta y ocho, pasada en la Notaría de este Circuito, por adolecer dicho contrato de una nulidad relativa de lesión enorme.

"Segundo. Que en virtud de la declaración anterior, se ordene la cancelación del registro de los inmuebles materia del contrato en referencia, y vuelvan las cosas al estado anterior.

"Tercero. Que en caso de oposición se condene al demandado en las costas del presente juicio."

Y agregó adelante:

"... Como de conformidad con el artículo 32 de la Ley 57 de 1887, no hay lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en la venta de bienes muebles, y en el supuesto de considerarse las mercancías y la máquina de hierro que aparecen vendidas por la escritura a que nos hemos venido refiriendo, como bienes muebles, subsidiariamente del señor Juez solicito, se haga en la sentencia la siguiente declaración:...

"1º Que del valor total y en conjunto de la venta, o sea doce mil pesos, se descuenta el valor de las mercancías y máquina de hierro, que fueron vendidos por la escritura antes dicha,

"2º Que en virtud de la declaración anterior, se decrete la rescisión de la venta por lesión enorme, solamente sobre los bienes inmuebles."

Como hechos sustentantes de la acción, relaciona el libelo los que a continuación se anotan:

"B) El precio que recibí y por el cual se perfeccionó el contrato de venta relacionado en la escritura citada, fue el de doce mil pesos moneda corriente (\$ 12.000.00 m/c), con lo cual me siento engañado, por cuanto que la suma recibida y que es la citada, es inferior a la mitad del justo precio de los inmuebles y mercancías vendidos, como lo demostré a través del juicio.

"C) Las causas o motivos, que me indujeron a celebrar el contrato de venta referido, en condiciones tan desventajosas para mí, fueron el haber estado enfermo en peligro de muerte en el momento de celebrar el contrato con el demandado; y la urgencia de dinero para trasladarme a Bogotá a someterme a una intervención quirúrgica, por prescripción de los médicos de este Municipio."

Agotada la ritualidad propia de la primera instancia, el señor Juez del conocimiento desató la controversia con sentencia fechada el 8 de noviembre de 1941; y a efecto, considerando que la personería sustantiva de la parte demandada era ilegítima, falló el pleito en esa consonancia, imponiendo en la resolutive de ese proveído estas declaraciones:

"1º De conformidad con lo dispuesto por el artículo 343 del Código Judicial, se declara ocurrida la excepción perentoria, por ilegitimidad de la personería sustantiva en la parte demandada.

"2º No es el caso de hacer condenación en costas contra la parte demandante, no obstante la temeridad de la acción promovida, por lo expuesto en relación con este punto, en la antecedente parte motiva de esta misma sentencia.

"3º Queda entendido, consecencialmente a lo declarado en el punto primero de la anterior parte resolutive, la absolución del demandado respecto de los cargos consignados en la demanda."

La apelación interpuesta por la parte desfavorada, llevó el negocio al Tribunal Superior de Ibagué, donde surtida la segunda instancia normalmente, vino a decidirse con la sentencia de 19 de octubre del año pasado, que confirma en todas sus partes la del inferior. No se hizo condena en costas para ninguna de las partes.

La sentencia recurrida.

El motivo que tuvo el Tribunal sentenciador para confirmar la del inferior, y que declara probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, tiene

este único fundamento: como para el 3 de julio de 1938, día en que se celebró el contrato de compraventa cuya rescisión por causa de lesión enorme se solicitó en autos, estaba el demandado comprador Isaías Velásquez unido en matrimonio con la señora María Ignacia Romero, la acción o demanda rescisoria, ha debido dirigirse contra la sociedad conyugal representada por uno y otro cónyuge, no contra el marido únicamente, en razón de que, por imperio de la Ley 28 de 1932, el marido dejó de ser el representante de la sociedad conyugal, dejó de ser su personero, con facultad de accionar y defender los intereses de la misma sociedad.

Considera la Sala sentenciadora del Tribunal de Ibagué, pese a los mandatos de la Ley 28, que las adquisiciones que con posterioridad a su vigencia hagan separadamente uno y otro cónyuge, entran a formar parte del haber de la sociedad conyugal, no al del cónyuge adquirente; y que para disponer de un bien adquirido por uno solo de ellos ha de mediar la concurrente voluntad del otro.

Y aplicando su doctrina al caso en controversia, concluye el Tribunal, que como los bienes adquiridos en el año de 1938 por Isaías Velásquez entraron a formar parte del haber de la sociedad conyugal Velásquez y Romero, consecuentemente, para obtener la rescisión de ese contrato, ha debido demandarse a la sociedad conyugal representada por ambos cónyuges, porque —dice la sentencia— “el contrato contenido en la escritura 185 y los bienes que en él se determinan afectan a la sociedad conyugal Velásquez-Romero, que está en trance de liquidación”. Y es más, se negó el sentenciador a definir en el fondo este negocio, aunque la esposa del demandado, voluntariamente se presentó al litigio coadyuvando la oposición de que da cuenta el escrito de contestación de la demanda. Declaró el Tribunal, se repite, probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada.

El recurso de casación.

Contra la sentencia de segunda instancia, interpuso oportunamente recurso de casación el apoderado de la parte actora ante la Corte, doctor Antonio Rocha. El recurso, que por estar legalmente preparado va la Sala a decidir, se apoya en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, “por ser la sentencia violatoria de los artículos 1-4-5 y 7 de la Ley 28 de 1932; violatoria especialmente y de manera protuberante y directa del artículo 1º de esta misma Ley”. El Tribunal, dice el recurrente, “interpretó erróneamente esas disposiciones, la reforma civil que la Ley 28 introdujo al régimen patrimonial del matrimonio; y las aplicó indebidamente, violando su espíritu y su letra misma”.

También se acusa la sentencia, “de haber violado por falta de aplicación, el artículo 1946 del Código Civil, porque, dice, se quedó sin aplicación el derecho que anima la demanda, que es la acción rescisoria suplicada, en razón de que el contrato demandado se pactó mediando lesión enorme en la estipulación o fijación del precio convenido.

Fundamentos del recurso.

Estudia conjuntamente el recurrente los cargos que hace a la sentencia, y al fundamentarlos, explica el señor apoderado: el señor Isaías Velásquez contrajo matrimonio con María Ignacia Romero el día 14 de noviembre de 1916; en virtud de este matrimonio, entre Velásquez y su esposa quedó constituida la sociedad conyugal Velásquez y Romero, todo al tenor de las disposiciones civiles entonces vigentes; de ahí, y hasta la fecha de la vigencia de la Ley 28 de 1932, los bienes adquiridos a título oneroso por Isaías entraron a formar parte de la sociedad conyugal, mas de esa fecha en adelante, 1º de enero de 1933, don Isaías, ya como simple cónyuge y no como gerente de la sociedad conyugal, no ha tenido facultad de disponer sino de los bienes que personalmente ha adquirido, repútese propios o sociales, y nada puede hacer en relación con los adquiridos en el periodo anterior sin la intervención de su esposa. Y cada uno en su caso, responde en juicio con igual capacidad, y por sí solo, por los contratos celebrados y bienes adquiridos independientemente. Y agrega:

“Hoy, ante terceros, cada uno es cada uno. La sociedad conyugal existe entre cónyuges, pero no es ella la que actúa, sino cada cónyuge por su lado como si no existiera esa sociedad. Y como tal es el derecho que la ley le confiere y atribuye a don Isaías Velásquez para actuar en juicio por sí solo, aun cuando casado, en relación con contratos celebrados y bienes adquiridos después del 31 de diciembre de 1932, al negarle su personería en este juicio, el Tribunal le desconoció el derecho que la Ley 28 le confirió y atribuyó en su simple carácter de cónyuge, como para caso similar lo confirió para la otra cónyuge, sin que ninguno de los dos sea tenido hoy como gerente exclusivo de la sociedad conyugal.”

Nada más fundado que el cargo que se hace a la sentencia, en cuanto se la acusa de ser violatoria del artículo 1º de la Ley 28 de 1932, disposición legal ésta que encierra el siguiente contenido:

“Durante el matrimonio, cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera;

pero a la disolución del matrimonio en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia, se procederá a su liquidación."

En efecto:

La Corte, en repetidos fallos, ha venido acentuando y fijando la interpretación doctrinal y alcance que debe darse a la Ley 28 de 1932, sobre régimen patrimonial para el matrimonio. En su proveído último, de fecha 22 de marzo del corriente año, al reafirmar sus conceptos anteriores, señaló para apartado de su jurisprudencia esta doctrina:

"Los bienes que eran sociales para el 1º de enero de 1933, y que no tenían por qué dejar de serlo ante el solo hecho de regir la nueva Ley, no pueden enajenarse, ya bajo ella, sino por ambos socios mientras dure la sociedad y no haya habido liquidación que los traspase a uno solo de los dos; de ahí que sean infirmables y aun se hayan infirmado enajenaciones de bienes en esa situación hechas por el marido sin el concurso de la mujer, o por ésta sin el concurso del marido. En contraste con esos bienes, los adquiridos por uno de los consortes a cualquier título durante el matrimonio bajo la vigencia de la nueva Ley, son de la libre disposición del respectivo adquirente, de suerte que para la validez de su enajenación no se requiere la concurrencia o intervención del otro."

Conforme a esta doctrina, y siguiendo la letra misma de la disposición copiada arriba, fluye con certeza el hecho de que a partir del 1º de enero de 1933, la mujer quedó investida de personería legal y suficiente para adquirir, administrar y disponer de los bienes que llegasen a su patrimonio a título oneroso o por cualquier otro motivo, todo con absoluta prescindencia del marido; que de su lado, éste, siguió, a igual que antes, gozando de estas mismas facultades en relación con los bienes que él mismo adquiriera.

La Ley 28 confirió a cada cónyuge potestad dispositiva absoluta, sin limitación alguna, en relación con los bienes adquiridos por cada cual a partir del 1º de enero del año de 1933; no limitó la facultad dispositiva del marido en cuanto a sus bienes propios, la dio, la otorgó sin atenuaciones ni reservas y en el mismo pie de igualdad, a la mujer, la que en virtud de esa plena capacidad quedó consecuentemente investida para el futuro, de personería para accionar o excepcionar en orden a la defensa de sus bienes, en las mismas condiciones que el marido, y tal, cual si fuese soltera. Y no podía ser de otra manera, ya que lo que el legislador de ese entonces quiso y se propuso, fue independizar a

la mujer del marido en lo tocante al manejo de su propio patrimonio, no someter a éste a la tutela de la mujer so pretexto de su vinculación póstuma con la figura jurídica llamada sociedad, que es, en síntesis, la extraña tesis que propugna el fallo que ha venido al estudio de la Corte.

Pero esa capacidad, esa personería del marido y de la mujer no la otorgó la ley a cada uno únicamente para poder comprar y para poder vender; la dio también para ejecutar todos los actos idóneos a la administración de sus haberes, para accionar y defenderse en juicio en orden a la conservación o reintegración de su mismo patrimonio, para impedir que sus contratos se incumplan, se anulen o resuelvan.

Ahora bien: si la mujer casada, mayor de edad, como tal, en desarrollo de su capacidad concedida por la Ley que se comenta, puede comprar, vender, administrar, hipotecar, donar sus bienes con absoluta independencia del marido; si puede comparecer libremente en juicio para ejercitar acciones y defensas en provecho de sus propios bienes, forzoso es anotar, y únicamente por razones de este fallo, que en condiciones exactamente iguales se hallan los maridos. La Ley 28 no limitó su capacidad legal en cuanto a estos particulares menesteres, para en cambio someterlos, si no a la tutela de la esposa, sí a la situación de verse obligados a requerir y a obtener su consentimiento o voluntad para el ejercicio de estos actos de la vida civil que antes ejerciera libremente. Absolutamente, no.

Y siendo así, interpreta erróneamente la Ley 28 de 1932 y viola directamente el artículo 1º de esta misma Ley, el sentenciador que al fallar considere que los bienes que haya adquirido un cónyuge a título oneroso a partir de la vigencia de este estatuto, entran a formar parte del haber de la sociedad conyugal, no al del cónyuge adquirente, en razón de que a la liquidación definitiva los haberes de ambos han de formar parte de la masa que ha de liquidarse o repartirse. Sería tanto como sostener que los bienes de un presunto causante son de los que han de sucederle, en razón simple de que a la época de su sucesión han de ser repartidos entre ellos.

En fin: Si cada uno de los cónyuges, por virtud de la separación real que establece el nuevo régimen se considera o debe considerarse como dueño exclusivo de los bienes que poseía al casarse y de los que adquiriera luego a cualquier título, por obra consecuential debe considerarse también como dueño exclusivo de las acciones y defensas judiciales vinculantes o vinculadas a esos mismos bienes; por eso, más patente sería el quebranto de las disposiciones de la Ley 28, si llegara a afirmarse en proveído alguno, que el marido, para defender la validez de sus

contratos, sea para impedir la declaración de nulidad, simulación o resolución de ellos, o para solicitarla, tuviese que acudir en auxilio de la mujer a fin de completar con la voluntad de ella la personería que lo habilitara para defender su patrimonio.

Y como una y otra ocurrencia enmarcan precisamente dentro de la tesis que sostiene el fallo acusado, y estos son los cargos que se le hacen, forzoso es concluir que debe reemplazarse la sentencia, para asumir luego la Sala la función de instancia, y en ese imperio, calificar en el fondo el negocio de los autos, ya que no es posible confirmar el fallo del Juzgado, toda vez que adolece de los mismos errores apuntados al proveído del Tribunal sentenciador.

La sentencia de instancia.

Volviendo a las peticiones de la demanda, claramente entiende la Sala, que la acción de este pleito es la concedida por el artículo 1946 del Código Civil, de este tenor: "El contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme."

Se considera: de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1864 y 1865 del Código Civil y demás disposiciones que fijan la libre facultad de contratar, es claro, que la ley sustantiva deja a voluntad de los contratantes el derecho de fijar el precio de venta de la cosa; mas, pensando el legislador que una de las partes pudiera hallarse en condiciones de inferioridad tales que permita a la otra un engaño, concede al mismo lesionado el derecho de hacer rescindir el contrato cuando el engaño adquiera proporciones de lesión enorme; pues bien:

En armonía con estos principios, deducibles de precisas disposiciones legales, solicita la parte demandante la rescisión del contrato de compraventa de que da fe la escritura antes citada, alegando como causa de la demanda, el haber sufrido en dicho contrato lesión enorme, en razón de que el precio que recibió por la cosa vendida fue inferior a la mitad del que era justo y que tenían las mismas cosas a la hora del contrato. El artículo 1947 del Código Civil indica que el vendedor sufre lesión enorme, cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende. Y luego agrega: el justo precio se refiere al tiempo del contrato.

Las leyes de procedimiento no indican de manera categórica cómo debe demostrarse esta situación jurídica; mas, jurisprudencia repetida y constante, dando interpretación a cierta norma legal que establece que en toda causa cuyo esclarecimiento dependa de apreciaciones o avalúos ha de hacerse la regulación mediante la prueba pericial, ha fijado o entendido, que siendo el fundamento objetivo de la lesión enorme, la consecuencia de simple relación entre la

cuantía del precio convenido y el que realmente hubiese sido justo, para llegar a conocer este indispensable extremo, ha de aprovecharse precisamente esta prueba del dictamen pericial, para con certeza poder determinarlo. Tiene entendido la jurisprudencia, que la prueba pericial, es, la adecuada, la eficaz para poder definir con acierto acciones sobre rescisión por lesión enorme, como es la contemplada en esta controversia.

Así, en la primera instancia, se hizo practicar por peritos nombrados en forma legal tal examen, y en su dictamen conceptuaron éstos de común acuerdo, que los bienes materia del contrato tuvieron para la fecha en que fue celebrado un precio en conjunto igual a la suma de \$ 28.312, partida global ésta, que descompuesta en avalúos parciales, o unidad por unidad, queda así:

a) Casa de bahareque y zinc	\$ 1.500
b) Lote de <i>El Levante</i>	500
c) Manga y dos casitas	500
d) Casa de tapias y techo de zinc	15.000
e) Lote de mercancías
f) Lote de <i>Las Brisas</i>	3.026
g) Lote de <i>El Poniente</i>	3.606
h) Lote de <i>El Brillante</i>	1.680
i) Lote de <i>El Espumoso</i>	2.500
Total	\$ 28.312

Finalmente, agregaron los expertos:

"Como dejamos expresado antes, estos avalúos parciales los hemos hecho de acuerdo con nuestros conocimientos agrícolas y comerciales, y fijados en la época comprendida entre el tres de julio al treinta y uno de agosto de mil novecientos treinta y ocho, fechas de la celebración del contrato (escritura) y de su perfeccionamiento (registro escritura).

"Las fincas de mejoras, casas y cercos, según su estado le calculamos una existencia mayor de diez años y no podemos apreciar si éstas o cada una de ellas, hayan depreciado o valorizado, en cuanto a las rurales, por no haberlas conocido con anterioridad a la fecha de esta inspección. Las casas si las conocemos desde muchos años antes, y a excepción de la casa primeramente avaluada, después de las fechas indicadas 3 de julio a 31 de agosto de 1938, tiene como mejora el andén de cemento, mejora ésta que no la tuvimos en cuenta en el avalúo rendido. A las otras casas, no se les observa mejora alguna desde fecha muy anterior, que pueda darle mayor valor del fijado en las ya comprendidas.

"Los avalúos fijados a las fincas rurales ubicadas en la fracción de Las Aguas o Prodigio y Tuluni; han sido basados teniéndose en cuenta que los terrenos donde están plantadas son o corresponden a la Nación, y por consiguiente, el

avalúo se ha concretado a las mejoras tántas veces descritas."

Dado en traslado el anterior dictamen fue objetado por la esposa coadyuvante, pero la incidencia le fue fallada con resultado adverso, como así resulta del proveído del Juzgado de fecha 23 de octubre de 1940, que apelado, recibió la confirmación del superior por providencia del 26 de febrero del siguiente año; quedó así en firme el dictamen pericial, y satisfecho el extremo principal de los presupuestos procesales que configuran la acción de la demanda. No sobra advertir que la parte actora presentó otros elementos probatorios, declaraciones, certificados oficiales, etc., encaminados a establecer el precio comercial de las casas vendidas para el día de la celebración del pacto; sin embargo, sin criticar este esfuerzo tal vez inoficioso de la parte actora, basta decir que se practicó la prueba eficaz, la pericial, que resultó definitiva para la intención precisada en la demanda, toda vez que el precio de las ventas, uno a uno, y el señalado en el dictamen, como que era el justo, excede en más de un doble a los precios del contrato, con excepción al dado al lote de *El Levante*, de la letra (B), ya que la diferencia entre el precio del contrato y el dado en el dictamen da una diferencia de cien pesos (\$ 100) únicamente. Se vendió el lote en cuatrocientos pesos (\$ 400) y los peritos lo avaluaron en quinientos pesos (\$ 500).

El demandante solicita que por este motivo se rescinda este contrato, que se anule, por nulidad relativa, a fin de enmendar el agravio patrimonial que sufrió y a que le da derecho el artículo 1946 del Código Civil. Establecida la realidad de las ventas a menosprecio, por menos de la mitad del justo valor, ya que los bienes valían para el día del contrato más del doble de lo que el comprador dio por ellos, la acción rescisoria suplicada debe prosperar, y así debe resolverlo la Sala en la sentencia, excluyendo el lote de *El Levante*, letra (B) de la escritura.

Por lo que hace a las mercancías-bienes muebles que se incluyeron en la relación de los bienes vendidos, se observa, que como los contratantes no le fijaron precio separado, sino que dijeron que se hallaban en una de las casas, pero que también se transmitían en venta, es lo racional considerar que la intención de las partes fue confundir su valor con el que se dio al inmueble mismo; mas, si no fuere exacta esta conclusión, que sí lo es, debe estimarse, que no habiendo mediado precio, no hubo compraventa de tales mercancías.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando jus-

ticia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida de fecha diez y nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, y REVOCANDO la de primera instancia, FALLA el pleito así:

1º Declárase rescindido por lesión enorme el contrato de compraventa de que da cuenta la escritura pública número 185 de fecha tres de julio de mil novecientos treinta y ocho, de la Notaría de Chaparral, en el cual fueron materia los bienes allí determinados, y que aparecen singularizados en las letras a, c, d, e, f, g, h, i, por las alindaciones descritas en la parte inicial de esta sentencia.

2º Condénase al demandado Isaias Velásquez, a restituir al demandante Marcos Velásquez dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, las fincas de que trata el numeral anterior, junto con sus frutos naturales y civiles percibidos, y que haya podido percibir a partir de la fecha de la contestación de la demanda que dio origen a este pleito.

Parágrafo. El demandado deberá, antes de hacer la restitución, purificar los bienes que se le ordena devolver de las hipotecas u otros derechos reales que haya constituido sobre ellos.

3º El demandante Marcos Velásquez debe restituir al demandado Isaias Velásquez, la suma de doce mil pesos (\$ 12.000) junto con sus intereses legales, y que recibió como precio del contrato que se anula o se rescinde.

4º Cancelese en la Notaría de Chaparral la escritura número 185 de fecha tres de julio de mil novecientos treinta y ocho, así como la inscripción que de este mismo contrato se hizo en la oficina del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del mismo Circuito de Chaparral. Por el señor Juez del conocimiento librense los oficios del caso oportunamente.

5º Queda a salvo el derecho que tiene el contratante comprador para consentir en la rescisión, o en su caso, completar el precio en la forma y términos indicados en el artículo 1948 del Código Civil dentro de los seis días siguientes al auto de obedécese, y cúmplase que haya de dictar el Juez del conocimiento.

6º Sin costas.

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

Fulgencio Lequerica Vélez, Daniel Anzola, Isaias Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hines-trosá Daza, Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

Apreciación de los Jueces sobre la divisibilidad o indivisibilidad en la confesión.

La ley ha dejado a los Jueces la facultad de analizar la prueba de confesión y deducir y calificar si el hecho confesado y añadido como explicación del principal es o no separable de éste.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Por medio de apoderado y en libelo de fecha 23 de septiembre de 1933, repartido al Juzgado 5º Civil de este Circuito, Pantaleón Vargas T. demandó por la vía ordinaria a Juan Gómez B. para que se condenara a pagarle dentro de los tres días siguientes al de la ejecutoria de la sentencia definitiva, el valor de los honorarios correspondientes a los servicios prestados al demandado en las diligencias seguidas en el Juzgado 2º del Circuito de Bogotá para la ejecución de la sentencia de la Corte Suprema, de 17 de diciembre de 1931, dictada en el juicio ordinario adelantado por Margarita Prieto v. de Mendieta contra el demandado Gómez, valor que debe ser fijado pericialmente, más las costas del presente juicio.

Hace el actor en su demanda un recuento pormenorizado de la forma y términos en que prestó sus servicios profesionales al demandado en las gestiones a que se refiere su cobranza, sintetizándolos en los doce hechos fundamentales de su demanda, los cuales fueron contestados uno a uno por el demandado, aceptando que en realidad celebró con el demandante Pantaleón Vargas el contrato de mandato a que se refiere, pero afirmando y proponiendo al efecto la correspondiente excepción perentoria de pago, que a propuesta del propio actor se convino en que el abogado Vargas T. adelantaría las gestiones judiciales a que se alude en la demanda, lo mismo que un juicio sobre aguas contra Raúl Jimeno y otro de menor entidad contra un señor Landinez y que en pago de tales gestiones el demandante ocuparía, sin pagar arrendamiento pero apreciada su renta en \$ 40 mensuales, una casa de propiedad de Gómez, situada en la carrera 11 de esta ciudad, marcada con el número 2-46, casa que en

realidad ocupó desde el primero de octubre de 1932 hasta el 31 de diciembre de 1933, o sea, durante quince meses. Desocupada la casa por haberla vendido su dueño, se convino en que Juan Gómez seguiría pagando la suma de \$ 40 en que se había estimado la renta del arrendamiento imputable al pago de servicios, cantidad ésta que efectivamente pagó al demandante a partir del 1º de enero de 1934 hasta el mes de marzo de 1938, esto es, durante 51 meses. Fuera de estas sumas, añade el demandado que una vez terminadas las gestiones judiciales en referencia, aumentó voluntariamente el honorario convenido, dándole al actor, el 21 de diciembre de 1937, la suma de \$ 250, todo lo cual monta, como cantidad pagada e imputable al valor de los servicios que se cobran, \$ 2.890.

Oportunamente el demandado contrademandó a Pantaleón Vargas T. para que se declarara que está obligado a pagarle las siguientes sumas de dinero: \$ 520, que le debe de conformidad con el documento privado de fecha 12 de junio de 1926, con sus correspondientes intereses a la rata estipulada; \$ 640, como saldo de diversos préstamos que le hizo entre los años de 1935 a 1937, y también las costas del juicio.

Esta demanda de reconvencción, que no se puñtualiza por no tener su contenido interés ninguno en el recurso, fue contestada por Pantaleón Vargas oponiéndose a las declaraciones solicitadas, y afirmando, en relación con los hechos de la contrademanda, haber devuelto algunas sumas de las que se le cobran y no deber las restantes por haberlas recibido en pago de honorarios por servicios profesionales de abogado prestados al contrademandante.

Trabada de este modo la litis y agotados los trámites del grado, sentenció el Juzgado del Circuito el 7 de octubre de 1940, condenando a Juan Gómez B. a pagar a Pantaleón Vargas T., por valor de los servicios profesionales a que se refiere la demanda, la remuneración usual, fijada de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial, descontando de su monto así fijado la cantidad de \$ 2.890, pagados ya por Juan Gómez en caso de que la fijación ascendiere de esa suma, o devolviéndole la diferencia si la cuantía que se fije no alcanzare a ella.

Se condenó también a Pantaleón Vargas a pagar a Enero Gómez, tres días después de ejecutoriada la sentencia, la suma de \$ 590 con sus intereses. No se hizo condenación en costas.

Sentencia acusada.

El recurso de apelación que ambas partes interpusieron contra la sentencia del Juzgado elevó el conocimiento del negocio al Tribunal Superior de Bogotá, el cual, agotado el procedimiento legal, lo decidió definitivamente en segunda instancia el 13 de julio de 1942, reformando la sentencia de primer grado, así:

"1º Se condena al doctor Enero Gómez B. a pagar al doctor Pantaleón Vargas T., la suma líquida de \$ 1.110 moneda corriente, como saldo del valor de los honorarios correspondientes a los servicios prestados al demandado Gómez B. en el juicio y tramitación que refiere el primer punto petitorio de la demanda principal y como prestados por el demandante Vargas T. La suma a que se condena, es la diferencia entre lo que en el juicio se comprobó como recibido por el demandante de manos del demandado y con imputación al juicio cuyos honorarios se cobran, \$ 2.890, y la que por medio de peritos se determinó en esta segunda instancia como valor total de tales honorarios en el juicio que ahora los reclama, \$ 4.000."

En los siguientes numerales de la parte resolutive de la sentencia, referentes a la demanda de mutua petición, se condena a Pantaleón Vargas T. a pagar a Enero Gómez B. las cantidades de \$ 520 y \$ 315 moneda corriente con sus intereses correspondientes; se declaran improbadas las excepciones propuestas por el contrademandado y se advierte que no se hace condena en costas.

La motivación de la sentencia, en la parte relacionada con la demanda principal, que es la única que interesa en el recurso, se hace consistir, en resumen, en que está plenamente demostrado en el proceso que entre actor y demandado se celebró el contrato de mandato a que se refiere la demanda para las gestiones judiciales allí determinadas, las cuales fueron cumplidas con éxito satisfactorio por el abogado Pantaleón Vargas, como lo confiesa el demandado al contestar el libelo. Que no habiéndose estipulado por los contratantes remuneración determinada por los servicios profesionales, ha de entenderse, de acuerdo con la ley, que el mandatario tiene derecho a cobrar la remuneración usual, fijada por el Tribunal en la suma de \$ 4.000 con base en el avalúo uniforme que se hizo en la segunda instancia del juicio por los peritos nombrados al efecto en dictamen no objetado en ninguna forma por las partes y que se

estimó por el sentenciador como debidamente fundado y explicado.

Estudia en seguida el Tribunal la excepción perentoria de pago propuesta por el demandado en la contestación de la demanda, cuando confesó que efectivamente el demandante fue su apoderado judicial en las diligencias referidas, pero que la remuneración que por tales servicios y otras dos gestiones le correspondía, se la pagó con el arrendamiento de una casa de su propiedad y en dinero, en la forma ya expresada, por cuantía de \$ 2.890. "De manera que —dice Gómez—, en total le pagué por honorarios en los asuntos mencionados la suma de \$ 2.890 moneda corriente." Estima el Tribunal, en presencia de esta confesión del demandado Enero Gómez, en que confiesa la existencia de la obligación pero agregando la circunstancia o modificación de su pago, que ella constituye un todo indivisible, de modo que el actor no puede separar el hecho de la obligación para tenerlo como demostrado, de la circunstancia de su pago para dejar la prueba de éste a cargo del demandado confesante. Agrega el sentenciador que para que el demandante Vargas pudiera aprovecharse de la confesión de su demandado habría sido necesario que destruyera probatoriamente la circunstancia desvirtuante añadida por éste, pero que lejos de obtener este resultado más bien ha aceptado la verdad de que recibió la preindicada suma, en la cuantía y forma indicadas por el demandado Gómez, según las posiciones que el actor absolvió ante el Juzgado del Circuito aunque en ellas agregó una modificación que los dos juzgadores de instancia estimaron insignificante por demasiado trivial e inconcebible, según las propias palabras de la sentencia.

De este análisis probatorio concluye el Tribunal que está fehacientemente probado el pago de los \$ 2.890 y que en esa cuantía está extinguida la obligación del demandado de pagarle al actor, por concepto de honorarios, la cantidad de \$ 4.000, y añade, como consideración final, que en nada altera la legalidad de esta solución la circunstancia de haber confesado el demandado la existencia de su obligación en razón de tres mandatos judiciales, incluyendo el de que aquí se trata, porque de acuerdo con el artículo 1654 del Código Civil el deudor es libre de imputar el pago a la deuda que elija.

El recurso.

Contra la sentencia definitiva de segunda instancia, en la forma y oportunidad legales, interpuso el demandante Pantaleón Vargas el recurso de casación que hoy se decide por estar legalmente tramitado y que se refiere exclusivamente, según los términos de la demanda, a la declaración contenida en el numeral 1º de la parte

resolutiva de la sentencia acusada, que antes se transcribió textualmente.

En los dos primeros motivos legales de casación (artículo 520 del Código Judicial) se apoya el recurso interpuesto.

Respecto del cargo por violación de ley sustantiva, señala el recurrente como quebrantados por el Tribunal, por aplicación indebida y como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba de confesión, los artículos 1626, 1627, 1757 y 1769 del Código Civil, y afirma que el sentenciador incurrió en tales violaciones al afirmar que el demandado confesó su obligación con la modificación de pago parcial al contestar el hecho 5º de la demanda cuando fue en el hecho 5º de los fundamentales de su excepción de pago; al apreciar como indivisible la confesión del demandado cuando en realidad no es confesión sino en cuanto acepta la verdad de que el actor le prestó sus servicios profesionales, que es lo que lo perjudica, pero en manera alguna en cuanto dice haber pagado tales servicios, porque este hecho, distinto del confesado y sin íntima relación con él, constituye una excepción cuya prueba corre a cargo de quien la propuso; al estimar erróneamente como confesión las declaraciones hechas por el recurrente al contestar las posiciones que se le pidieron, negándole significación e importancia a la modificación que añadió en sus respuestas; y al afirmar, finalmente, que el demandado probó su excepción de pago con su propia confesión.

Afirma también el recurrente que el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 1654 del Código Civil al imputar totalmente el pago de los \$ 2.890 a la obligación demandada en este juicio, "pues el deudor no puede, sin el consentimiento del acreedor, hacer la imputación cuando hay varias deudas ya devengadas".

Se consideran los cargos:

Sea lo primero desechar la acusación que quiere fundarse, para pretender demostrar un error de hecho en la apreciación probatoria de la confesión, en la circunstancia insignificante de que tal prueba no se produjo con la contestación dada por el demandado al hecho fundamental de la demanda a que alude el Tribunal sino en otro pasaje de ese libelo. Carece de toda importancia este error de cita en la sentencia. Lo que se necesita establecer es si realmente se ha producido en el juicio la confesión modificada y explicada del demandado *Januario Gómez* que aparece calificada por el Tribunal en la sentencia acusada, y en verdad ahí está en la contestación que dio a la demanda (folio 5 y vuelto del cuaderno número 1), en la cual se lee lo siguiente, que conviene transcribir para poner a la vista el acierto

con que fue analizada y apreciada por el sentenciador:

"El doctor Vargas T. fue efectivamente mi apoderado judicial en las diligencias que se adelantaron ante el Juzgado 2º de, este mismo Circuito sobre ejecución de la sentencia dictada en el juicio ordinario que allí mismo siguió la señora *Margarita Prieto de Mendieta* contra mí y otros. Pero desde que le conferí poder en ese asunto se hizo un arreglo entre él y yo, arreglo que fue propuesto por el mismo doctor Vargas T., en la siguiente forma: yo era dueño de la casa situada en la carrera once de esta ciudad, marcada hoy con el número dos cuarenta y seis (2-46), por compra que de ella hice al señor *Jesús Hernández*; y para pagar al doctor Vargas T. el valor de sus honorarios como mi abogado en las diligencias a que me he referido y, además, en otros dos asuntos de menor entidad, que eran uno sobre aguas, que adelantó contra el señor *Indalecio Landínez* y otro de Policía, que se siguió contra el señor *Raúl Jimeno*, y que se perdió, se convino, por propuesta del doctor Vargas, como ya lo observé, en que él ocuparía con su familia mi casa citada sin pagar arrendamiento durante todo el tiempo en que él me prestara sus servicios profesionales, lo que, en realidad, equivalía a pagarle un sueldo mensual. Debo observar si que fuera de los asuntos indicados, cualesquiera otros servicios que me prestara el doctor Vargas le fueron pagados por separado.

"Por efecto de tal arreglo el demandante ocupó mi casa citada durante el lapso comprendido entre el día primero de octubre de mil novecientos treinta y dos y el día treinta y uno de diciembre de mil novecientos treinta y tres, o sea, durante quince meses. Y como en la fecha últimamente citada hubo de desocuparla por haberla vendido, se convino en que de ahí en adelante seguiría yo pagando al doctor Vargas la suma de cuarenta pesos (\$ 40) mensuales, cantidad en que se estimó, de común acuerdo, el valor del arrendamiento de la casa mencionada; cantidad que le pagué mensualmente desde el mes de enero de mil novecientos treinta y cuatro hasta el mes de marzo de mil novecientos treinta y ocho, de suerte que, en esta forma le pagué la suma total de dos mil cuarenta pesos (\$ 2.040) moneda corriente. Así, pues, estimando como se estimó por el doctor Vargas y por mí en cuarenta pesos mensuales el valor del arrendamiento de la casa de mi propiedad que el doctor Vargas ocupó con su familia sin pagar arrendamiento, se tiene la cantidad total de dos mil seiscientos cuarenta pesos recibidos por él como honorarios de acuerdo con nuestro contrato verbal, fuera de otra cantidad que le di y de que haré mención adelante."

A esta última cantidad, sobre cuyo pago y recibo no hay cuestión, se refirió el demandado en el 5º de los hechos que expresó para fundar su excepción de pago y el cual, después de repetir lo transcrito, dijo:

“Además de lo anterior, y una vez que fue fallado por el Tribunal Superior el incidente sobre retracto de que se habla en la demanda, quise aumentarle el honorario convenido con la suma de doscientos cincuenta pesos, cantidad que le di el 21 de diciembre de 1937. De manera que, en total, le pagué por honorarios en los asuntos mencionados la suma de dos mil ochocientos noventa pesos moneda corriente.”

Los preinsertos pasajes hacen ver claramente la falta de fundamento con que se ataca la calificación de indivisible que el Tribunal hizo de esta confesión provocada del demandado Gómez para concluir que el actor no podía aprovecharla como prueba del mandato originario de la obligación que cobra rechazando a la vez la circunstancia neutralizadora del pago. Esta apreciación del fallo armoniza con la doctrina legal del artículo 609 del Código Judicial, que establece como principio y atributo jurídico de la confesión su indivisibilidad. “La confesión —dice— se admite tal como se hace, con sus modificaciones, variaciones y explicaciones concernientes al mismo hecho; pero si el confesante agrega hechos distintos y separados que no tengan íntima relación con el primero, constituyen verdaderas excepciones que tiene obligación de probar.” La confesión de que se trata en este caso está dentro de los límites legales de la indivisibilidad, puesto que en ella no está admitido, como lo pretende el recurrente, el hecho originario de la obligación adicionado con otro hecho diverso y heterogéneo y desconectado del primero (confesión compuesta), sino que en ella se admite la fuente de la obligación pero añadiendo que se extinguió por su pago, tipo, ejemplo de confesión compleja, en que aparecen ligados inseparablemente los hechos constitutivos de la acción del demandante y de la excepción del demandado, como consecuencia de su conexión real y personal como que tienen origen común de existencia y fundamento en hechos procedentes de las mismas personas.

Ningún error, por lo antedicho, puede hallarse en la estimación integral de la preindicada prueba confesional del demandado, en la cual es evidentemente inseparable del hecho central el que destruye o por lo menos restringe la intención de quien la alega como prueba.

Es esta unidad jurídica de la confesión del demandado el soporte probatorio principal de la sentencia acusada. Considero el Tribunal, como quedó visto, que habiendo el demandado Gómez confesado la existencia de la obligación con

la modificación de su pago, no podía el demandante Vargas como lo pretende, aprovecharse de esta prueba para los efectos que le convienen sin “probar la discordancia o disconformidad de la circunstancia o modificación de pago agregada”, cosa que no resulta en manera alguna establecida con las probanzas del proceso. “Por tanto —dice la sentencia—, sobre el particular está por demás todo análisis de prueba aducida por el demandado Gómez B.”

Avanza, sin embargo, el Tribunal en el análisis de las posiciones absueltas por el demandante en el juicio, para deducir, advirtiendo una vez más que la prueba de esto corre a cargo del actor, si está acreditado el pago y concluye que lo afirmado por Gómez en la contestación a la demanda resulta aceptado por el demandante Vargas, quien admite la verdad de los pagos hechos, en la forma que se le pregunta, aunque señalando una imputación diferente, circunstancia ésta que de acuerdo con el Juez del primer grado y considerando las modalidades especiales del caso, fue tenida como indigna de fe “porque ella es demasiado trivial, no es concebible”. En tales posiciones el demandado preguntó al actor, si es cierto que ocupó como arrendatario la casa del peticionario durante el tiempo corrido del 1º de octubre de 1932 al 31 de diciembre de 1933, sin pagarle nada por renta de arrendamiento debido a que el absolvente era apoderado del preguntante en las diligencias judiciales sobre ejecución de la sentencia en el juicio de Margarita Prieto de Mendieta contra Juan Gómez y otros, y si es cierto que habiendo desocupado la casa conviniere en que el valor del arrendamiento era de \$ 40 mensuales, suma que el absolvente recibió de manos del peticionario hasta el mes de marzo de 1938, como pago de los indicados servicios.

A las anteriores preguntas contestó el demandante Vargas, en lo pertinente:

“Es cierto que yo ocupé esa casa en el tiempo que dice la pregunta pero no como arrendatario del señor Gómez sino que el señor Gómez me pagaba con el uso de la casa la ida mía al molino, una hora diaria, a conversar con él y resolverle las consultas que me hiciera con relación al negocio, consultas de carácter legal.” “No es cierto; lo que ocurrió fue lo siguiente: que el peticionario me dijo: ‘Varguitas: ¿cuánto cree usted que valga el arrendamiento de esta casa?’ A lo cual le contesté yo, pensando que a él le parecía mucho estarme pagando las bajadas al molino, como ya lo dije, con la ocupación de la casa por mí, le dije que podría valer unos \$ 40, pues, a pesar de que la casa era buena el sitio la hacía desmerecer. Entonces él se rió y me dijo: ‘Bueno, Varguitas: es que la tengo ven-

“dida y en cambio le pago a usted los cuarenta pesos mensuales.”

El recurrente ataca la estimación que el Tribunal hizo de esta prueba, alegando que incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de las preinsertas respuestas a las posiciones “al darles la fuerza de confesión de conformidad con los artículos 604 y 609 del Código Judicial, error que lo llevó a violar los artículos 1626 y 1627 del Código Civil, por aplicación indebida.”

Dejando advertido que no se ve cómo podría llegarse a la conclusión de quebranto por aplicación indebida de los citados artículos del Código Civil, el primero, contentivo a la definición de pago efectivo, y el segundo que dispone que el pago ha de hacerse bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación, considera la Sala que el sentenciador no erró de hecho ni de derecho en la evaluación del mérito probatorio de la confesión del demandante, porque al analizar su credibilidad en la forma en que lo hizo se movió dentro de la órbita legal que le corresponde para justipreciar el valor demostrativo de las pruebas aducidas en juicio. Propiamente no se plantea en la sentencia la cuestión de divisibilidad de la confesión en el sentido restricto de ser la modificación agregada inseparable o nó del hecho central por su mayor o menor conexidad con él, sino que, haciendo uso del relativo arbitrio legal que a los Jueces compete en la apreciación del valor de todas las pruebas, estimó que la circunstancia añadida carecía de verosimilitud y seriedad a la luz de las circunstancias especiales del proceso, y calificándola de trivial e inconcebible la desestimó, para atenerse pura y simplemente al recibo de las sumas representadas en el goce de la casa y en dinero en los lapsos indicados. La adición expresada en las respuestas, copiada atrás, se reduce en realidad a señalar una imputación distinta al pago afirmado por el interrogante, pero vinculándola a un negocio que está dentro de la naturaleza de la controversia y que por su modalidad de poca verosimilitud parece exclusivamente destinado a condicionar y restringir los efectos probatorios de la confesión alterándole su calidad de simple. Así parece desprenderse de ciertos hechos establecidos en autos, tal como el de haber gestionado el demandante Vargas al demandado diversos negocios judiciales, que no determina pero a cuya cuenta de honorarios dice haber recibido varias partidas de dinero para cuyo pago lo contrademandó Gómez. Ningún elemento probatorio de autos abona la credibilidad sobre remuneración de \$ 40 por una hora diaria, durante 51 meses, destinada a charlar y resolver consultas legales sobre molinería.

a que alude el actor en sus respuestas, y por el contrario, todo el acervo de pruebas conduce a afirmar que las diversas gestiones y negocios de carácter legal que el demandado encomendó al abogado Vargas dieron origen al pago de honorarios especiales, lo cual, lógicamente, le resta verosimilitud a la explicación a que se ha hecho referencia. “La simple enunciación de la circunstancia indicada —escribe el demandado en su alegato de bien probado de primera instancia— manifiesta que no se trata de nada serio. Es absurdo pensar que yo pagara un sueldo mensual por el solo placer de conversar con el doctor Vargas todos los días, ya que una modesta empresa molinera jamás requiere conocimientos de abogado para su funcionamiento, y que si ocurre alguna cuestión de orden legal ello será algo extraordinario y ocasional. ¿Y cómo se concibe que, manejándome el doctor Vargas varios asuntos judiciales, entre ellos el de que aquí se trata y que tiene, según el propio doctor, tanta importancia, le estuviera yo pagando un sueldo mensual y en cambio nada le pagara por cuenta de este negocio?”

Dice el demandante Vargas en su contestación a algunos de los hechos de la demanda de reconvencción; refiriéndose a cantidades que el demandado Gómez le cobra:

Al cuarto: “Es cierto que en dinero no le he pagado dinero alguno a cuenta del documento que se firmó al demandante; pero en trabajos profesionales le he pagado más de esa suma, pues unos no los cobré en vista de que era su deudor como fiador, y otros se los trabajé a precios muy bajos por la misma causa. De ahí que el doctor Gómez B. me hiciera remisión de la deuda y nunca me la cobrara, no obstante el tiempo que hacía que estaba vencida.” Al noveno: “Es cierto que recibí esa cantidad, pero no como prestados sino a cuenta de honorarios que no hemos arreglado.” Y añade: “El doctor Juanario Gómez B., seguramente en vista de que en muchos asuntos no me pagó los honorarios que eran justos, y en otros aún no me ha pagado honorarios, me dijo en el año pasado, estando en la bodega alta del Molino El Cóndor, lo siguiente: ‘Varguitas: el documento aquel que firmó con la viuda de Rojas ya no le vale nada.’ Yo le di las gracias, pero pensando que quedaba debiendo un favor y a mí no me quedaba el derecho de cobrar mi trabajo.”

Todas estas circunstancias que concurren en este caso particular refuerzan la legalidad de la conclusión probatoria de la sentencia, que en doctrina puede autorizarse también con algunas citas: Lessona, por ejemplo, prohibiendo una opinión de Pascatore, dice: “...el artículo 1360

del Código Civil no quita al Juez la necesaria prerrogativa de valorar la confesión, como todo otro medio de prueba, según las exigencias de cada caso particular; pertenece al Juez pesar la credibilidad de la confesión, según su prudente arbitrio, y esta apreciación que hace, advierte la casación de Nápoles, no significa una división de la confesión." Y en desarrollo de esta idea, agrega: "La jurisprudencia, sin embargo, adolece de cierta incertidumbre. Pero esta incertidumbre no nos debe inducir a creer que la teoría expuesta se rechace y que en la práctica falte un criterio directivo. Nosotros no sólo nos explicamos estas vacilaciones, sino que, bajo cierto aspecto, las justificamos. Muchas veces se introducen excepciones al principio de la indivisibilidad, no por consideraciones de teoría jurídica, sino por razones de moralidad práctica. El confesante con sus adiciones está en la órbita del derecho controvertido, pero su comportamiento, la índole de cosas que aseguran, hace que el Juez tenga por muy probable que no sean verdaderas, sino más bien cómodas protestas. En estos casos, en vez de ir contra las adiciones por las presunciones indicadas, el Juez, a veces, divide la confesión." (*Teoría General de la Prueba*. Lessona).

Planteadas de esta suerte la cuestión, claramente se ve ya que el cargo que se estudia carece de razón y fundamento, porque no es posible deducir el pretendido error de derecho, ya que, según se ha visto, la estimación que el Tribunal hizo sobre la divisibilidad de la confesión del demandante Vargas encaja dentro de la facultad que la ley ha dejado a los Jueces para analizar esta prueba y deducir y calificar si el hecho confesado y añadido como explicación del principal es o no separable de éste. Y menos puede aceptarse la comisión de error de hecho porque no resulta en manera alguna, en la forma manifiesta que exige la ley, la evidencia contraria a la que el Tribunal dedujo de esa prueba.

No menos infundado que los anteriores es el cargo de violación del artículo 1654 del Código Civil, debido a la errónea interpretación que de él hizo el Tribunal, pues el deudor no puede sin el consentimiento del acreedor, hacer la imputación cuando hay varias deudas ya devengadas, como sucede en este caso, en que el demandado Gómez ha confesado su obligación de pagar honorarios al actor en razón no solamente del

mandato a que se refiere la demanda sino de dos más.

No encuentra la Sala la desviada aplicación que de este precepto le imputa el recurrente al Tribunal, porque en él no se establece, contra lo que afirma la demanda, que sea necesario el consentimiento del acreedor para que pueda hacerle legalmente la imputación del pago en el caso de que haya varias deudas ya devengadas. Lo que no puede hacerse sin el consentimiento del acreedor es preferir la deuda no devengada a la que lo está. Tratándose de deudas exigibles la elección del deudor es la fórmula para la imputación del pago. Y a esta regla se acomodó la sentencia.

Por lo que respecta, finalmente, a la acusación por el motivo segundo, esto es, por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, porque "tal como quedó planteada la litis con la demanda y con la contestación dada por el demandado, no aparece que lo debatido en este pleito sea la imputación de un pago"; basta advertir, para rechazar la acusación por improcedente, que la consideración motiva del fallo y relacionada con la imputación del pago es una razón accesoria y circunstancial, que no fue materia de decisión especial en la sentencia acusada, en la cual no aparece resuelto nada excesivo ni diferente de lo que ha sido la cuestión debatida y sujeta a sentenciamiento por la acción del actor y la excepción del demandado.

Por lo expuesto, no siendo más las acusaciones contenidas en el recurso, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 13 de julio de 1942, que ha sido materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

Publiquese, notifiquese, insértese en la *Gaceta Judicial*, cópiese y devuélvase al Tribunal de origen.

Fulgencio Lequerica Vélez, Daniel Anzola, Isaías Cepeda, Liborio Escallón—El Conjuez, Luis Felipe Latorre—Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION EN LO PENAL

Aplicación de la causal 2ª. de casación.

A pesar de los temores del señor Procurador Delegado, de que con el uso immoderado de la causal 2ª se desvirtúe o anule prácticamente el veredicto del Jurado, la Corte ha subrayado en sus fallos la advertencia de que la causal 2ª no tiene aplicación general sino excepcional cuando se trate de sentencias en juicios por jurado; que en relación con tal género de sentencias sólo podrá prosperar el recurso por la causal 2ª cuando el veredicto sea notoriamente injusto, y que no es posible llegar a este extremo si el veredicto tiene respaldo probatorio en el proceso. Con esta triple limitación, la aplicabilidad de la causal 2ª sobre sentencias recaídas en los juicios por Jurado no desvirtuará tal institución, pues tratándose de esta clase de procesos, la Corte, para aceptar como fundamento del recurso "la errada interpretación o apreciación de los hechos", no podrá hacer caso omiso del veredicto sino que tendrá que declararlo notoriamente injusto, cosa de excepcional ocurrencia por las razones arriba expuestas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, quince de febrero de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Eliécer Medina ha interpuesto casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, que lo condenó a seis años de presidio, como cómplice de homicidio en la persona de Pedro Agustín González, hecho ocurrido el veinte de noviembre de mil novecientos treinta y tres.

Se trata de proceso iniciado bajo la anterior legislación penal. No obstante es necesario estudiar el recurso a la luz del Código de Procedimiento que rige ahora, porque el apoderado del recurrente ante la Corte ha solicitado de modo inequívoco la aplicación de las causales 2ª y 5ª del artículo 567 de dicho Código, consi-

derándolo, probablemente, como ley más favorable al procesado.

Fueron llamados a juicio en este proceso Pedro Ignacio Medina, Romualdo Figueroa y Eliécer Medina. La causa se siguió con el primero de ellos, pues los otros dos fueron declarados reos ausentes; y finalizó con sentencia que impuso a dicho Pedro Ignacio Medina nueve años de presidio, al tenor del Código Penal de 1890, artículo 600, y calificada su delincuencia en segundo grado.

Más tarde se siguió el proceso con Eliécer Medina, hoy recurrente en casación.

Al cuestionario en que se le preguntaba si Eliécer Medina es responsable "del delito de homicidio cometido en la persona de Pedro Agustín González", contestó el Jurado: "Si, como cómplice"; el Juzgado declaró notoriamente injusto el veredicto, por estimar el Juez que Eliécer Medina fue verdadero coautor del delito; pero el Tribunal Superior, al conocer por consulta de dicho auto, lo revocó y dispuso que el Juez dictara la sentencia de fondo.

Resumida así la historia del proceso, la Corte entra a examinar los motivos de casación que alega el recurrente, o sean las causales 5ª y 2ª del artículo 567, Código de Procedimiento Penal.

Causal 5ª Dice la ley que hay lugar a casación "cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados".

Esta causal apenas la cita el recurrente, pero sin hacer hincapié en ella ni explicar cuáles sean las deficiencias de forma o expresión de que pueda adolecer el fallo recurrido.

Y es lo cierto que la sentencia del Tribunal, además de decir claramente que están demostrados los elementos materiales del delito y de citar los folios donde aparecen las correspondientes pruebas, afirma también categóricamente que está comprobada "la imputabilidad" y "la participación que Eliécer Medina tiene en la ejecución del hecho criminoso". Aún más: transcribe las declaraciones de Víctor Puentes y de Abicena Figueroa, que son los testimonios más concretos en contra de Eliécer Medina.

Resulta, pues, infundado este cargo contra la sentencia.

Causal 2ª Después de reproducir la parte petitoria del alegato de casación, en que el abogado del recurrente concreta sus tesis sobre la no existencia de una prueba válida para condenar, el señor Procurador de la Nación dice, en vista de las razones alegadas por dicho apoderado, todas las cuales versan sobre la cuestión de hecho y el análisis de las pruebas, que en el fondo lo alegado es notoria injusticia del veredicto, punto que, observa el señor Procurador Delegado, no lo plantearon las partes ante los Jueces de instancia, por lo cual resulta impropio la causal de injusticia del veredicto, contemplada por la Ley 118 de 1931, Ley coetánea al hecho y, por ende, aplicable en este proceso.

Contempla también el señor Agente del Ministerio Público el problema a la faz del actual Código de Procedimiento Penal, y a propósito de este punto reproduce los argumentos expuestos por él en ocasión anterior sobre inaplicabilidad de la causal 2ª de casación (artículo 567 del actual Código de Procedimiento Penal) respecto de sentencias emitidas en juicio por Jurados.

El pensamiento del señor Procurador Delegado podría sintetizarse así:

Con la causal 2ª de casación, dados los términos en que la enuncia el artículo 567 del nuevo Código, hay el grave riesgo de que este recurso extraordinario se trate de convertir en una especie de tercera instancia; y si tal cosa es opuesta, en general, a los principios, tratándose de los juicios por Jurado resulta inadmisibles porque desquiciaría la institución del Jurado y se llevaría de calle todo el procedimiento, porque no es posible para la Corte, sin declarar notoriamente injusto el veredicto, desecharlo total o parcialmente y "entrar de lleno a fallar sobre la responsabilidad de un acusado"; y tampoco podría ella hacer la declaración de notoria injusticia del veredicto, porque esta causal de casación ha desaparecido de la ley.

La Corte ha examinado, en ocasiones anteriores, la tesis, por cierto muy interesante, del señor Procurador Delegado.

No es posible desconocer que hallándose enunciada expresamente en las dos leyes de casación anteriores como causal de este recurso la circunstancia de fundarse la sentencia en un veredicto viciado de notoria injusticia, el haberse omitido esa causal en el nuevo Código induce a pensar que no debe considerarse hoy casable una sentencia en razón de la injusticia del veredicto.

Sin embargo, la Corte ha admitido la posibilidad de que el recurso prospere en esa hipótesis, y sobre el particular se expresó así en sen-

tencia fechada el diez y seis de febrero de mil novecientos cuarenta y dos:

"La Sala no desconoce el valor jurídico de los reparos del señor Procurador contra la disposición en referencia; mas comparada la nueva reglamentación del recurso de casación con la anterior, se observa que el pensamiento de los autores de la reforma fue ampliarlo en forma que ya serán muy pocas las sentencias de la jurisdicción penal que no sean susceptibles de intentarlo. Puede ser —y ya está ocurriendo— que los recurrentes, acogiéndose a los términos latos de la causal segunda, planteen ante la Corte el debate sobre la responsabilidad del acusado, ya concluido en las instancias, lo que sin duda pugna con los conceptos tradicionales sobre el objeto del recurso de casación. Sin embargo, esta sola consideración no autoriza a la Corte para limitar el alcance de dicha causal, excluyendo de su radio de acción las sentencias dictadas en los juicios en que interviene el Jurado. Las dificultades que a la luz de las oportunas observaciones del señor Procurador puede ofrecer la declaratoria de casación de tales fallos, por la causal segunda, será menester resolverlas, mientras la disposición subsista, aplicando racionalmente los mandatos de la misma ley de casación relativos al modo de proceder la Sala cuando el recurso prospera, esto es, conciliando las facultades propias de la Corte como tribunal de casación con las normas procedimentales que rigen los juicios por Jurado.

"Tratándose de recursos destinados a dar vida y eficacia a las garantías de justicia, siempre será más aconsejable la interpretación extensiva. Pueden presentarse casos de sentencias definitivas, absolutorias o condenatorias, fundadas en veredictos clamorosamente contrarios a la evidencia procesal. Si el presunto reo así condenado, o el representante del Ministerio Público, o ambos a la vez, recurren en casación ante la Corte, demuestran el error cometido e invocan la causal segunda, sería desconcertante para la sociedad que este supremo tribunal admitiera que porque en la nueva reglamentación del recurso no se mencionó, de modo expreso, la hipótesis de que la sentencia esté basada en un veredicto notoriamente contrario a la evidencia, el nuevo estatuto no suministra remedio alguno contra la injusta condena, habiéndose adoptado en él, como segunda causal, una fórmula que por la amplitud de su contenido bien puede abarcar el error de apreciación de los hechos 'determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes', cometido tanto por el Jurado al resolver los cuestionarios desatendiendo la verdad procesal, como por los Jueces de instancia al dictar sentencia de acuerdo con las resoluciones erróneas del Jurado".

(Casación de Ramón Antonio y Miguel Antonio Díaz García. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto. *Gaceta Judicial* número 1978, página 254).

El mismo señor Procurador Delegado —aunque temeroso de que con el uso inmoderado de la causal 2ª se desvirtúe o anule prácticamente el veredicto del Jurado—, acepta un caso en que, con base en dicha causal, pueda invalidarse una sentencia proferida en juicio en que interviene el Jurado, a saber: “cuando se discute la existencia del cuerpo del delito”.

La Corte, con el anhelo de evitar las peligrosas posibilidades que teme el señor Procurador, ha procedido cautelosamente al esbozar doctrina sobre este motivo de casación, y por eso ha subrayado en sus fallos la advertencia de que la causal 2ª no tiene aplicación general sino excepcional cuando se trate de sentencias en juicios por Jurado; que en relación con tal género de sentencias sólo podrá prosperar el recurso por la causal 2ª cuando el veredicto sea notoriamente injusto; y que no es posible llegar a este extremo si el veredicto tiene respaldo probatorio en el proceso.

Con esta triple limitación, la aplicabilidad de la causal 2ª sobre sentencias recaídas en los juicios por Jurado no desvirtuará tal institución, pues tratándose de esta clase de procesos, la Corte, para aceptar como fundamento del recurso “la errada interpretación o apreciación de los hechos”, no podrá hacer caso omiso del veredicto sino que tendrá que declararlo notoriamente injusto, cosa de excepcional ocurrencia por las razones arriba expuestas.

Partiendo, pues, del precedente aceptado por la Corte en el sentido de que la injusticia notoria del veredicto es una de las hipótesis implícitamente previstas en los términos latos de la causal 2ª, no sería deseable el presente recurso por el motivo que con carácter de generalidad sugiere el señor Procurador.

No prospera, sin embargo, la casación en el proceso de que ahora se trata, porque no se ve la notoria injusticia del veredicto alegada por el recurrente.

Como se dijo al principio del presente fallo, el Juez de primera instancia calificó injusto el veredicto por cuanto éste declaró simplemente cómplice al procesado Eliécer Medina, y en sentir del Juez le corresponde la calificación de autor principal.

Medina ataca ahora el veredicto de notoriamente injusto, situándose en el extremo opuesto, esto es, por no ser responsable en absoluto de los hechos que se le imputan.

La cuestión probatoria aparece muy bien enfocada en los pasajes del concepto emitido por

el Fiscal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, que dicen lo siguiente:

“La responsabilidad de Eliécer Medina como autor material del reato surge de las declaraciones de Víctor Fuentes y Abicena Figueroa, principalmente, quienes en los próximos días a la perpetración del delito señalaron de manera inequívoca a Romualdo Figueroa, Eliécer y Pedro Ignacio Medina como los autores de las heridas que acabaron con la existencia del joven Pedro Ignacio González.

“Enfrente de esta situación jurídica se levanta la coartada fundada en las declaraciones de Julio Hernández, Rogelio Gayón, Jorge Martínez, Isaias León, Pioquinto Moreno y Zoilo Botía, quienes afirman la inocencia de Eliécer Medina. El conocimiento que el suscrito tiene de muchos de los procesos judiciales que se han adelantado con motivo de homicidio en la región de Boavita, La Uvita, Guacamayas, Covarachía, Panqueba y El Espino, en que algunos de estos mismos testigos se presentan a comprobar la coartada de los responsables cuando están por medio los intereses banderizos de partido, lo llevan a considerar que estos testimonios no corresponden a la verdad.

“Sin embargo sus afirmaciones lograron plantear la duda dentro del criterio pulcro y limpio del señor representante de la sociedad; de ahí que su petición al Jurado para que contestara el veredicto en forma afirmativa llevara un tono de timidez que no corresponde a sus actuaciones ordinarias.

“Lo cierto es que dentro del proceso existen dos clases de pruebas que conducen a conclusiones diferentes.

“La ley permite el declarar notoriamente injusto el veredicto cuando sea contrario a la evidencia. Ahora bien, si existió duda para el señor Fiscal al plantear el acta de acusación, es porque dentro del proceso no existen suficientes medios de convicción para presentar como evidente una determinada versión”.

La Corte repite que no puede ella considerar notoriamente injusto el veredicto si tiene respaldo probatorio en las pruebas del proceso; y la mera conjetura sobre posible equivocación en el veredicto no bastaría para declararlo injusto ni, menos, notoriamente injusto.

“Las decisiones de los Jueces de conciencia —ha dicho la Corte— no pueden reputarse injustas sino cuando aparezca palmariamente que ellas pecan contra la realidad procesal. En los juicios por Jurado bástale al juzgador de derecho examinar en la sentencia si el veredicto tiene o no respaldo en pruebas del proceso. No está obligado a establecer, además, que de acuerdo con los principios legales sobre la plenitud de las pruebas, los autos suministran la demos-

tración plena y completa de la responsabilidad del acusado. La convicción moral, que es lo que la ley exige de los Jurados, no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal". (Véanse los fallos publicados en los siguientes números de la *Gaceta Judicial*: número 1978, páginas 237 y 256; número 1979, página 463; números 1984 y 1985, página 416).

Tampoco resulta, pues, fundada en la causal 2ª la acusación contra la sentencia del Tribunal.

A mérito de todo lo que se ha explicado, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el parecer del señor Procurador de la Nación y

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO INVALIDA** la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, fechada el siete de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, que impuso a Eliécer Medina la pena principal de seis años de presidio como responsable de la muerte de Pedro Agustín González.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre, Manuel Caicedo Arroyo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Nulidad sustancial del procedimiento penal por aplicación de leyes posteriores al delito.

Según principios generales que en Colombia están aceptados y promulgados por los artículos 22 de la Constitución, 43 a 45 de la Ley 153 de 1887, 1º y 3º del Código Penal y 5º del Código de Procedimiento, constituye nulidad sustancial en el procedimiento penal el hecho de llamar a juicio a un sindicado y seguirle causa con aplicación de leyes posteriores al delito y a la iniciación del proceso. Los mandatos de la Constitución no pueden ser normas muertas o ineficaces de los derechos fundamentales de la persona humana —dijo la Corte en ocasión anterior— y agregó: Por algo ha establecido el legislador que en los procesos penales será motivo de casación la ocurrencia de una nulidad “sustancial” en el procedimiento. Y si hay un vicio de nulidad que pueda llamarse “sustancial”, esto es, que afecte la sustancia misma del procedimiento, es el haberse tramitado éste de acuerdo con una ley que, por mandato constitucional, no podía aplicarse por no ser preexistente al delito.

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

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

El defensor de Tobias Silva interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, que condenó al procesado a la pena principal de ocho años de presidio como responsable de la muerte de José Rafael Castro.

No fundó su recurso el interesado dentro del plazo, y en esas condiciones habría tenido la Sala que declararlo desierto; pero el señor Procurador de la Nación lo fundó, cosa que podía hacer en virtud de la facultad atribuida a dicho funcionario por el artículo 6º de la Ley 118 de 1931, Ley aplicable en este asunto, puesto que el hecho inculminado ocurrió el doce de junio de mil novecientos treinta y ocho y el proceso se inició al siguiente día, es decir, antes de entrar en vigencia los nuevos Códigos Penal y de Procedimiento.

El señor Procurador Delegado invoca la causal 2ª de la Ley 118 de 1931, o sea, “haberse

dictado la sentencia sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley”; y el motivo de nulidad que invoca es el de haberse incurrido en error relativo a la denominación genérica del delito (ordinal 7º del artículo 264, Ley 57 de 1887).

Conviene advertir que con posterioridad a la vista del señor Procurador, el procesado elevó a la Corte un memorial en que solicita la infirmación del fallo por las causales 1ª y 4ª del artículo 567, Código de Procedimiento Penal, y plantea inequívocamente la cuestión de nulidad de lo actuado por razón idéntica a las que alegó la Procuraduría. La misma solicitud de anulación había hecho el señor defensor al Tribunal de Popayán antes de proferir su sentencia.

Dice el señor Procurador:

“.....ocurre que el Juzgado 1º Superior de Popayán, en su auto de proceder, consideró que el delito cometido por el acusado era el previsto por el artículo 363 del nuevo Código Penal, que no estaba vigente en la época de la infracción, y concluyó llamando a responder en juicio a Silva Navia ‘por el delito genérico de homicidio que define y sanciona el Capítulo I, Título XV, Libro II’ de ese Código.

“La causa se adelantó siguiendo los trámites del nuevo Código de Procedimiento Penal.

“Y viene otro desacierto del Juzgado y el Tribunal: que en la sentencia aplicaron el Código Penal de 1890, reputando el delito como homicidio simplemente voluntario, a pesar de que el auto de proceder y el veredicto del Jurado lo calificaron como asesinato.

“Semejante procedimiento es por demás inaceptable y censurable; desde luego que pone a la sentencia en desacuerdo con el enjuiciamiento y con las resoluciones de los Jueces de conciencia.

“Para corregir ese manifiesto error, no queda otro camino que invalidar lo actuado por medio de la nulidad.”

La Corte, para resolver, considera:

1º El hecho inculminado ocurrió, como ya se dijo, el once de junio de mil novecientos treinta y ocho, es decir, diez y ocho días antes de empezar la vigencia de los Códigos Penal y de Procedimiento que actualmente rigen;

2º De acuerdo con los principios generales, que en Colombia están aceptados y promulgados por los artículos 22 de la Constitución, 43 a 45, Ley 153 de 1887, 1º y 3º del Código Penal y 5º del Código de Procedimiento, Tobías Silva tenía derecho a ser juzgado conforme a las leyes pre-existentes al acto que se le ha imputado;

3º El juicio se abrió por el delito de homicidio "que define y sanciona el Capítulo I, Título XV, Libro II del Código Penal vigente", a pesar de que el hecho incriminado ocurrió en fecha anterior a la vigencia de ese Código; y al dictar sentencia se aplicó el Código de 1890, que aun cuando era la ley coetánea al hecho, no fue la invocada en el auto de proceder;

4º El reo podía exigir la aplicación de los nuevos Códigos si resultaban ser ley permisiva o favorable para él; pero los juzgadores no podían aplicar las leyes nuevas a este proceso antiguo sin petición expresa del reo o sin mediar un motivo de clara favorabilidad;

5º Se llamó a juicio al procesado por el delito de homicidio al tenor del nuevo Código Penal y el reo ha formulado reclamo contra ese procedimiento porque estima que tal ley aumentó considerablemente las sanciones señaladas por el anterior Código para el delito de homicidio;

6º También reclama el recurrente por el hecho de haberse tramitado el juicio conforme al actual Código de Procedimiento y no el vigente cuando se inició el sumario, pues dice que al haber planteado en la audiencia pública la cuestión de haber ocurrido el homicidio en el acto mismo de recibir ofensas graves o momentos después, esto le "hubiera favorecido notablemente";

7º Resulta así un manifiesto error en el enjuiciamiento, pues ha debido formularse el cargo a la faz del Código Penal de 1890, sin perjuicio de aplicar en la sentencia el nuevo Código si comparado con el otro resultaba más favorable al reo, y

8º Hubo, en todo caso, grave motivo de desconcierto para la defensa, pues se llamó a juicio y se siguió la causa con aplicación de leyes posteriores al delito y a la iniciación del proceso, y se interrogó al Jurado, al tenor de dichas leyes, circunstancia que el reo considera —acertada o erróneamente— como perjudicial para él.

La actuación y sus consecuencias jurídicas que se dejan enunciadas demuestran que el proceso contra Tobías Silva por homicidio, el cual terminó con la sentencia que se halla ahora recurrida en casación ante la Corte, es un proceso seguido no sólo contra las disposiciones legales

sino también fuera de las reglas generales de procedimiento y aún más: contra lo preceptuado por la Constitución.

Los mandatos de ésta no pueden ser normas muertas o ineficaces de los derechos fundamentales de la persona humana —dijo la Corte en ocasión anterior— y agregó: Por algo ha establecido el legislador que en los procesos penales será motivo de casación la ocurrencia de una nulidad "sustancial" en el procedimiento. Y si hay un vicio de nulidad que pueda llamarse "sustancial", esto es, que afecte la sustancia misma del procedimiento, es el haberse seguido éste según ley que por mandato constitucional no podía aplicarse.

Violadas las garantías, desde el enjuiciamiento; desacorde la sentencia con éste; tramitado el juicio ante el Jurado de conformidad con los nuevos Códigos, cuya vigencia principió en época posterior al delito y a la iniciación del proceso, la sentencia dictada en un juicio, que adolece de tales irregularidades resulta ser un fallo proferido sin las garantías que establece la Constitución Nacional.

Todo esto indica que el procedimiento debe reponerse mediante la infirmación del fallo recurrido.

La Corte no ha examinado siquiera el hecho sometido a juzgamiento; y claro está que, por lo mismo, ella no sugiere ni se ha formado concepto sobre el grado de responsabilidad de Tobías Silva. La materia de esta casación es únicamente lo relativo a los principios sobre aplicación de la Ley Penal y Procedimental vigentes al tiempo de la infracción.

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, resuelve INVALIDAR la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, fechada el veintitrés de julio de mil novecientos cuarenta y uno, que condenó a Tobías Silva Navia a la pena principal de ocho años de presidio; declarar nulo el proceso a partir del auto de enjuiciamiento inclusive, y ordenar la reposición de lo actuado desde este auto.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre, Manuel Caicedo Arroyo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Error en la aplicación de la Ley Penal por agravación o aumento de la pena en caso de delito de robo.

El artículo 402 del Código Penal contempla el caso del que se apodera de una cosa mueble valiéndose para ello de amenazas o mediante violencia a las personas o a las cosas. Podría decirse que esta es la sanción base o general para el robo. De ahí que el artículo siguiente —403— haga extensivos a este delito los motivos de agravación y atenuación de la pena fijados para el hurto por los artículos 398, 399 y 400, así como el correspondiente aumento o disminución de pena que se harán, dice la ley “en las mismas proporciones indicadas” en los artículos que se acaban de citar. Y el artículo 404 del Código señala pena de tres a catorce años de presidio (es decir la mayor de las sanciones imponibles por estos delitos) para cuatro casos que el mismo enuncia.

En el de que trata este proceso encuentra la Corte error en la aplicación de la Ley Penal por haber agravado o aumentado la pena con invocación de los artículos 403 y 398, numeral 4º, porque el artículo 403 establece la agravación o atenuación de la pena indicada por los artículos 398, 399 y 400, pero en caso de que la sanción principal por el robo sea la que determina el artículo 402. Si la sanción base debe ser la del artículo 404, con éste no rezan los motivos de agravación del hurto, pues la disposición últimamente citada propone cuatro circunstancias modificadoras del robo, cualquiera de las cuales bastará para que se imponga la sanción del artículo 404. Y entonces resulta excesivo aplicar la pena que establece la sanción más alta entre las distintas categorías de robo y luego computar además como agravante una circunstancia que sólo podría tenerse en cuenta si se clasificara el hecho en esa otra categoría prevista por disposición legal que señala una sanción base mucho menor. El cómputo que hace el fallo recurrido viene equivaliendo, en el fondo, a considerar como agravante del hecho una circunstancia que vista por otro aspecto es elemento constitutivo del delito según la correspondiente disposición penal o por lo menos una circunstancia modificadora; y no es jurídico acumular esas agravaciones de pena.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, diez y siete de marzo de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Vistos:

A Pablo Morales impuso el Juez 2º del Circuito Penal de Tunja once meses de presidio, y el respectivo Tribunal Superior elevó la pena a seis años de presidio.

El motivo de la condena es el delito de robo en cuantía de treinta y dos pesos setenta centavos (§ 32.70).

Contra el fallo del Tribunal interpuso Morales casación, y el señor Procurador Delegado en lo Penal considera que debe declararse desierto el recurso por cuanto el reo no citó en su escrito a la Corte ninguna causal, ni penetró en el análisis de la prueba, ni ensayó demostrar la indebida aplicación de la ley por parte del Tribunal.

Para resolver, considera la Corte:

Verdad es que en el escrito enviado por Pablo Morales no se indica por su número ninguna de las causales de casación; pero es también cierto que las alegaciones del recurrente se encaminan concretamente a la tesis de que la pena impuesta no es la que le corresponde según la ley porque él no es reincidente, ni acreedor al máximo de la sanción, y porque no debían computarse las agravantes de que trata el artículo 403 del Código Penal en relación con el 398 *ibidem*.

En efecto dice, entre otras cosas, el memorial de Morales:

“Es aquí donde quiero demostrarle a Su Señoría que la sentencia de segunda instancia adolece de equivocación o de parcialidad, porque el señor Magistrado del Tribunal no quiso tener en cuenta de las razones del señor Juez, ni las que al respecto emitió el señor Fiscal del mismo Tribunal, el primero teniendo en cuenta mis antecedentes, en los que no aparece que yo soy reincidente, y dándole una interpretación ajustada al caso me condenó a once meses quince días, teniendo en cuenta que el artículo antes citado señala como pena de ocho meses a seis años de prisión; el segundo, o sea el señor Fis-

cal, haciendo caso de algunas entradas que como sindicado de varios delitos he tenido a la cárcel, pero sin que ellas hayan dado lugar a que se me llame siquiera a juicio, opinó que la sentencia que me corresponde era la que señalaba el artículo 397 del Código Penal, pero ninguna de esas razones fue respetada por el señor Magistrado y me sentenció al máximo sin darse cuenta que como ya dije no soy reincidente, ni cometí el delito con los agravantes de que trata el artículo 398 de la obra mencionada anteriormente; ni tengo la preparación e ilustración que la ley exige para poder condenar a un sindicado en primer grado, y con todo esto el honorable Tribunal en Sala Plena confirmó tan absurda como injusta sentencia."

Plantea así el recurrente el caso como indebida aplicación de la ley penal; y aun cuando no invoca de modo expreso la causal 1ª de casación, es tan clara la alusión a ella que la Corte no puede considerar desierto el recurso y entra, por consiguiente, a fallar sobre él.

No es exacto que al procesado se le impusiera el máximo de la pena, ni tampoco que se le haya hecho agravación por reincidencia; de suerte que no pueden tenerse en cuenta estos motivos como fundamento de la causal invocada. Pero la Corte si encuentra merecedor de estudio el otro punto alegado por el recurrente, o sea, indebida aplicación de los artículos 403 y 398 del Código Penal, como pasa a verse.

El Juez de primera instancia aplicó con lenidad la sanción a Pablo Morales, pues además de atenerse al mínimo de pena imponible, lo redujo todavía más, pues hizo la mayor reducción o atenuación prevista por el artículo 400 para los casos en que la cuantía de lo hurtado o robado sea inferior a doscientos pesos.

Pero al enmendar la benigna condena del juzgador de primera instancia, que erróneamente hizo tales disminuciones de pena, incurre por su parte el Tribunal en una equivocación por exceso, pues además de imponer la pena que para los casos más graves de robo señala el artículo 404, todavía la aumentó al tenor del artículo 398, adición ésta de pena que no era del caso.

El artículo 402 del Código Penal contempla el caso del que se apodera de una cosa mueble valiéndose para ello de amenazas o mediante violencia a las personas o a las cosas. Podría decirse que esta es la sanción base o general para el robo. De ahí que el artículo siguiente —403— haga extensivos a este delito los motivos de agravación y atenuación de la pena, fijados para el hurto por los artículos 398, 399 y 400, así como el correspondiente aumento o disminución de pena que se hará, dice la ley, "en las mismas

proporciones indicadas" en los artículos que se acaban de citar.

Y el artículo 404 del Código señala pena de tres a catorce años de presidio (es decir, la mayor de las sanciones imponibles por estos delitos) para cuatro casos que el mismo enuncia.

Encuentra la Corte error en la aplicación de la ley penal por haber agravado o aumentado la pena con invocación de los artículos 403 y 398, numeral 4º, porque el artículo 403 establece la agravación o atenuación de la pena indicada por los artículos 398, 399 y 400, pero en caso de que la sanción principal por el robo sea la que determina el artículo 402. Si la sanción base debe ser la del artículo 404, con éste no rezan los motivos de agravación del hurto, pues la disposición últimamente citada propone cuatro circunstancias modificadoras del robo, cualquiera de las cuales bastará para que se imponga la sanción del artículo 404.

Y entonces resulta excesivo aplicar la pena que establece la sanción más alta entre las distintas categorías de robo y luego computar además como agravante una circunstancia que sólo podría tenerse en cuenta si se clasificara el hecho en esa otra categoría prevista por disposición legal que señala una sanción base mucho menor.

El cómputo que hace el fallo recurrido viene equivaliendo, en el fondo, a considerar como agravante del hecho una circunstancia que vista por otro aspecto es elemento constitutivo del delito según la correspondiente disposición penal o por lo menos una circunstancia modificadora; y no es jurídico acumular esas agravaciones de pena.

Descartada así la agravación de un año, la pena imponible al recurrente Morales no es la de seis años que el Tribunal aplicó. Debe, entonces, invalidarse el fallo y dictarse el que deba reemplazarlo. La Corte estima equitativo, dentro de los límites que señala el artículo 404, fijar como pena cuatro años de presidio, habida consideración a la concurrencia de circunstancias, así: mayor peligrosidad, el haber obrado con la complicidad preordenada de otro; y de menor peligrosidad, las que el Tribunal reconoce expresamente, apremiantes necesidades personales, la indigencia y la carencia de ilustración. A esto se agrega que Jesús Gutiérrez, codeincuente de Morales, es un reincidente y avezado a eludir las cuentas con la justicia, como que anda prófugo, mientras que al recurrente sí habrá de tocarle cumplir toda la condena. Por último, no sería equitativo desatender como elemento de juicio la exigua cuantía del daño privado que el delito causó y la menor edad de Morales cuando delinquiró (numeral 12, artículo 38 del Código Penal).

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el parecer del señor Procurador de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Tunja fechada el veintiuno de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, que impuso a Pablo Morales la pena principal de seis años de presidio por el delito de robo consumado en bienes de la señora Silvia v. de Abello, y en su lugar resuelve:

1º. Condénase a Pablo Morales como responsable del delito de robo en los bienes de Silvia v. de Abello, a la pena principal de cuatro años de presidio, descontables en el establecimiento de castigo que determine el Gobierno. Como parte cumplida de esa pena se computará el tiempo que el reo haya permanecido en detención preventiva;

2º. Condénase además a Pablo Morales a la pérdida de todo empleo oficial y de toda pensión pagadera por el Tesoro Público; a la privación por tiempo indefinido del ejercicio de los derechos políticos, y al pago de las costas procesales.

El Juzgado de origen dará cumplimiento al artículo 16 del Decreto 944 de 1934, anotación de la sentencia en el censo electoral permanente del domicilio del reo, para los efectos de la privación de los derechos políticos.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre, Manuel Caicedo Arroyo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

IMPEDIMENTOS

El mero hecho de haber suscrito una persona una recomendación en favor del que después de suscrita ésta fue sindicado de un delito, no es motivo de impedimento en el Magistrado que antes la suscribió. Aunque es verdad que la Corte ha sentado doctrina en el sentido de que el impedimento que proviene de "tener interés en el proceso" se refiere no sólo al menguado interés patrimonial sino a otros intereses de más elevada categoría, por ejemplo, al vínculo de gratitud, tal situación contemplada por la Corte la ha querido referir "al interés intelectual que al juzgador puede afectar por cierto compromiso contraído consigo mismo, relativo a la tesis o punto de fondo que en el proceso se controvierta". Como se ve, tal género de interés, si es que con propiedad puede asignársele este nombre, no mira a la persona del sindicado sino a la cuestión jurídica que se va a decidir. Ahora: el vínculo de gratitud que llegue a ligar a un recomendado con su protector podría inhibir a aquél para juzgar con serenidad a éste, pero no al contrario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, veinticuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

El señor Magistrado del Tribunal Superior de Medellín, doctor Wenceslao Facio Lince, se consideró impedido para conocer de las diligencias sumarias que por delito contra el sufragio se han seguido contra Jaime Orrego Madrid, entre otros.

Subió el asunto a dicho Tribunal a virtud de apelación interpuesta por el Personero Municipal de Santa Rosa de Osos contra el auto que calificó el mérito del sumario, providencia en la cual sobreesayó temporalmente el Juez del Circuito de Santa Rosa en favor del prenombrado Orrego Madrid.

El Magistrado que seguía en turno y a quien pasó el asunto declaró que el impedimento no es fundado y ordenó remitir el expediente a la Corte.

Para resolver, se considera:

Como razón del impedimento adujo el Magistrado doctor Facio Lince la de interés, y presenta a manera de motivo o hecho para fundarlo la circunstancia de haber suscrito aquel Magistrado una recomendación en favor del hoy sindicado; y dice que habiendo respaldado con su firma tal documento, quienes lo expidieron y suscribieron están interesados en que la honorabilidad del recomendado resulte incólume.

Basta la enunciación del hecho en que el Magistrado pensó hallar impedimento, para darse cuenta de que éste no existe legalmente y que sólo puede haber sido suscitado por excesivo escrúpulo de conciencia o de delicadeza personal.

El mismo señor Magistrado doctor Facio Lince no señaló la causal que en su concepto sea pertinente y se limitó a invocar cierta doctrina de la Corte en el sentido de que el impedimento que proviene de "tener interés en el proceso" se refiere no sólo al menguado interés patrimonial sino a otros intereses de más elevada categoría, por ejemplo, el vínculo de gratitud.

Verdad es que la Corte ha contemplado en ocasiones tal situación, pero refiriéndola al interés intelectual que al juzgador pueda afectar por cierto compromiso contraído consigo mismo, relativo a la tesis o punto de fondo que en el proceso se controvierta.

Como se ve, tal género de interés, si es que con propiedad puede asignársele este nombre, no mira a la persona del sindicado sino a la cuestión jurídica que se va a decidir.

Ahora: el vínculo de gratitud que llegue a ligar a un recomendado con su protector podría inhibir a aquél para juzgar con serenidad a éste, pero no al contrario.

Por eso ha glosado con acierto el Magistrado doctor Sanin el auto de su colega doctor Facio Lince, diciendo que si el suscribir una simple recomendación fuese suficiente para constituir impedimento, con más veras lo sería el hecho de elegir Juez a un ciudadano; y que entonces no habría Magistrados sin impedimento para juzgar a los Jueces.

No resulta, pues, fundado en la ley ni guarda perfecta analogía con lo resuelto por la Corte

en ocasiones anteriores sobre "interés intelectual", el caso del señor Magistrado doctor Facio Lince.

Y tampoco es necesario que la Corte éntre en más detalles para decidir la cuestión que, por otra parte, fue muy bien puntualizada en la providencia del Magistrado doctor Sanín.

Por tanto la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que el Magistrado del Tribunal Superior de Medellín, doctor

Wenceslao Facio Lince, no está impedido en el proceso en que se ha sindicado a Jaime Orrego Madrid y, por consiguiente, debe conocer de tal asunto.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre, Manuel Caicedo Arroyo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Requisitos para que pueda prosperar la causal 2.ª de casación.

Tratándose de juicios por Jurado, el fallo del juzgador de derecho se funda propiamente en el veredicto; y las alusiones a pruebas del proceso suelen hacerlas los juzgadores de derecho tan sólo para mostrar por qué no debe considerarse notoriamente injusto el veredicto; pero esa invocación de pruebas no podría tener el alcance de una decisión acerca del valor de ellas, considerándolas o estimándolas con independencia del veredicto.

La causal 2ª de casación del Código vigente, "errada interpretación o apreciación de los hechos", sólo puede aplicarse de manera directa respecto de sentencias dictadas por los Tribunales Superiores sobre juicios de los cuales hayan conocido en primera instancia los Jueces de Circuito; como en los juicios por Jurado el fundamento inmediato de la sentencia no son en rigor las pruebas del proceso sino el veredicto, cuando se trata de tal clase de juicios la causal 2ª de casación sólo puede aplicarse de una manera indirecta y eso mediante una amplia interpretación analógica. Como no sería posible pasar por alto el veredicto del Jurado y examinar y calificar de nuevo las pruebas con prescindencia de aquél, para que pueda prosperar el recurso por dicha causal 2ª es necesario que resalte de modo tan evidente el error en la apreciación de los hechos, que haga ver a la Corte como indudable la notoria injusticia del veredicto.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, dos de abril de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

En la noche del siete de junio de mil novecientos treinta y ocho, más probablemente en la madrugada de este último día, fueron asesinados los esposos Emilio Álvarez y Justiniana Jiménez, en su casa de habitación, a donde los matadores penetraron fingiendo ser personas amigas y obteniendo así que la puerta les fuese abierta.

También hirió uno de los malhechores, con arma de fuego, al niño Emiliano Álvarez, hijo de los asesinados.

Parece que en seguida se apoderaron los delincuentes de algunos objetos y dineros.

El Juzgado Segundo Superior, después de prolongada instrucción sumaria, llamó a juicio a Reyes Beltrán Moreno, Luis Beltrán, Luis Antonio Benito, Benigno Moreno, Hermógenes Bermúdez, Erasmo Tobar, Marcelino Bolaños, Mardoqueo Benito y Ramón Moreno, por los delitos de doble homicidio y heridas; y sobreesayó en favor de los mismos por los cargos de cuadrilla de malhechores y robo, por estimar el Juzgado que no existían en el proceso todas las comprobaciones necesarias acerca de la cuantía del robo y acerca de la asociación permanente y la jerarquía por lo que hace a la cuadrilla de malhechores.

También sobreesayó el Juzgado —por todos los cargos—, a favor de otras personas que en el sumario figuraron como sindicadas, y ordenó consultar los sobreesamientos; "pero la consulta, observa el señor Procurador de la Nación, no se sabe por qué, no se surtió".

Adelantada la causa con los trámites que corresponden al juicio por Jurados, se formularon a éstos cuarenta y cinco cuestionarios correspondientes a todos los sindicados y a todos los cargos. Y como el crimen ocurrió cuando todavía estaba en vigencia la antigua legislación penal, tanto los interrogatorios al Jurado como los demás episodios del procedimiento se surtieron de acuerdo con aquellas leyes. De ahí que en los cuestionarios se hubiesen planteado la circunstancia de la premeditación y las de asesinato conforme al Código de 1890.

El Jurado contestó negativamente todas las preguntas relativas a los procesados Benigno Moreno, Marcelino Bolaños, Erasmo Tobar, Hermógenes Bermúdez y Ramón Moreno, y el Juzgado, en consecuencia, los declaró absueltos.

Al procesado Reyes Beltrán lo declaró responsable el Jurado de los asesinatos consumados en Emilio Álvarez y Justiniana Jiménez y de las heridas causadas al menor Emiliano Álvarez; y a los otros procesados, Luis Beltrán, Mardoqueo Benito y Luis Antonio Benito los declaró responsables de los dos asesinatos, en concurso recíproco entre ellos y con Reyes Beltrán, pero negó la responsabilidad de esos tres reos en el delito de heridas al menor Emiliano Álvarez.

Como el Juzgado estimara que no son injustos los veredictos, absolvió a los reos declarados

irresponsables por el Jurado y condenó a Reyes Beltrán, Luis Beltrán, Mardoqueo Benito y Luis Antonio Benito a la pena principal de veinticuatro años de presidio, igual para todos.

El Tribunal Superior de Bogotá confirmó tal sentencia apreciando, como el Juzgado, que el veredicto no es contrario a la evidencia, sino antes bien, fundado en las pruebas del proceso y acorde con los dictados de la justicia.

Contra este fallo del Tribunal interpusieron casación los reos, les fue concedido el recurso, y el apoderado de éstos, doctor Víctor E. Ríos, lo ha sustentado ante la Corte en extenso y bien escrito alegato que esta Sala ha estudiado muy reflexivamente.

El señor Procurador Delegado en lo Penal no coadyuva el recurso, lo cual habría podido hacer de creerlo equitativo, pues por tratarse de proceso antiguo podía ejercitar la facultad otorgada por el artículo 6º de la Ley 118 de 1931. Lejos de ello, el señor Procurador lo impugna diciendo, entre otras cosas, lo siguiente:

“Conviene observar que el nuevo Código de Procedimiento no estableció la causal existente en el antiguo, referente a la injusticia notoria del veredicto. Y para el caso de autos, en que la demanda se concreta a una crítica de las pruebas allegadas al proceso, atacando algunos testimonios porque fueron rendidos por menores de edad o porque contienen contradicciones, o repudiando otros por motivo de retractaciones o por llevar en sí afirmaciones desarmónicas, se llegaría fatalmente, si se adoptara la aplicación del nuevo Código, a la conclusión de que la Corte sin poder declarar la injusticia del veredicto, lo desechara totalmente para proferir, con prescindencia de la apreciación de los Jueces de hecho, una sentencia que reemplazara la del Tribunal y que tendría todo el carácter y el alcance de un fallo de tercera instancia.

“Por esta razón, como también por la de haberse tramitado este recurso de conformidad con la ley antigua, la que debe aplicarse en su integridad y no mezclándola con la nueva, cree la Procuraduría, como se ha dicho ya, que las causales que pueden ser consideradas en este negocio son las contempladas en el artículo 3º de la Ley 118 de 1931.

“Situado así el problema, todo el escrito del señor apoderado de los reos debe apreciarse como una invocación de la causal 5ª del artículo que acaba de nombrarse, y que dice:

“Causal quinta.

“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...”

Y pide que no se invalide el fallo recurrido, luego de insistir en la tesis, expuesta igualmente a propósito de otras casaciones, de que este recurso no puede prosperar bajo la nueva legislación si trata de fundarse en injusticia del veredicto, porque tal cosa ya no es motivo de casación.

El alegato de la parte recurrente analiza algunas pruebas y examina en especial, detalladamente, la declaración de Emiliano Alvarez, el menor hijo de los esposos muertos, y la de Roberto Bolaños, quien compareció en el proceso como testigo también presencial de los sangrientos hechos.

La tesis del recurrente aparece planteada en los pasajes del alegato que a continuación se transcriben. Dice así:

“El Tribunal apoyó su decisión, para deducir la responsabilidad de los mencionados Reyes y Luis Beltrán, Mardoqueo y Luis A. Benito, en lo siguiente:

“I. En la declaración del menor Emiliano Alvarez;

“II. En la declaración de Roberto Bolaños;

“III. En los reconocimientos practicados en rueda de presos por estos mismos testigos Emiliano Alvarez y Roberto Bolaños;

“IV. En la declaración de Benigno Alvarez;

“V. En las declaraciones de los niños Heliodoro y María del Carmen Bermúdez, y

“VI. En la declaración de María Ascensión Pérez.

“Todos estos testimonios, con excepción del de Roberto Bolaños, que transcribe íntegramente, únicamente son citados por el Tribunal, sin cumplir con el deber imperioso de apreciar la mayor o menor credibilidad de ellos, teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio, y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya sido percibido y aquellas en que se rinda la declaración’, como lo dispone el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal.

“Como las disposiciones del nuevo Código de Procedimiento Penal son o tienen que ser armónicas, la causal segunda de casación que he de invocar, coincide perfectamente con esta disposición del artículo 224 que acabo de mencionar, o sea que estando el Juez de instancia—en este caso el Tribunal—, obligado en todo caso a hacer el examen del testimonio o testimonios que se aduzcan como demostrativos de la responsabilidad, no le basta citar esos testimonios, porque mal puede entonces el recurrente combatir o refutar o atacar conceptos o apreciaciones implícitas.

“Por este aspecto las deficiencias, lagunas o errores en que haya incurrido el Tribunal, no

pueden interpretarse en sentido desfavorable a los acusados, para aceptar un fallo que se ajuste a las normas legales so pretexto de respetar el veredicto del Jurado, que si es la base de la sentencia, no es ni puede ser la sentencia misma.

“Acuso la sentencia del Tribunal por la causal 2ª de las determinadas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal vigente, que dice: ‘Hay lugar a casación: . . . 2º Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuido un valor probatorio que no tienen o se les haya negado el que si 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 y modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influido en la determinación de la sanción’.

“En la antigua ley de casación no existía, como si existe en la vigente, esa causal. Es decir, que hoy por hoy, cabe en casación el examen y la crítica de las pruebas, aun cuando se trate de asuntos en que haya intervenido el Jurado.”

“El Tribunal interpretó y apreció erradamente los hechos que le sirvieron para fundamentar su fallo, porque les atribuyó un valor probatorio que no tienen, a las declaraciones del niño Emiliano Alvarez, del menor Roberto Bolaños, y de los casi infantes Heliodoro Bermúdez y Maria del Carmen Bermúdez, debido a lo cual pronunció la sentencia condenatoria que acuso, incurriendo así en error de hecho, porque les dio a esas declaraciones un alcance que no tienen, y en error de derecho porque se fundó en ellas para justificar la responsabilidad de los acusados.”

* * *

Para resolver, la Corte considera:

Tratándose de juicios por Jurado el fallo del juzgador de derecho se funda propiamente en el veredicto; y las alusiones a pruebas del proceso suelen hacerlas los juzgadores de derecho tan sólo para mostrar por qué no debe considerarse notoriamente injusto el veredicto; pero esa invocación de pruebas no podría tener el alcance de una decisión acerca del valor de ellas, considerándolas o estimándolas con independencia del veredicto.

La causal 2ª de casación del Código vigente, “errada interpretación o apreciación de los hechos”, sólo puede aplicarse de manera *directa* respecto de sentencias dictadas por los Tribunales Superiores sobre juicios de los cuales hayan conocido en primera instancia los Jueces de Circuito; como en los juicios por Jurado el fun-

damento inmediato de la sentencia no son en rigor las pruebas del proceso sino el veredicto, cuando se trata de tal clase de juicios la causal 2ª de casación sólo puede aplicarse de una manera *indirecta* y eso mediante una amplia interpretación analógica. Como no sería posible pasar por alto el veredicto del Jurado y examinar y calificar de nuevo las pruebas con prescindencia de aquél, para que pueda prosperar el recurso por dicha causal 2ª, es necesario que resalte de modo tan evidente el error en la apreciación de los hechos, que haga ver a la Corte como indudable la notoria injusticia del veredicto.

Podrá, pues, desecharse el presente recurso con la sola consideración de que no se ha propuesto la causal 2ª por el aspecto de notoria injusticia del veredicto sino aduciendo simplemente los argumentos que —en concepto del recurrente— debían haber llevado al Tribunal a desestimar las pruebas, como si el Tribunal hubiese podido hacerlo así con prescindencia del veredicto.

* * *

Pero además ocurre que en el caso de Reyes Bellrán y compañeros, ya se estudie el asunto por el aspecto de la 2ª causal de casación en el Código vigente o a la luz de la causal 5ª de la antigua ley, según lo sugiere el señor Procurador, no se encuentra la Corte ante un veredicto contrario a la evidencia.

Fundados pueden ser los reparos que a la luz de la crítica del testimonio hace el señor abogado de los recurrentes sobre la forma en que aparecen redactados algunos pasajes de algunas declaraciones. Pero las frases y giros afectados o exóticos que suelen emplear ciertos funcionarios al escribir las declaraciones, no alcanzan a privar de credibilidad el testimonio mismo. Si el declarante es un campesino adolescente que vio los hechos y los relata, la redacción amanerada del testimonio, la cual no es suya, no implica que el relato sea falso.

Por otra parte, si las declaraciones a las cuales se les hacen los reparos que formula el recurrente aparecen confirmadas por otros datos o pruebas del proceso, aquellos reparos se debilitan hasta perder su consistencia.

Emiliano Alvarez y Roberto Bolaños, declarantes en el caso que ahora estudia la Corte, si vieron las escenas de la sangrienta tragedia ocurrida en la casita donde se encontraban entregados ya al sueño. Es apenas natural que el testimonio del primero de estos declarantes, horripilado ante la manera como se asesinaba a sus padres y víctima él mismo de los asaltantes, adolezca de deficiencias. No podría exigirse de él que adolescente como era cuando ocurrieron

los crímenes; miembro de la familia sacrificada y expuesto al peligro hubiese conservado una imperturbable serenidad.

Su relato en nada acusa la preparación para mentir. El crimen se perpetró en la madrugada del ocho de junio de mil novecientos treinta y ocho, y ese mismo día aparece rendida la declaración de Emiliano Alvarez. Ni tiempo había, pues, para comprometer y ensayar a este niño a dar un testimonio en determinado sentido.

Y cabría preguntar: ¿quién podía urdir esa trama judicial?

Se ha sugerido que otro hijo de las víctimas llamado Heliodoro Alvarez.

Pero esa es una simple sugerencia sin comprobación en el proceso; no hay prueba alguna de que él hubiese sobornado o ensayado a los declarantes, ni es presumible que posea las dotes de un criminalista o siquiera de un funcionario instructor capaz de planear y llevar a cabo una labor probatoria preconcebida y armoniosamente realizada.

El recurrente considera que el testigo Emiliano Alvarez no vio los hechos sobre los cuales ha declarado, por ser de noche y porque la distancia a que se encontraba cuando huyó de los asaltantes no le permitió observarlos en forma tal que su testimonio merezca fe.

A esto debe anotarse: a) que antes de huir él vio a Reyes Beltrán cuando penetró en la habitación; algo más, fue este sujeto quien lo hirió con arma de fuego y tan cerca que no podía menos de darse cuenta de quién era; b) que este muchacho declarante no fue a dar, después de herido, a un lugar lejano de la casa donde se consumaba el crimen, como sugiere el alegato, pues el croquis levantado al empezar la instrucción sumaria hace ver que el trecho entre los dos sitios mide apenas siete (7) metros (véase folios 3 y 3 vuelto); y es innegable que a esta corta distancia el testigo podía darse cabal cuenta de los hechos, con tanto mayor razón cuanto que no era indiferente a ellos, sino que tenían que sobresaltarlos y tenerlos vigilantes.

Y sobre la actuación de los malhechores en la casa con posterioridad a los homicidios, lo que el muchacho Alvarez declara es que él desde su escondrijo veía las luces de linternas que se movían dentro de la habitación "como buscando".

No puede aceptarse que tal relato sea falso ni siquiera inverosímil. No hay motivos verosímiles para afirmar que se quiso sindicarse de estos crímenes a personas inocentes en vez de descubrir a otros presuntos responsables. ¿Qué interés había en ocultar a los verdaderos criminales y sindicarse, en cambio, a personas inocentes?

La declaración del menor Emiliano Alvarez, como la de Roberto Bolaños, fueron sin duda la materia principal del debate ante el Jurado; y aun después de las audiencias los reos o sus abo-

gados o sus familiares estuvieron tratando de conseguir rectificación de los testigos. Vano sería, pues, y extemporáneo —exótico en casación— hacer de este recurso una tercera instancia para controvertir de nuevo los testimonios.

* * *

Y carecería de fin práctico esa labor, pues tales pruebas no son las únicas demostrativas de la imputación hecha a los recurrentes.

Reyes Beltrán y sus compañeros tenían enemistad o animadversión a Emilio Alvarez y su familia; dos años antes Luis Alvarez, hijo de éste, fue muerto por los mismos reos (véase declaración de Heliodoro Alvarez, folio 38); los Policías que capturaron a Reyes Beltrán el ocho de junio, pocas horas después de los crímenes, le vieron manchas de sangre sobre la oreja izquierda y en la nuca; esos mismos Policías declaran y le sostienen a Beltrán en careos, que éste les confesó ser el matador de Emilio Alvarez y de su esposa; Luis Benito, otro reo recurrente, hizo también esa especie de confesión extrajudicial al Policía Eulogio Bocanegra.

Y a este significativo acervo de pruebas se agrega que Heliodoro Bermúdez, sobrino de Reyes y Luis Beltrán, declara que a su casa llegaron éstos a la madrugada del ocho de junio, que llevaban linternas y una escopeta de fisto; que oyó cuando los reos le refirieron a Josefina Beltrán que ellos habían dado muerte a Emilio Alvarez y a la esposa, y que debía haber más muertos, porque al muchacho le habían hecho un disparo; y agrega el declarante que su padre (y cuñado de los Beltrán) "los había recriminado por ese crimen, pero que los sindicatos guardaron silencio" (folio 86); y acorde en lo principal con este testimonio depone Carmen Bermúdez, hermana del declarante (folio 91).

No es verosímil que estos otros declarantes, parientes cercanos de los reos, se hubiesen confabulado también contra ellos, como se pretende que lo hicieron los deudos de las víctimas.

* * *

La tesis de errónea apreciación de las pruebas se apoya principalmente en la crítica de las declaraciones de los dos que figuran como testigos presenciales de los hechos imputados a los recurrentes.

Pero ante las otras pruebas que se acaban de enunciar compendiadamente podría pensarse que aun sin el dicho de Emiliano Alvarez y Roberto Bolaños el Jurado tenía elementos suficientes para formarse convicción acerca de la responsabilidad de los procesados.

Tanto es así que el veredicto ni fue pronunciado en forma que permita suponer confusión de los Jurados: éstos negaron rotundamente la

responsabilidad de cinco sindicados y afirmaron la de los otros cuatro. Y aun respecto de los últimos el Jurado resolvió de la manera más consciente, al concretar en Reyes Beltrán la responsabilidad por el delito de heridas al muchacho Emiliano Álvarez y declarar que de los dos homicidios son responsables en concurso recíproco los cuatro sindicados.

Imposible llamar notoriamente injusto el veredicto del Jurado que tiene respaldo en un acervo probatorio como el que obra en este proceso; e imposible desestimar las pruebas dejando de lado el veredicto.

Las argumentaciones del recurrente para debilitar la fuerza de las pruebas podrían, en el mejor de los casos para esas tesis, llevar a la escéptica idea de que cualquiera condenación puede ser siempre fruto de un error judicial. Pero esa mera posibilidad o suposición no autorizaría jamás a declarar injusto el veredicto.

No es aventurado concluir que con las pruebas varias y acordes de este proceso hasta un Juez de derecho habría tenido base jurídica suficiente para condenar. Y con mayor razón el Jurado. Entonces, ¿cómo podría la Corte afirmar que el veredicto es contrario a la evidencia?

Acertadamente dice el señor Procurador:

“No puede decirse en este asunto que evidentemente sea injusto el veredicto, porque si existen pruebas suficientes para que los Jurados hubieran llegado a la conclusión a que llegaron. Tales pruebas son precisamente las que han servido de materia de estudio para el laborioso ale-

gato del apoderado de los reos, documento en el cual se expresa la apreciación de una de las partes acerca de las probanzas, en contra de la apreciación que de ellas hicieron los Jueces de conciencia, quienes no han perdido en el nuevo Código su carácter de meros juzgadores de hecho que deciden según su propia convicción y sin sometimiento a tarifas probatorias.”

De todo lo cual se deduce que el presente recurso de casación no puede prosperar.

A mérito de 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, declara que no es el caso de invalidar, y NO INVALIDA, la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el trece de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, que condenó a Reyes Beltrán, Luis Antonio Benito, Luis Beltrán y Mardoqueo Benito a la pena principal de veinticuatro años de presidio como responsables de la muerte de los esposos Emilio Álvarez y Justiniana Jiménez de Álvarez, y a Reyes Beltrán como responsable de heridas.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre, Manuel Caicedo Arroyo.—Julio E. Argüello R., Secretario.



Desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del Jurado.

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.

Suele ocurrir que además de los dos cuestionarios se propongan al Jurado otros, por ejemplo sobre riña, estado de ira e intenso dolor, etc.; en ese caso la respuesta negativa del segundo cuestionario no implica absolución si el primero y los demás se han contestado afirmativamente, porque el conjunto de esas afirmaciones está indicando que el Jurado no niega por completo el nexo de causalidad moral entre la acción y el resultado: y entonces el Juez de derecho tiene una clave de interpretación del veredicto y puede emitir sentencia condenatoria aplicando la correspondiente disposición penal, vérbigracia la que contempla el homicidio cometido en estado de ira o de intenso dolor. Algo semejante sucedería en el caso de que el Jurado contestara negativamente el cuestionario sobre propósito de matar y afirmativamente el relativo a la ejecución material del hecho y otro cuestionario sobre enajenación mental o grave anomalía psíquica del procesado, pues entonces se vería claramente que por la misma alteración mental del reo lo consideró el Jurado incapaz de un dolo de propósito, sin que con ello pensarán los Jueces de hecho colocar al procesado fuera de la órbita de las medidas de seguridad. Ahora: contestando afirmativamente el primer cuestionario —ejecución material del hecho— pero negativamente to-

dos 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? Todos estos problemas se deben a deficiencia —como en el caso de autos— en la manera de proponer los cuestionarios al Jurado. Deberían los Jueces prever la necesidad de proponer, además de la pregunta sobre la intención de matar, otras relativas a la ultraintención, o a las concausas que hayan podido contribuir al fallecimiento de la víctima.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, dos de abril de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

El delito de homicidio sobre el cual versa el proceso contra Julia García Abril, que se siguió en el Juzgado Primero Superior de Ibagué, aparece relatado y apreciado de manera tan concisa como acertada en los pasajes de la vista del señor Procurador Delegado en lo Penal, que dicen así:

“.....
“Julia García Abril fue llamada a responder en juicio criminal, por el Juzgado 1º Superior de Ibagué, por el delito de homicidio perpetrado en la persona de Cecilia o Benilda Toro. En el auto de proceder se fijó claramente que el homicidio debía estimarse como intencional y realizado en riña suscitada de un modo imprevisto y provocada por la occisa. Quizás, la apreciación de que el acto lo ejecutó la procesada durante la riña es equivocada, y la modificación del estado de ira parece más adecuada, según se desprende de la relación de los hechos.”
“.....

“En este expediente está plenamente demostrado que en la madrugada del día 22 de enero de 1939 la Toro y la García se hallaban bailando en un salón público en la ciudad de Honda; que la segunda pidió que fuera tocado un disco que ella plagió con palabras ofensivas y ultrajantes para la Toro, lo que dio motivo para que ésta reaccionara golpeando a su ofensora, que a su turno también respondió con golpes; que la García, en la reyerta fue herida; que terminado el incidente, y cuando la Policía había sacado del lugar del suceso a la Toro, sorprendentemente llegó la procesada con un cuchillo en la mano, que según parece consiguió en su habitación, a donde se había dirigido después del encuentro relatado, y se lanzó contra la Toro causándole dos mortales heridas, la una de cinco y medio centímetros de abertura, vertical, sobre la línea paraesternal izquierda, y la otra de cuatro centímetros, paralela a la anterior, y a un centímetro hacia afuera de ella, heridas que produjeron la apertura de las venas pulmonares, y como consecuencia la rápida muerte de la víctima.”

El Jurado contestó —por mayoría de votos— afirmativamente el primer cuestionario, esto es, el relativo a la ejecución material del homicidio por parte de la procesada, y negativamente, también por mayoría, los otros dos cuestionarios, o sea el referente al propósito o intención de matar y el que preguntaba si el hecho ocurrió en riña suscitada de modo imprevisto y provocada por la víctima:

Sentencia absolutoria dictó el Juez de la causa, pero el Tribunal Superior revocó ese fallo y condenó a la García, como responsable de homicidio preterintencional, a cuatro años de prisión.

Contra la sentencia de segunda instancia interpusieron recurso de casación tanto el defensor de la procesada como el Fiscal del Tribunal fallador.

El apoderado de Julia García Abril ante la Corte presentó una razonada y clara demanda de casación, en la cual invoca las causales 1ª y 3ª del artículo 567, Código de Procedimiento Penal.

Al contestar la demanda el señor Procurador de la Nación acepta que son fundados los cargos contra la sentencia: “Basta, en realidad, dice el señor Procurador Delegado, estudiar lo referente a la causal 3ª, pues si ella aparece demostrada, resultaría inútil el análisis de la primera, que es su consecuencia.”

El problema que se plantea en este recurso de casación es el siguiente:

Cuando el Jurado contesta afirmativamente el cuestionario relativo a ejecución del homicidio, y negativamente el cuestionario relativo a la intención o propósito de matar, ¿debe conside-

rarse que el veredicto es absolutorio, o pueden los juzgadores de derecho aplicar la pena señalada por la ley para otra de las categorías de homicidio?

Para el caso de que trata este proceso decidió el punto en el primer sentido el Juez *a quo* y en el segundo sentido el Tribunal Superior de Ibagué, el cual optó por considerar como preterintencional el homicidio cometido por Julia García Abril.

El Fiscal de dicho Tribunal, doctor Felipe Salazar, había sintetizado con gran lucidez la cuestión al dar su concepto de fondo, en los pasajes de su vista, que dicen lo siguiente:

“Surge una vez más, en este caso, el problema relacionado con la interpretación que debe darse a los veredictos del Jurado, problema que es, quizás, el más difícil de cuantos se han suscitado alrededor de la aplicación e interpretación del nuevo Código de Procedimiento Penal. El Jurado se manifestó plenamente convencido de que la procesada ejecutó los hechos materiales que ocasionaron la muerte a Cecilia o Benilda Toro, circunstancia que, por lo demás, se había establecido plenamente a lo largo del proceso. Surge, entonces, el siguiente interrogante: al contestar negativamente el Jurado los otros dos cuestionarios, relacionados con la intención homicida y con la circunstancia de la riña, ¿debe considerarse a Julia García Abril, absuelta de los cargos que le fueron formulados en el auto de proceder? El veredicto del Jurado no nos da ninguna luz sobre el problema porque, si bien es cierto que allí se estableció que Julia Abril no causó lesiones personales que fueron origen de la muerte de Benilda Toro, con intención de matar, y que el hecho contemplado en el primer cuestionario no se realizó en el curso de una riña suscitada de un modo imprevisto y provocada por la víctima, también lo es que fuera de estas hipótesis caben otras muchas, constitutivas o excluyentes de la responsabilidad, que no fueron consideradas en los cuestionarios y que, por tal razón no fueron resueltas por los Jueces de conciencia. De tal manera que, como ha sucedido ya en muchas ocasiones, y no solamente en el Distrito de Ibagué, sino en los demás de la República, nos hallamos ante un veredicto que contiene en sí mismo un vacío o una contradicción. Si la procesada causó la muerte a Benilda Toro, se la debe absolver o condenar. Absolver, cuando el hecho porque se la llamó a juicio haya sido ejecutado en alguna de aquellas circunstancias que son excluyentes de responsabilidad (justificación del hecho o casos en que el hecho es excusable), y condenar, cuando el hecho se haya realizado en alguna de las circunstancias que son constitutivas de responsabilidad (homicidio culposo, homicidio voluntario, homicidio

ultraintencional, homicidio por piedad, etc.). En el cuestionario sometido a la consideración del Jurado solamente se consideraron circunstancias constitutivas de responsabilidad. Si se la absuelve, no se sabe por qué se la absuelve, desde luego que quedó establecida su calidad de autora material del homicidio. ¿Procedió en legítima defensa, en estado de necesidad, en estado de coacción irresistible? Se ignora. Si se la condena no hay dato ninguno para graduar la pena que le corresponda, pues no se sabe si se trata de un homicidio intencional, ultraintencional, etc.

“Tan enredado acertijo se debe, en mi concepto, a una deficiencia en la manera como se formulan los cuestionarios al Jurado. Estos deben ser más completos y comprender todas aquellas hipótesis posibles en el caso contemplado en el proceso. En el caso que nos ocupa, por ejemplo, era perfectamente verosímil la hipótesis del homicidio ultraintencional y estoy casi seguro de que, de haberse formulado un cuestionario en que se la contemplara, no estaría abocada hoy la justicia a la solución de este galimatías que debe resolverse, por ausencia de todo otro dato, con la famosa panacea jurídica de que se echa mano siempre en casos semejantes a éste: toda duda en el proceso penal debe resolverse en el sentido que sea más favorable al procesado.”

Del alegato que presentó el doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola, apoderado de Julia García Abril en el recurso de casación, merecen destacarse los siguientes párrafos:

—“En el considerando b) de la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, se dice lo siguiente: ‘¿Puede considerarse este veredicto absoluto de la responsabilidad de la García Abril en el homicidio que se le imputa por el hecho de haber negado el propósito de matar y que el delito se cometiera en riña de carácter imprevisto? No. Porque conviniendo el Jurado en que la enjuiciada sí causó la muerte de Cecilia o Benilda Toro, este homicidio pudo tener lugar en circunstancias diferentes y que no excluyen la culpabilidad de aquella.’

“En el considerando c) de la misma sentencia del Tribunal Superior de Ibagué (Sala Penal) se sienta la curiosa teoría de que ‘es más ajustado a normas de hermenéutica legal, desatender cuestiones puramente procedimentales antes que llevarse de calle los principios inmanentes de la justicia, de la equidad y de la ley sustantiva.’

“En el considerando g) de la misma mencionada sentencia, el honorable Tribunal Superior crea un cargo inexistente en el proceso, del cual no pudo ni podía defenderse la procesada, ajena a la realidad procesal porque no está siquiera

enunciado en el auto de proceder y por tal motivo la García Abril no pudo ser llamada a juicio por ese cargo que consiste en condenar a la misma citada señora por homicidio preterintencional, haciéndose una presunción que no tiene asidero alguno en los diversos elementos de prueba.”

La Corte reconoce que la demanda presentada por el doctor Gutiérrez Anzola es de las mejores que ella ha tenido a su estudio, pues se concreta al problema propio de la casación y está formulada con irreprochable técnica. Por eso mismo y por cuanto en esta sentencia se acoge la tesis fundamental, disparidad del fallo recurrido con el veredicto del Jurado, es necesario consignar las observaciones de la Sala sobre un punto esencial del alegato que ella no acepta.

Dice el señor apoderado:

“La sentencia del honorable Tribunal Superior de Ibagué (Sala Penal), por medio de la cual se condena a la García Abril a soportar la pena de presidio de cuatro años, no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder. En efecto, en dicho auto, se llama a la García Abril a responder por el cargo de homicidio cometido en riña provocada por la víctima, y el honorable Tribunal condena a la García Abril por homicidio preterintencional, sin que esta última modalidad haya sido considerada ni apreciada siquiera como posible en el auto de enjuiciamiento, luego existe un evidente desacuerdo entre el auto de proceder y la sentencia que condena por un homicidio ultraintencional. Los elementos probatorios presentados en los autos sólo dieron pie al señor Juez Primero Superior para llamar a responder en juicio por un homicidio en riña, pero no existe una sola prueba que a aquel funcionario le permitiera suponer la existencia del homicidio preterintencional y, en estas condiciones, resulta una extralimitación del Tribunal el querer condenar por un hecho sobre el cual ni se interrogó a los Jurados ni se llamó a responder en juicio, ni se permitió defensa alguna sobre él.

“No necesito entrar en mayores explicaciones para un caso tan claro como éste. La sabiduría de los señores Magistrados sabrá advertir que en el caso de la García Abril, si hubo una deficiencia en cuanto a la negativa de la intención de matar declarada por ellos, es cuestión que corresponde a la respetabilísima conciencia de esos ciudadanos (los Jurados) y son ellos quienes han aceptado la responsabilidad ante Dios por su fallo. Pero de aquí no se sigue, ni podríamos aceptarlo porque resultaría tiránico, que los Jueces de derecho puedan modificar los fallos de los Jueces de conciencia, tratando de

interpretar una intención, negada por los segundos, para que se produzcan consecuencias sociales como la condenación de un ciudadano declarado no responsable.

“Aunque es magnífico el deseo del honorable Tribunal Superior de Ibagué de establecer sanción por los hechos delictuosos, en esta ocasión no sólo se llevaron de calle, como ellos mismos lo declaran, ‘cuestiones puramente procedimentales’ (que en mi conciencia también son de orden sustantivo), sino que atropellaron, aunque con laudable propósito, ‘los principios inmanentes de la justicia, de la equidad y de la ley sustantivas’ bajo cuyo patrocinio indudablemente estaban actuando cuando profirieron la sentencia de segunda instancia cuya casación solicito por medio de este escrito de demanda.”

La Corte admite que la sentencia del Tribunal de Ibagué está en desacuerdo con el veredicto del Jurado y por eso va a casar la sentencia.

Pero considera que no es aceptable deducir disconformidad entre la sentencia y el auto de proceder en cuanto aquélla condenó por homicidio ultraintencional y el enjuiciamiento no había formulado ese cargo sino el específico de homicidio intencional, porque no es contrario a la equidad que en la sentencia se considere que el cargo debe juzgarse con más benignidad que en el auto de proceder, sea por las pruebas producidas en el plenario, ya en vista de las argumentaciones de la defensa o, por último, cuando el Juez cree que debe rectificar los conceptos del enjuiciamiento modificándolos en favor del procesado.

No podrá, pues, prosperar el recurso por este aspecto de la causal 3ª, disconformidad de la sentencia con el auto de proceder.

Pasa ahora la Corte a considerar el otro aspecto de la misma causal, desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado.

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.

Y no sería posible argüir en contra de esto que si el Jurado afirmó la ejecución material del hecho por parte de Julia García Abril, ésta es responsable por no aparecer en el caso de que se trata ninguna de las causas que eliminan la responsabilidad, enunciadas taxativamente por el artículo 25 del Código Penal. Sería inadmisibles tal argumento, por dos razones: en primer lugar, porque se ignora si el Jurado consideró comprendida a la procesada en alguno de esos motivos que excluyen la responsabilidad; y luego, porque el Jurado no está sometido a esas reglas legales y puede tener acerca de lo que es la responsabilidad o sobre los motivos que la eliminan un criterio o concepto diferente del que tienen el Juez de derecho o el legislador.

Suele ocurrir que además de los dos cuestionarios se proponga al Jurado otros, por ejemplo sobre riña, estado de ira e intenso dolor, etc.; en ese caso la respuesta negativa del segundo cuestionario no implica absolución si el primero y los demás se han contestado afirmativamente, porque el conjunto de esas afirmaciones está indicando que el Jurado no niega por completo el nexo de causalidad moral entre la acción y el resultado; y entonces el Juez de derecho tiene una clave de interpretación del veredicto y puede emitir sentencia condenatoria aplicando la correspondiente disposición penal, verbigracia la que contempla el homicidio cometido en estado de ira o de intenso dolor.

Algo semejante sucedería en el caso de que el Jurado contestara negativamente el cuestionario sobre propósito de matar y afirmativamente el relativo a la ejecución material del hecho y otro cuestionario sobre enajenación mental o grave anomalía psíquica del procesado, pues entonces se vería claramente que por la misma alteración mental del reo lo consideró el Jurado incapaz de un dolo de propósito, sin que con ello pensarán los Jueces de hecho colocar al procesado fuera de la órbita de las medidas de seguridad.

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?

Problemas como el que ha surgido en este proceso por la perplejidad que suscita el veredicto se deben —ya lo advirtió acertadamente el Fiscal del Tribunal de Ibagué— a deficiencia en

la manera de proponer los cuestionarios al Jurado.

El artículo 498 del Código de Procedimiento Penal da tres reglas sobre el particular:

1ª Que se interroge al Jurado sobre los hechos materiales constitutivos del cuerpo del delito "según lo que resulte del auto de proceder";

2ª Que se formulen "separadamente, tantos cuestionarios cuantos correspondan a los distintos elementos constitutivos o excluyentes de la responsabilidad"; y

3ª Que se pregunte, "también en cuestionarios separados, lo relativo a las circunstancias que puedan influir en la determinación de la sanción", y pone como ejemplo la cuestión del estado de ira o intenso dolor en que haya podido obrar el procesado.

Pero ocurre en la práctica judicial que los Jueces no siempre proponen *todos* los cuestionarios que se necesitan, y los defensores no se habituaron a solicitar nuevos cuestionarios distintos de los que el Juez, *motu proprio*, formula.

La cuestión de hecho sobre la cual versa la primera pregunta al Jurado no ofrece, por lo general, complejidad que origina un problema para el interrogatorio. Pero las otras dos sí, porque al formar concepto sobre el mérito del informativo suele el Juez de derecho limitar a una hipótesis definida las circunstancias en que ocurrió el delito. Y como es también de frecuente ocurrencia que los Jurados se formen sobre el asunto una opinión diferente de la que tiene el Juez, el cuestionario único que éste les proponga, verbigracia acerca del factor *intención*, no es suficiente para que ellos puedan expresar la totalidad de su opinión sobre el asunto.

En la Ley de juicios por Jurado, anterior al Código de Procedimiento Penal, existía una disposición en virtud de la cual los Jurados contestaban el cuestionario con las palabras *si* o *no*; pero si creían que el hecho se había cometido o ejecutado en circunstancias distintas a las que decía la pregunta del Juez, podían "expresarlo brevemente en la contestación" (artículo 48, Ley 169 de 1896).

Este veredicto explicado se reemplazó en el nuevo Código de Procedimiento con el cuestionario múltiple. Pero no siempre los Jueces prevén la necesidad de proponer, además de la pregunta sobre la intención de matar, otras relativas a la ultraintención, o a las concausas que hayan podido contribuir al fallecimiento de la víctima. Y así al negar simplemente el cuestionario referente a la intención, como los Jurados, dentro del sistema de ese Código, no podían adicionar o explicar sus respuestas, es imposible saber si juzgaron que se trataba de un homicidio preterintencional, o si más bien quisieron negar

rotundamente la responsabilidad no obstante haber aceptado la imputabilidad.

Hay en esto una deficiencia del Código de Procedimiento Penal. De ahí que el legislador haya considerado indispensable reformar las disposiciones sobre Jurados, como acaba de hacerlo en la Ley 4ª de 1943.

Con toda precisión se puntualiza el problema suscitado, en el caso que es materia de este proceso, en los apartes del concepto emitido por el señor Procurador Delegado que a continuación se transcriben. Dice la vista:

"El Tribunal no ocultó su perplejidad ante la negativa hecha por el Jurado al segundo cuestionario, pero estimó que la autora del hecho material pudo tener intención de herir a su contendora y no la de causarle la muerte".

"El fallador en la segunda instancia, en vez de interpretar la negación del propósito homicida hecha por el Jurado, como la afirmación del propósito de herir, ha debido, a juicio de este Despacho, declarar injusto el veredicto. No lo hizo así, estimando que el Jurado 'dejó establecido que la García sí fue la causante de la muerte de la Toro, y para hacer esta declaración existen en el proceso pruebas suficientes'. Es decir, juzgó el Tribunal que basta la respuesta afirmativa al primer cuestionario, para que el autor material del hecho se reputa como su causante en sentido jurídico, esto es, que la ejecución del hecho lleva siempre envuelta la noción del dolo.

"Pero entonces cabría preguntar: ¿para qué se formuló el segundo cuestionario? Bastaba la primera pregunta para que luego el fallador, de acuerdo con las probanzas, estudiara la intención y aplicara la pena."

Llama la atención de la Corte el hecho de que tanto el vocero de la procesada como su defensor se limitaron a sostener en la audiencia ante el Jurado la tesis de no haber sido Julia García Abril quien ejecutó el homicidio; y que el Jurado, sin aceptar esa explicación de la defensa hubiera contestado afirmativamente (sólo hubo un voto en contra) la cuestión primera, esto es, la relativa a ejecución material del hecho por la procesada.

Sobre el punto de la intención de matar sólo habló el Fiscal; y el acta de la audiencia muestra cómo dicho funcionario lo explicó ante el Jurado con sencillez y claridad.

De manera que la respuesta negativa del Jurado al segundo cuestionario, o sea el que preguntaba si el hecho fue ejecutado "con el propósito de matar" es una respuesta que no puede considerarse impensada o inmotivada, sino fruto de una convicción, acertada o errónea, pero en todo caso formada conscientemente,

Esa respuesta negativa no puede tenerse, por las razones apuntadas en este fallo, como un veredicto condenatorio. Por consiguiente, la sentencia que condena a base de ese veredicto absoluto (o al menos incierto) resulta en desacuerdo con tal veredicto y debe infirmarse.

Conviene advertir que un pasaje del auto de enjuiciamiento (folio 184 vuelto) dice así:

"...es indudable que la García Abril al ejecutar este acto *no tuvo otro propósito que el de matar* (subraya la Corte) y que el homicidio se cometió en riña suscitada de un modo imprevisible y provocada por la occisa, situación esta última que se acoge por ser favorable a la sindicada y ante la duda que surge de las declaraciones de algunos testigos acerca de la persona que provocara el encuentro, pues unos han venido señalando como tal a la García Abril y otros a la Toro."

No se limitó, pues, el juzgador de derecho a formular contra la procesada la inculpación de homicidio intencional sino que descartó expresamente la posibilidad de cualquiera otro propósito diferente al de matar. Planteado en esos términos el pliego de cargos al reo y negada por el Jurado la intención de matar, no hay manera de condenar a la procesada por delito intencional ni preterintencional.

Así las cosas, el único camino posible para la Corte es el de invalidar el fallo y absolver a la procesada, puesto que el veredicto del Jurado no es condenatorio.

Por todo 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, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué fechada el once de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, que impuso a Julia García Abril la pena principal de cuatro años de presidio como responsable de la muerte de Cecilia o Benilda Toro y en su lugar declara absuelta a la prenombrada Julia García Abril.

Dirijase telegrama al Tribunal Superior de Ibagué para que se sirva ordenar la libertad de Julia García Abril.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre,
Manuel Caicedo Arroyo.—Julio E. Argüello R.,
Secretario.



SALVAMENTO DE VOTO

En mi opinión acertó el Tribunal Superior de Ibagué cuando le dio al homicidio de que trata este proceso el carácter de preterintencional, porque las circunstancias en que Julia García Abril agrediera a Cecilia o Benilda Toro, teniendo en cuenta la clase de arma que empleó, la forma del ataque y el sitio y naturaleza de las heridas, constituyen hechos evidentes o prueba palmaria de que al menos la reo tuvo el propósito de causar lesiones personales.

Así las cosas, la negativa del Jurado en lo que respecta a la intención de matar no impide que el homicidio se reprima según lo manda el artículo 365 del Código Penal, pues de lo contrario el derecho se sacrifica a las fórmulas con un inadmisibles criterio de obediencia a normas muy secundarias de procedimiento que la mayoría antepone al espíritu de la nueva legislación y a los principios inmanentes de la justicia y de la equidad, como bien lo dijo el Tribunal sentenciador.

* * *

Si por tales razones me atrevo a considerar equivocada la absolución de Julia García Abril, más grave y más inexplicable es que la Sala haya fallado *ultra petita*.

La causal de casación que consigna el número 3º del artículo 567, Ley 94 de 1938, expresa lo que sigue:

“Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del Jurado.”

Dos términos o motivos muy disímiles e inconfundibles contempla esa causal: una sentencia que *no guarde armonía con el enjuiciamiento o que esté en discordia con el veredicto*.

Y por *desacuerdo entre el veredicto y la sentencia* es por lo que la mayoría invalida el fallo y absuelve a la reo, causal que no se invocó en ese aspecto.

Las partes recurrentes fueron el Fiscal del Tribunal Superior de Ibagué y el defensor de la García Abril.

El Fiscal nada alegó al interponer el recurso ni después, y el señor apoderado de la procesada ante la Corte limita su reparo al primer término o motivo de la causal 3º

“La sentencia del honorable Tribunal Superior de Ibagué (Sala Penal), escribe el señor apoderado, por medio de la cual se condena a la García Abril a soportar la pena de presidio de cuatro años, *no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder*. En efecto, en dicho auto se llama a la García Abril a responder por el cargo de homicidio cometido en riña provocada por la víctima, y el honorable Tribunal condena a la García Abril por homicidio preterintencional, sin que esta última modalidad haya sido considerada ni apreciada siquiera cómo posible en el auto de enjuiciamiento, luego *existe un verdadero desacuerdo entre el auto de proceder y la sentencia que condena por un homicidio ultraintencional*. Los elementos probatorios presentados en los autos sólo dieron pie al señor Juez Primero Superior para llamar a responder en juicio por un homicidio en riña, pero no existe una sola prueba que a aquel funcionario le permitiera suponer la existencia del homicidio preterintencional, y en estas condiciones resulta una extralimitación del Tribunal el querer condenar por un hecho sobre el cual ni se interrogó a los Jurados ni se llamó a responder en juicio, ni se permitió defensa alguna sobre él.” (Las subrayas son mías).

En ningún pasaje de su demanda trata el señor apoderado del supuesto desacuerdo de la sentencia con el veredicto. No sostiene sino la disparidad entre el fallo y el enjuiciamiento, a lo cual dedica también toda su argumentación el señor Procurador Delegado, uno de cuyos párrafos, el sustancial, es de este tenor:

“Tiene razón el señor apoderado. El fallador no puede arbitrariamente desfigurar, modificar o cambiar en la sentencia la imputación formulada en el auto de proceder, ni variar fundamentalmente la situación jurídica delineada en la misma providencia.”

Y el señor Procurador se ciñó al tema concreto de la demanda que solamente escogió una de las dos diversas proposiciones contenidas en la causal 3º, pues la Procuraduría carece ya de la función que le señalaba el artículo 6º, Ley 118 de 1931.

La mayoría de la Sala, se repite, ha fundado su proveído en que existe desacuerdo de la sentencia del Tribunal con el veredicto, punto de aquella causal 3º por completo ajeno a la tesis

de la demanda de casación y al apoyo que dio el señor Procurador a su parecer.

* * *

Podría aceptarse, en vía de discusión, que se presta a dudas reprimir como homicidio preterintencional el que efectuó Julia García Abril, ignorándose por qué negó el Jurado el propósito de matar. Pero lo que sí resulta opuesto en absoluto a la doctrina y al sentido del recurso extraordinario de casación, es que la Corte Suprema encuentre justificada una causal que no se ha propuesto, desnaturalizando el recurso y atribuyéndose la facultad oficiosa e ilegal de extender la demanda a cuestiones distintas de las que adujo el recurrente. Es restricta la índole de la casación, y la Corte no puede salirse, para infirmar una sentencia, del punto o puntos que la demanda plantea y define.

* * *

Todavía supóngase que las partes recurrentes hubieran invocado la causal 3ª por desacuerdo de la sentencia con el veredicto, y entonces tampoco debería prosperar la casación.

Ese motivo segundo de la tercera causal se basa en una claridad meridiana del fallo y del texto y alcance del veredicto, a fin de que sea dable afirmar que la sentencia no concuerda con la respuesta del Jurado.

Aquí la sentencia es clara, mas no lo es el veredicto en sentir de la mayoría de la Sala, del señor Procurador, del señor Fiscal recurrente y del señor apoderado de la procesada.

Para todos ellos hay perplejidad, duda, incertidumbre, en lo que significa el veredicto. Y si éste es confuso, ¿de dónde se saca la seguridad de que con él no se compadece la sentencia?

Campo Elías Aguirre

RECURSO DE REVISION

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, 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 el condenado inocente o irresponsable, o en que la condena obedeció a pruebas secretas extra-proceso o que provino de la imposibilidad del caso 1º de aquel artículo.

Frente a una ofensa verbal nunca se justifica el hecho que cometa la persona injuriada, la cual, si reacciona contra el ofensor, no obra conforme al derecho, no ejerce la legítima defensa de su honra, no se encuentra ante ninguna violencia que tenga necesidad de repeler. La reacción del que es víctima de un insulto que lo incite a matar o a herir, únicamente atenúa la represión del hecho que se perpetre en ese estado de ira o de intenso dolor por causa de la provocación grave e injusta.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo veinticinco de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elias Aguirre).

Vistos:

Luis F. Villamil, quien era Suboficial del Ejército, hirió a Ambrosio Castañeda "con cuerpo contundente" en esta ciudad, como a las ocho de la noche del veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta y siete, dentro de la misma habitación del lesionado, en donde también se quedaba frecuentemente el heridor, porque mantenía relaciones sexuales con Waldina, hija de Castañeda.

El Tribunal Superior de Bogotá impuso al reo el mínimo del artículo 648 del Código Penal de 1890 (seis meses de reclusión), reformando el fallo del Juez de primera instancia, que profirió una condena de quince meses de prisión y multa de quinientos veinticinco pesos, como sanciones principales, apoyado el Juez en el inciso segundo del artículo 372 del Código de 1936.

* * *

Ejecutoriada la sentencia Luis F. Villamil ha propuesto el recurso de revisión, para lo cual invoca el caso 3º del artículo 571 de la Ley 94 de 1938, que dispone:

"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."

Se funda la demanda en que son falsos los testimonios de Arturo Granados, María Luisa Amador de González, José B. Suárez y Rosa Emma de S., declarantes que comprometieron la responsabilidad de Villamil, impidiendo que el Juez y el Tribunal dieran crédito a la explicación del acusado, consistente en que ejecutó el hecho al tiempo que ambrosio Castañeda lo trataba de h.... de p....

* * *

Expresa el señor Procurador:

"Por tanto, el demandante no niega propiamente su responsabilidad en el hecho de haber herido a Castañeda; su pretensión se dirige en el fondo a una merma de la pena impuesta.

"Así vistas las cosas, la revisión no puede prosperar. En primer lugar, porque lo relativo a la falsedad de las declaraciones mencionadas fue materia de debate en el Tribunal, antes de fallar; y en segundo lugar, porque las cuestiones atinentes a la aplicación de la Ley Penal sólo son procedentes en las instancias del juicio, y no en el recurso extraordinario de revisión. De lo contrario, este recurso quedaría convertido en una tercera instancia."

* * *

La tesis del señor Procurador Delegado, que no merece sino un reparo de que se hablará luego, se ve más clara en la transcripción que él trae de una reiterada doctrina de la Corte Suprema.

Ha expuesto la Corte:

"Este recurso —el de revisión— ha sido instituido para enmendar los posibles errores judiciales provenientes de la inexistencia de los delitos o de la falta de responsabilidad de los sentenciados; por tanto, no es el caso de decretar

la revisión cuando el recurrente admite la responsabilidad del encausado y sólo pretende que se le aplique pena distinta de la que le fue infligida. Proceder de otro modo sería convertir el remedio extraordinario de la revisión en una tercera instancia, donde se debatieran hechos y circunstancias que debieron ser materia del juicio. En este recurso no es admisible alegación de hechos que no constituyen los que la ley reclama para demostrar, siquiera indicialmente, la irresponsabilidad del sentenciado.

“La revisión no tiene por objeto abrir en la Corte una nueva discusión y un nuevo juicio sobre pruebas ya apreciadas; ni puede dirigirse a obtener la disminución de la penalidad que se haya impuesto, porque tales objetivos quedan muy bien, dentro de las instancias, pero no en el recurso extraordinario de revisión.”

* * *

Es la verdad que Luis F. Villamil, al solicitar la revisión de la sentencia condenatoria porque no fue tenida en cuenta la provocación de Castañeda (artículos 604 y 660 del Código de 1890, o el 28 del Código de 1936), confesándose a la vez autor responsable del delito de heridas, aduce un motivo que traspasa los límites de las causales del artículo 571, Ley 94 de 1938, pues ese recurso no tiende ni puede tender a corregir el error del Juez o del Tribunal sobre la cantidad o calidad de la pena impuesta, sino que se inspira en una legal certidumbre de que el reo debió ser absuelto por cualquiera de las razones que contempla el citado artículo 571, razones que se compendian o en que el hecho criminoso no existió, o en que habiendo existido resulta al fin el condenado inocente o irresponsable, o en que la condenación obedeció a pruebas secretas extra-proceso o que provino de la imposibilidad del caso 1º de aquel artículo.

* * *

De otra parte, la falsedad de los testimonios del cargo, base de la demanda de Villamil, no se acreditó en ninguna forma, pues las declaraciones, interesadas y sospechosas, de Ambrosio Castañeda, su mujer y su hija, lejos están de afectar la veracidad de dichos testigos en lo que relatan por haberlo oído y presenciado.

* * *

Pero es que el alegato del apoderado de Villamil, doctor Luis Alfonso Angarita, sitúa la cuestión en el punto de una defensa legítima del honor de su poderdante, por el agravio de palabra que a éste le irrogó Castañeda.

Frente a una ofensa verbal nunca se justifica el hecho que cometa la persona injuriada, la cual, si reacciona contra el ofensor, no obra conforme al derecho, no ejerce la legítima defensa de su honra, no se encuentra ante ninguna *violencia* que tenga necesidad de repeler. La reacción del que es víctima de un insulto como el de Castañeda a Villamil, reacción que lo incite a matar o a herir, únicamente atenúa la represión del hecho que se perpetre en ese estado de ira o de intenso dolor por causa de la provocación grave e injusta.

* * *

El reparo al concepto del señor Procurador Delegado es que los problemas concernientes a la aplicación de la ley penal *no son tan sólo exclusivos de las instancias del juicio*. También se presentan en el recurso de casación, por los motivos 1º, 2º y 3º. Sabe la Sala que la Procuraduría no ignora tan obvio aserto.

* * *

En mérito de las consideraciones que anteceden y de acuerdo con el parecer del señor Procurador Delegado, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA LA REVISION propuesta por Luis F. Villamil.

Envíese esta actuación al Juzgado 6º del Circuito Penal de Bogotá, para que se agregue al proceso original.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Campo Elías Aguirre, Manuel Caicedo Arroyo, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Ilegalidad de la agravación de la pena a un delincuente por motivo de reincidencia, por haberse demostrado que el recurrente no es la misma persona contra la cual se había seguido juicio y dictado sentencia en otro tiempo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, veintiocho de mayo de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Con fecha veinte de junio de mil novecientos cuarenta y dos dictó la Corte, a solicitud del señor Procurador de la Nación, un auto para mejor proveer en el recurso de casación intentado por Víctor Manuel Muñoz contra sentencia del Tribunal Superior de Neiva.

La pena impuesta por el fallo recurrido es de nueve años dos meses y siete días de presidio. El delito por el cual se condenó a Muñoz fue el de robo ocurrido en agosto de mil novecientos treinta y tres, es decir, bajo la vigencia de la anterior legislación penal; la cuantía de tal robo es de seiscientos setenta y nueve pesos (\$ 679); y la elevada cuantía de la pena obedeció a la idea de que se trataba de un reincidente.

El fin que se propusieron el Ministerio Público y esta Sala con el auto para mejor proveer fue el de despejar una inquietante duda suscitada por el reo sobre el punto capital de no ser él la misma persona contra quien se había dictado sentencia anteriormente.

Surtidas las diligencias que se decretaron en aquel auto para mejor proveer resulta fundado el reclamo hecho por Víctor Manuel Muñoz: por consiguiente no es ilegal la agravación de la pena por motivo de reincidencia, ya que el recurrente no es la misma persona contra la cual se había seguido juicio y dictado sentencia en otro tiempo.

Con fundamento en este claro y efectivo resultado de las diligencias cumplidas en ejecución del auto para mejor proveer, el señor Procurador Delegado en lo Penal pide que se invalide la sentencia y se dicte el fallo que debe reemplazarla, con una notable disminución de pena respecto de la impuesta por el Tribunal Superior de Neiva.

Verdad es que los escritos presentados por el recurrente carecen de las condiciones propias de demanda o alegato de casación; pero como se

trata de proceso antiguo, para que la Corte pueda estudiar y decidir sobre el recurso basta con que el Procurador lo sustente según la facultad a él conferida por el artículo 6º de la Ley 118 de 1931. Y el señor Procurador ha fundado en forma el recurso, alegando la 1ª causal de casación.

Dice el señor Procurador:

“El cargo (contra la sentencia) consiste en que el Tribunal de Neiva consideró reincidente al acusado Víctor Manuel Muñoz, no siéndolo.

“La reincidencia la derivó el Tribunal de unas copias allegadas al proceso de las sentencias de primera y segunda instancias contra Víctor Manuel Muñoz, proferidas la una por el Juzgado 2º del Circuito de Girardot el 27 de noviembre de 1924, y la otra por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha 27 de marzo de 1925, según las cuales dicho sujeto fue condenado a 18 meses de presidio por el delito de hurto. Esa pena la cumplió el reo en la Penitenciaría Central de Bogotá.

“Como la Procuraduría no encontrase establecida la identidad del Víctor Manuel Muñoz a que se refieren los fallos antes mencionados con el Víctor Manuel Muñoz que responde en la presente causa, solicitó de la honorable Corte un auto para mejor proveer; a fin de que se hiciese el correspondiente estudio de las fichas dactiloscópicas tomadas a tales personas.

“Decretada la prueba y practicada por el Jefe de la Oficina de Identificación de la Penitenciaría Central de esta ciudad, dió el siguiente resultado:

“El suscrito, Jefe de la Oficina de Identificación del Penal, de acuerdo con lo solicitado por el señor Secretario de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el oficio que antecede, *informa*:

“Que hecha por él mismo la comparación técnica del caso, constató que la individualidad dactiloscópica remitida por el señor Jefe del Departamento de Seguridad e Identificación de Ibagué con su oficio número 547 ss., de fecha 22 de julio del corriente año, como correspondiente a Víctor Manuel Muñoz Ruiz, *no corresponde*

a las impresiones digitales de Víctor Manuel Muñoz (Cartilla Biográfica número 165 V. R. Sección Antigua), el individuo que purgó en este penal la pena de 18 meses de presidio a que fue condenado por el Juzgado 2º del Circuito de Girardot y por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial en sentencias de fechas 27 de noviembre de 1924 y 27 de marzo de 1925, respectivamente.

“Por tanto, el suscrito declara que tales documentos fueron tomados de *personas distintas*.”

“En consecuencia, queda claramente establecido que el aquí procesado Víctor Manuel Muñoz no es el mismo sujeto condenado por hurto en las sentencias aludidas, y no siéndolo, el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 140, 141 y 142 del Código Penal de 1890, que fue el que tuvo en cuenta para reprimir el delito como más favorable al reo.

“Procede, pues, individualizar la sanción que le corresponde al acusado Muñoz, para lo cual este Despacho considera:

“Es evidente que la legislación penal anterior, bajo cuyo imperio se consumó la infracción, es más favorable al reo.

“En efecto, de acuerdo con el Código antiguo y teniendo en cuenta la cuantía del robo (§ 679), la pena imponible fluctuaría entre tres años nueve meses de presidio como mínimo y siete años seis meses como máximo (artículos 780 y 785). Y conforme al nuevo estatuto, el artículo aplicable sería el 404, inciso 3º, que trae la escala de tres a catorce años de presidio, sanción ésta que no podría adoptarse en su mínimo dadas las varias circunstancias de mayor peligrosidad que concurren aquí contra Muñoz, quien aparece como un delincuente habitual en delitos contra la propiedad.

“Ahora bien: conforme al Código de 1890 sólo pueden capitalizarse contra el acusado dos circunstancias agravantes, la primera derivada de su mala conducta anterior (folios 64, 77 vuelto, 80 y 81 del primer cuaderno y 26 del último), y la segunda por haber cometido el robo en compañía de otro delincuente.

“Estas circunstancias están contempladas por los artículos 117 y 179 de la misma obra.

“Como atenuante aparece su falta de ilustración.

“Concurriendo circunstancias agravantes y una atenuante, la calificación de la delincuencia debe hacerse en el segundo grado (artículo 123).

“En tal virtud, conforme a los artículos 780 y 785 del Código, la pena aplicable a Muñoz es la de cinco años siete meses y 15 días de presidio, suprimiéndole la reincidencia.”

Planteada la cuestión en los términos en que la ha presentado a la Corte el señor Procurador, resulta de tal manera clara que es innecesario buscar otros considerandos para declarar que el recurso prospera por la causal alegada.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º INVALIDASE la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, fechada el veinte de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, por la cual se impuso a Víctor Manuel Muñoz la pena principal de nueve años dos meses y siete días de presidio como responsable del delito de robo y en condiciones de reincidente;

2º En su lugar condénase a Víctor Manuel Muñoz, por el mismo delito, a la pena principal de cinco años siete meses y quince días de presidio: como parte cumplida de dicha pena se descontará el tiempo que el procesado haya permanecido en detención preventiva;

3º Condénase al mismo Víctor Manuel Muñoz a las siguientes penas accesorias: a la pérdida de todo empleo oficial y de toda pensión pagadera por el Tesoro Público; a la privación por tiempo indefinido, del ejercicio de los derechos políticos, y al pago de las costas procesales.

El Juzgado de origen dará cumplimiento al artículo 16 del Decreto 944 de 1934, anotación de la sentencia en el censo electoral permanente del domicilio del reo, para los efectos de la privación de los derechos políticos.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Manuel Caicedo Arroyo, Campo Elías Aguirre.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Sobreseimiento definitivo a favor del ex-Intendente Nacional del Meta, doctor Gonzalo Combariza M., por diversos cargos de responsabilidad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, junio nueve de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

Vistos:

El señor Procurador Delegado en lo Penal ha pedido sobreseimiento definitivo a favor del ex-Intendente Nacional del Meta, doctor Gonzalo Combariza M., por los cargos que le atribuyó el señor Tobías Laverde G.

Como a esta Sala le corresponde conocer en única instancia de las causas de responsabilidad promovidas contra los jefes de las Intendencias Nacionales (número 6º, artículo 42 de la Ley 94 de 1938), es el caso de calificar hoy la investigación que fue cerrada por hallarse completa.

El denunciante imputa al doctor Combariza M. los siguientes hechos: *detención arbitraria, denegación de justicia, haber tomado parte en deliberaciones que buscaban el modo de matar a Laverde G. y encubrimiento de los delitos de peculado, concusión y cohecho, cometidos por los subalternos de aquél.*

* * *

Detención arbitraria.—Desempeñaba Laverde G. el empleo de Cajero Pagador de la carretera Villavicencio-Puerto Carreño, en julio de mil novecientos treinta y ocho, y el Auditor Fiscal del Meta, por gestión del Intendente Combariza M., visitó esa oficina y encontró un desfaldo de mil ochocientos cuarenta y siete pesos y setenta y dos centavos (\$ 1.847.72), por lo cual solicitó la suspensión del Cajero Pagador, suspensión que decretó la Intendencia el cinco de agosto del dicho año (folios 31 y vuelto).

Y en el proceso por peculado ordenó el Juez del Circuito de Villavicencio la prisión preventiva del presunto reo (folio 66).

De suerte que se equivocó Laverde G. al acusar al doctor Gonzalo Combariza M. de haberlo encarcelado injustamente, tanto más cuanto que a folios 28, 33 y 39, existen informes oficiales de que la Intendencia no detuvo al denunciante.

* * *

Denegación de justicia.—El señor Tobías Laverde G. asegura que su hijo Eduardo se maneja muy mal con él en el seno de la familia y por cuestiones domésticas, como la de no ayudarle a los gastos de la casa, y que el Intendente, ante las quejas del padre, se abstuvo de sancionar al hijo.

En primer término, esa función de corregir a los hijos que no cumplen sus obligaciones familiares, no es del resorte de los Intendentes Nacionales.

Y en segundo lugar, el doctor Combariza M. expresa que Laverde G. no le presentó ningún memorial en tal sentido, manifestación que a folios 35 y vuelto corrobora el Secretario de la Intendencia.

* * *

Instigación para delinquir.—En alguna de las infracciones previstas por el Título V, Libro segundo del Código Penal, se acomoda el cargo de que el Intendente tomó parte en deliberaciones para suprimir la vida del señor Tobías Laverde G., con el fin de quitarle el empleo de Cajero Pagador de la carretera Villavicencio-Puerto Carreño.

La imputación es en absoluto inverosímil, pues para remover a su subalterno el Cajero no tenía el doctor Combariza M., Intendente e Ingeniero Jefe de la carretera, porque acordar la destitución en juntas o reuniones de empleados, dependiendo únicamente del Ingeniero la facultad o el derecho de privar del destino al Cajero Pagador, razón valedera que adujo el doctor Combariza M. a folios 30 vuelto y 55 vuelto.

Pedro Parra parece comprometer al Intendente (3 vuelto y 59 y vuelto), pero el testimonio de ese sujeto lo presentó Laverde G. en copia que él mismo tomó, sin autenticación ninguna y sin que fuese ratificado. No presta mérito, entonces.

* * *

Encubrimiento.—Aquí reproduce la Corte la opinión de la Procuraduría:

“Lo deriva el denunciante de que los subalternos del Intendente, que a la vez era Jefe de

la carretera Villavicencio-Puerto Carreño, cometían delitos de peculado, concusión y cohecho, sin que el doctor Combariza hubiese tomado medida alguna tendiente a corregir esos hechos.

“Consta de autos que el señor Laverde se dirigió a la Contraloría General de la República dándole cuenta en un memorándum de ciertas irregularidades y faltas delictuosas que se estaban cometiendo en los trabajos de la carretera de Villavicencio.

“La Contraloría dio traslado de esas quejas al Ministerio de Obras Públicas, y esta entidad comisionó al señor Manuel Gutiérrez Uribe para que hiciese una investigación sobre el particular. El Visitador rindió el siguiente informe:

“Los pagos a los trabajadores se han hecho personalmente, excepto los correspondientes a la cuadrilla que tomó parte en la expedición a Puerto Carreño en el segundo semestre de 1937. A estos peones no podía el señor Pagador entregarles personalmente el valor de sus jornales debido a la enorme distancia a que se encontraban de Villavicencio. El dinero era enviado al encargado de la expedición, señor Luis Carlos Santamaria, de conformidad con los datos que éste suministraba. Confrontadas las libretas de jornales llevadas por el apuntatiempo, señor José Antonio Escobar, con las planillas, se encontraron de acuerdo. Interrogados los señores Alcides Meléndez, José Gómez y Luis María López, trabajadores de la cuadrilla expedicionaria, manifestaron que los nombres de los peones que figuraban en las planillas habían prestado sus servicios durante toda la travesía hasta Puerto Carreño. Por motivos que no estoy en capacidad de calificar, pero que debieron ser de mucha entidad, el personal fue acosado para que llegara en diciembre a Puerto Carreño con el equipo de volquetas y dejara establecida una ruta transitable siguiendo la línea marcada en el trazado preliminar. Para lograr este objeto los peones tuvieron que trabajar todos los días feriados y gran cantidad de horas extras. Además necesitaban el estímulo de alguna gratificación por el esfuerzo que estaban desarrollando y las privaciones a que se veían expuestos a tan considerables distancias de los centros de aprovisionamiento. Así, pues, el señor Intendente encargado de la carretera les prometió premiarlos, y para poder hacerlo resolvió legalizar el pago del personal que tomó parte en la expedición, así: a los peones les aumentó el jornal correspondiente a las dos quincenas de enero, y al encargado de dirigir el trabajo, señor Luis Carlos Santamaria, Inspector de la carre-

tera, se le legalizó una gratificación por \$ 300, en forma de una planilla ficticia de trabajadores, encabezada por Pídefonso López, correspondiente a la quincena comprendida entre el 1º y el 15 de enero..... De manera que en este caso se trata de un gasto legal presentado en una forma irregular y autorizado por el Intendente encargado de la carretera, doctor Eugenio Campo Sarria.”

“Fuera, pues, de que nada delictuoso hubo en la ejecución de los trabajos de la carretera, cualquier irregularidad que se hubiera cometido le era imputable al Intendente de entonces, doctor Campo Sarria, y no al doctor Combariza. De ahí que éste diga con toda razón en su indagatoria:

“En cuanto a las irregularidades denunciadas ante la Contraloría General de la República, creo que se trate de unas informaciones a manera de circular que el señor Laverde propagó por el Ministerio de Obras Públicas y por la Contraloría, recientemente llegado yo a la Intendencia y relativas a hechos de que creo él puso denuncia, acaecidos meses antes de mi posesión. Por lo tanto, desde que conocí esas noticias me di cuenta que nada tenían que ver conmigo personalmente.”

“Por otra parte, aparece establecido que una denuncia que el señor Laverde presentó ante la Intendencia contra algunos empleados de la carretera de Villavicencio, fue atendida y pasada a la autoridad competente para los efectos de la investigación. (Folios 70 y 72).

“De suerte que no hay de dónde sacar que el Intendente Combariza encubriera delitos imputables a los empleados que trabajaban en dicha carretera, como lo afirma el denunciante.”

Basada la Corte en los argumentos que preceden y en el numeral 1º del artículo 437, Ley 94 de 1938, sobresee definitivamente a favor del ex-Intendente Nacional del Meta, doctor Gonzalo Combariza M., por los delitos que denunció el señor Tobías Lavende G., lo que se resuelve de acuerdo con la opinión del señor Procurador Delegado y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Campo Elias Aguirre, Manuel Caicedo Arroyo, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello, R., Secretario.

Sobreseimiento definitivo en favor del ex-Intendente Nacional de San Andrés y Providencia, señor Guillermo Ruiz Rivas, por cargos de responsabilidad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, junio diez y ocho de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

Vistos:

El Presidente del Concejo Municipal de la Isla de San Andrés tomó la inexplicable medida de ordenar al Personero de ese Distrito que denunciara el atropello o abuso que el nueve de abril de mil novecientos cuarenta principiara a perpetrarse cuando Palmerston E. Coulson acometió la obra de desbaratar una vieja casa, de propiedad del Municipio, y en donde se reunía el Concejo, obra que se encargó a Coulson por el Intendente Nacional de San Andrés y Providencia, señor Guillermo Ruiz Rivas.

Y fue y es inexplicable aquel proceder, porque el Presidente del Concejo, señor Lezandro F. May, no sólo no ignoraba que iba a ser reconstruido totalmente el edificio con fondos nacionales, sino que, además, había expresado su aprobación a tales trabajos, que redundaban en notorio provecho de los intereses comunes de la Isla.

Los documentos de folios 19, 22 y 28 a 30 demuestran la sinrazón del señor May, quien le hizo instruir este sumario criminal al Intendente señor Ruiz Rivas.

Es fidedigno el relato que contiene la indagatoria del citado Intendente, así:

“Por la pregunta que se me hace presumo que se me reciba esta declaración sin juramento, por los siguientes hechos: el Concejo Municipal de San Andrés, las pocas veces que acostumbra reunirse, lo hacía en una casita destartalada, en pésimo estado de servicio y de suciedad, construida en madera, sobre el mar, desde hace más de treinta años, con fondos nacionales, y que sirvió primitivamente de oficina del médico del puerto; por todo ajuar existían cinco sillas destartaladas y una colección incompleta de *Diarios Oficiales* viejísimos, entre un roto estante. Además, la Alcaldía, la Personería, la Tesorería Municipales y algunas otras dependencias se encontraban funcionando en oficinas suministradas por el Intendente en el edificio que ha con-

venido llamarse Palacio Intendencial. A fines de 1938 yo hice comparecer a mi despacho al Presidente y miembros del Concejo Municipal de San Andrés (que en su mayoría o totalidad se compone de humildes campesinos ignorantes), y asimismo hice comparecer también al Personero Municipal, que era entonces un señor Santana, y les manifesté que yo quería darle al Concejo la respetabilidad y categoría a que una entidad política de esa situación era acreedora; que como las rentas municipales eran extraordinariamente pobres, yo iba a proponer en la Junta encargada de formar el presupuesto intendencial (que tiene que ser sometido a la aprobación del Poder Ejecutivo) que se apropiara una suma no menor de cinco mil pesos para reconstruir, desde sus pilotes podridos de madera, toda la casita mencionada, con el fin de hacer una edificación decente, que a la vez que tuviera un salón adecuado para las reuniones del Concejo, pudiera tener las oficinas de la Alcaldía, la Tesorería y la Personería Municipales. Aquella idea mereció una franca aprobación y aplauso de todos los circunstantes. Y oportunamente me dirigí al Personero y al Presidente del Concejo en notas sobre este sentido, que deben reposar en el archivo de la Intendencia. Hice pues apropiarse en el presupuesto la suma requerida; llamé al Ingeniero de Obras Públicas, doctor De los Ríos, para que hiciera un proyecto que contuviera la idea mía, y llamé entonces al señor Palmerston Coulson, como persona hábil que ha construido la mayoría de las casas de madera de la Isla, para consultarle sobre presupuesto, duración de la obra y demás detalles consiguientes. El presupuesto de 1939 llegó aprobado a la Intendencia por allá por los meses de marzo o abril de 1940 y, naturalmente, como gobernante, debía yo ponerlo en ejecución. Se firmó el contrato respectivo con el señor Palmerston Coulson. El Presidente del Concejo y el Personero, por notas que deben reposar también en el archivo, me manifestaron que podía acometer la obra el día que quisiera y, de antemano, dijeron aprobar cuanto yo dispusiera como Intendente sobre el particular. Esas notas deben reposar también en el archivo de la Intendencia. Llamado el señor Palmerston Coulson para que comenzara la obra, la acometió un

lunes y no alcanzó a quitar dos tejas de zinc podridas cuando, con gran sorpresa para mí, recibí una nota firmada por el Presidente del Concejo Municipal, en la que me decía que extrañaba muchísimo que yo hubiera acometido esa obra sin su consentimiento. Me quedé asombrado de esa determinación inaudita y ordené inmediatamente al señor Coulson que suspendiera la obra. Mi reflexión era nitida: yo, como Intendente, quería darle una posición respetable al famoso Concejo Municipal de San Andrés; yo, como Intendente, hice apropiiar de fondos nacionales la suma necesaria para hacerles una casa municipal; yo, como Intendente, disponía de una casa de propiedad nacional para fines municipales, con previa autorización y aprobación de la Sección de Territorios Nacionales... y cuando con la aprobación municipal la pocilga en que el honorable Concejo estaba funcionando se iba a convertir en una casa decente y con todos los servicios requeridos, los políticos de la Isla aconsejaron mal al Presidente del Concejo cuando me dirigió esta última nota, y creyeron con eso hacerle oposición a mi Gobierno, cuando realmente eran ellos los que perdían, porque la casa no era para mí. Suspendida la obra una hora después de comenzada, quedó en su primitivo estado... Es esta toda la actuación mía sobre el particular; y mi asombro ha crecido ahora cuando me vengo a enterar que por

estas circunstancias se me ha seguido un sumario por abuso de autoridad...."

El Presidente del Concejo de San Andrés rechazó, pues, el beneficio que el Intendente Ruiz Rivas quiso proporcionarle al Municipio con generosa intención progresista; intención noble que de modo por demás injusto estimaron aquél y el Personero como un delito, cuando en realidad era un acto digno de alabanza.

Basta lo anterior para concluir que, si el hecho denunciado no constituye infracción punible de ninguna naturaleza; debe la Corte pronunciar el auto que determina el artículo 437, Ley 94 de 1938, puesto que el conocimiento probativo del asunto le corresponde a esta Sala (número 6º del artículo 42 *ibidem*), la cual, acorde con el concepto del señor Procurador Delegado y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, sobresee definitivamente en favor del señor Guillermo Ruiz Rivas, ex-Intendente Nacional de San Andrés y Providencia, por el cargo de responsabilidad que se le atribuyó.

Notifíquese, cópiese, archívese y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Campo Elías Aguirre, Manuel Caicedo Arroyo, José Antonio Montálvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Nulidad del proceso penal por haberse hallado el reo indefenso en la audiencia pública.

Está resuelto de manera indudable en la ley que es motivo de nulidad en los juicios por Jurado el no haberse notificado a las partes el auto que señala día para celebrar la audiencia. Y ha decidido la Corte, en varios fallos, que es motivo de nulidad en el juicio el haberse hallado indefenso el reo en la audiencia pública, ya por no haber comparecido el defensor sin causa justificativa, bien, con mayor razón, porque el defensor presente en la audiencia, lejos de asistir al reo, haya renunciado ambas veces al uso de la palabra o manifestado expresamente que nada tiene que decir en favor del procesado y pedido que se le condene sin atenuación o modificación de ninguna clase. Razón fundamental de la Corte para sentar esa doctrina ha sido que si la ley establece como causa de nulidad la mera falta de notificación del auto que señala día y hora para audiencia, pues tal omisión atenta contra el derecho de defensa, a fortiori debe ser nulo el juicio si el procesado, lejos de estar asistido por un defensor, ha sido víctima de la displicencia de éste y, aún más, cuando el abogado también acusa al reo y manifiesta de modo expreso que considera absolutamente indefensible el caso. En esas circunstancias hay una nulidad no simplemente ritual o de forma, sino la que con propiedad puede llamarse "nulidad sustancial" como dicen las leyes de casación, pues tal menoscabo del derecho de defensa no sólo va en menoscabo de las normas de procedimiento sino que atenta aun contra las garantías constitucionales.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, veintidós de junio de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Obdulio García y Efraim Casas fueron sindicados por homicidio y robo, delitos ocurridos el veinte de febrero de mil novecientos treinta y seis, esto es, vigente la antigua legislación penal.

Aun cuando se les juzgó a un mismo tiempo, García fue sentenciado primero que Casas, con motivo de la declaración de notoria injusticia del veredicto absolutorio para Casas en cuanto al delito de robo.

El Tribunal Superior de Tunja condenó a Obdulio García a veinte años de presidio y cinco de reclusión, por sentencia fechada el veintisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta, sentencia que se ejecutorió sin que contra ella interpusiera casación el interesado. Efraim Casas fue sentenciado en definitiva, por el mismo Tribunal Superior de Tunja, con fecha veinte de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, a veinte años de presidio y cuatro de reclusión.

Casas si interpuso, en la oportunidad debida, recurso de casación contra la sentencia en que se le condenó.

A la Corte elevó el recurrente un memorial que está muy lejos de ser demanda o alegato de casación, pues se limita a narrar hechos tendientes a que se le considere inculpable, pero no expresa ningún argumento o motivo de casación, ni enuncia siquiera la causal o causales que estime conducentes o que crea pudieran favorecerlo.

El recurso, en esas condiciones, resultaría desierto, pero no lo está porque el señor Procurador de la Nación, ejercitando la facultad que le confería el artículo 6º de la Ley 118 de 1931 (se trata de proceso antiguo) formuló la demanda de casación.

Invoca el señor Procurador la causal 2ª, o sea, el haberse dictado la sentencia recurrida sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley; y el hecho que propone el señor Procurador como originario de tal nulidad es el de haber estado indefensos los reos en las audiencias públicas.

El mismo Procurador implora la invalidación del fallo para ambos reos, no obstante ser sólo uno de ellos recurrente.

Dice el señor Procurador Delegado en orden a explicar y fundar la causal de casación que alega, lo siguiente:

"La nulidad consiste en que los procesados Efraim Casas y Obdulio García o Forero se quedaron sin defensa durante la celebración del

juicio, pues sus defensores, lejos de cumplir la altísima misión que les confiere la ley, obraron como acusadores de sus clientes.

“Conviene examinar las vicisitudes que ha tenido el negocio sobre el particular.

“Efraim Casas y Obdulio García fueron enjuiciados como autores de los delitos de homicidio (asesinato) y robo. Como no designasen defensor, el Juzgado les nombró de oficio a los doctores Anibal de J. Medina y Alfonso Avila Cárdenas, respectivamente. (Folios 299 y 300 vuelto del cuaderno primero).

“Llegada la audiencia y cedida la palabra al defensor de Casas, doctor Medina, éste se concretó a criticar, no sin razón, la providencia del Tribunal Superior de Tunja, en que sobreseyó temporalmente en favor del señor Jorge Colmenares, quien había sido enjuiciado por el Juez como autor intelectual del homicidio. Terminó pidiendo la condenación de Casas y García, pero exigiéndole al Jurado el aditamento de que esos sujetos habían procedido ‘instigados por Jorge Colmenares’ o ‘mandados por Jorge Colmenares.’

“Tal vez si el señor defensor de Casas hubiese tenido en el banco de los acusados a Jorge Colmenares, habría emprendido la defensa de su cliente, o al menos tratado de atenuar su responsabilidad. No lo hizo así.

“Más grave todavía fue la conducta del defensor de García, doctor Avila Cárdenas. Conviene transcribir el acta de la audiencia en donde consta la intervención de dicho abogado. Dice así:

“Le fue concedida la palabra por primera vez a Obdulio García, y éste a su vez se la cedió a su defensor doctor Alfonso Avila Cárdenas, quien en breve y dinámica oración dijo que había concurrido a estas audiencias contra toda su voluntad; que lamentaba esa clase de táctica empleada por la ley para oprimir a los profesionales de derecho, obligándolos a concurrir contra su querer a presenciar la confesión descarada que hacen algunos pícaros.

“Dice el doctor Avila Cárdenas que él se educó por su propio esfuerzo, y que ningún Estado ni partido lo auxilió para terminar su carrera, y que por consiguiente cree que no estudió para defender de balde a nadie y menos a unos bandidos.

“Estima que el defensor no es más que un representante social encargado de servir de espectador para convencerse si se están cometiendo o no injusticias, y aclara, que ve por ahora, que tales injusticias no se están obrando en manera alguna.

“Repite que su concepto es de que el defensor ejerce una función social, pero que no está encargado de proteger víboras, que más tarde sirvan de asinas de la misma sociedad, y que por

consiguiente el defensor no debe sostener la inocencia de los bandidos cuya responsabilidad está probada.

“Nada tiene que decir, suprimir ni objetar al dicho del Fiscal. Cree juiciosamente que este funcionario ha pedido lo justo, y no tiene más que pedir, aparte de lo que pidan los procesados, a quienes considera responsables en virtud de su actitud y de no haber hecho las diligencias para solicitar los servicios de un profesional honorable que los asistiera.

“Termina renunciando definitivamente al uso de la palabra, y pide permiso para retirarse, el que el señor Presidente de la Audiencia le concede en seguida.”

“El veredicto fue condenatorio para García o Forero, y para Casas absolutorio en cuanto al robo y afirmativo en lo referente al homicidio.

“El Juez declaró injusta la absolución por robo y dispuso la convocatoria de nuevo Jurado a ese respecto. Allí mismo condenó a García a veinte años de presidio como reo de asesinato.

“El Tribunal de Tunja modificó ese fallo, en el sentido de revocar la condenación de Casas por homicidio y aplazar esa condena para cuando el Jurado calificase el delito de robo, a que se refería la injusticia notoria decretada por el Juez. La condenación de García fue confirmada, y vuelto el negocio a la oficina de origen, se puso en ejecución la pena impuesta.

“Reunido el nuevo Jurado para decidir de la responsabilidad de Casas por el delito de robo, su defensor no concurrió al acto y el acusado fue condenado sin que nadie hablara por él.

“Y se observa aquí un gran descuido del Juzgado, a saber: que no obstante ser el doctor Anibal de J. Medina el defensor de Casas, a esta audiencia no se le citó, sino al doctor Alfonso Avila Cárdenas, defensor de García o Forero. El doctor Avila Cárdenas tampoco cayó en la cuenta de esta irregularidad, desde luego que justificó su ausencia en aquel acto público, alegando razones ajenas a su voluntad.

“Se tiene, pues, que la primera audiencia se hizo estando presentes los defensores de los acusados, pero en tal acto ocurrió algo excepcional y desconcertante: que los abogados se convirtieron en acusadores de sus defendidos y solicitaron la condenación de ellos. Y en la segunda audiencia, Casas no tuvo defensor porque ni siquiera se citó para el acto al que había sido nombrado oficiosamente.

“En tan anormales circunstancias, salta a la vista que los acusados fueron condenados con absoluta deslealtad, porque sus defensores no quisieron defenderlos, sino incriminarlos y hasta con acritud por parte de uno de ellos; lo que quiere decir que en la audiencia no hubo el empeñado debate oral que la ley desea entre la

defensa y el Ministerio Público, a fin de valorar debidamente la prueba acumulada al juicio y de ilustrar con suficiencia el criterio de los Jueces de hecho. Y no habiendo existido ese debate primordial, la celebración del juicio no puede darse por surtido.”

Para resolver, la Corte considera:

Está resuelto de manera indudable en la ley que es motivo de nulidad en los juicios por Jurado el no haberse notificado a las partes el auto que señala día para celebrar la audiencia.

Ha decidido la Corte, en varios fallos, que es motivo de nulidad en el juicio el haberse hallado indefenso el reo en la audiencia pública, ya por no haber comparecido el defensor sin causa justificativa (casación de Adán Alarcón, siete de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, *Gaceta Judicial* números 1971 y 1972, página 314), bien, con mayor razón, porque el defensor presente en la audiencia, lejos de asistir al reo, haya renunciado ambas veces al uso de la palabra o manifestado expresamente que nada tiene que decir en favor del procesado y pedido que se le condene sin atenuación o modificación de ninguna clase (casación de Alfredo Almanza, Jesús Murcia Salas y David Cortés, diez y ocho de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, *Gaceta Judicial* número 1983, página 118).

Razón fundamental de la Corte para sentar esa doctrina ha sido que si la ley establece como causa de nulidad la mera falta de notificación del auto que señala día y hora para la audiencia, pues tal omisión atenta contra el derecho de defensa, *a fortiori* debe ser nulo el juicio si el procesado, lejos de estar asistido por un defensor ha sido víctima de la displicencia de éste y, aun más, cuando el abogado también acusa al reo y manifiesta de modo expreso que considera absolutamente indefensible el caso.

En esas circunstancias hay una nulidad no simplemente ritual o de forma, sino la que con propiedad puede llamarse “nulidad sustancial” como dicen las leyes de casación, pues tal menoscabo del derecho de defensa no sólo va en menoscabo de las normas de procedimiento, sino que atenta aun contra las garantías constitucionales.

En el caso de este proceso hay que distinguir entre la actuación de los dos defensores.

El defensor de Obdulio García se expresó en los términos más despectivos e inculpadores en contra del reo por quien tenía obligación de abogar. De manera que, en realidad, dicho procesado quedó indefenso.

Pero él no es recurrente ni la posible anulación del juicio podría extenderse a él por las razones que adelante se dirán.

Muy diferente es el caso del procesado recurrente Efraim Casas.

Verdad es que su defensor, doctor Anibal de J. Medina, reconoció la culpabilidad de los procesados. Pero insistió, mucho en la injusticia que entrañaba el no estar enjuiciado también Jorge Colmenares, a quien consideraba, sin duda, como instigador responsable en grado sumo. Y, como observa el señor Procurador, “terminó pidiendo la condenación de Casas y García, pero exigiéndole al Jurado el aditamento de que esos sujetos habían procedido ‘instigados por Colmenares’ o ‘mandados por Jorge Colmenares’”.

¿Se proponía el defensor doctor Medina, mediante un veredicto así explicado, obtener que se atenuara la condenación de su defendido?

¿Era jurídicamente posible aminorar la pena si el Jurado declaraba que los reos habían sido “instigados” o “mandados” por otro?

Hay que recordar que en nuestra anterior legislación penal, aplicable a este proceso, se establecía una casuística enumeración de los partícipes en el delito: autores, cómplices, auxiliares y encubridores y, dentro de cada una de estas cuatro categorías se enunciaban muchas hipótesis, queriendo abarcar dentro de ellas a todas las posibles actividades constitutivas de participación.

No se sabe a ciencia cierta cuál sería el pensamiento del defensor doctor Medina para el caso de que el Jurado hubiese hecho la adición o explicación que él solicitaba; y, por otra parte, el relato que trae el acta de audiencia es bien lacónico.

De todas maneras no podría afirmarse con absoluta seguridad que Efraim Casas resultó indefenso en aquella primera audiencia; y aun cuando un espectador sagaz o un juzgador *a posteriori* pudieran considerar que la adición al veredicto solicitada por el defensor habría resultado ineficaz para conseguir una condenación atenuada, no hay certeza de que el propio defensor lo considerara así. No es nulo, pues, el juzgamiento de Casas por el delito de homicidio.

Ahora: el recurrente Efraim Casas sí careció de defensa en la segunda audiencia (motivada por la declaración de notoria injusticia), pues no estuvo presente el defensor ni siquiera se le notificó la citación para ese acto, ya que tal formalidad se cumplió con persona diferente con el defensor del otro reo.

Quiere esto decir que en realidad es nulo, en su última etapa, el juicio seguido contra Efraim Casas, porque en la segunda audiencia no sólo careció de defensor, sino que faltó notificar a éste el auto que señalaba día y hora para tal audiencia, omisión que la ley erige en causal de nulidad.

Prospera, pues, por la causal 2ª, el recurso de casación que intentó Efraim Casas, y que el señor Procurador de la Nación ha sustentado; pero la anulación del proceso no comprenderá sino la parte de éste correspondiente al juzgamiento por robo.

Queda por resolver el problema de si la anulación del juicio que se hará en virtud del presente fallo debe comprender lo actuado respecto del reo no recurrente Obdulio García, como lo propone el señor Procurador.

Como tesis ha sentado esta Sala (aunque sólo por mayoría de votos) que, en general, la invalidación de una sentencia por nulidad del proceso y cuando son varios los reos puede aprovechar no sólo al que ha recurrido en casación sino también a los no recurrentes.

Para ello ha tenido en cuenta la Corte que siendo común a dos o más procesados el hecho que origina la nulidad, ésta afecta íntegramente el acto acusado, porque si los efectos del decreto de nulidad se limitaran a repetir la celebración del juicio para uno sólo de los procesados, podría ocurrir que éste, merced a la intervención eficaz de un defensor, fuera absuelto quedando su compañero de delincuencia irremediadamente condenado, no obstante que la situación de ambos ante el hecho imputado sea una misma según el auto de enjuiciamiento y según los cuestionarios propuestos al Jurado.

El fallo de casación en que se sostiene esa tesis dice que no se opone a ningún principio de derecho procesal el amparo que indirectamente recibe el reo no recurrente en virtud de la declaración de nulidad del proceso (salvo el caso de que el fallo invalidado fuese absolutorio respecto del reo); que la jurisdicción viene a ser también indivisible así para la Corte como para los juzgadores de instancia, y con mayor razón si el recurso, aunque promovido por uno de los reos, ha sido luego abandonado por él y sustentado, en cambio por el Procurador de la Nación, quien actúa en los juicios penales en interés general de la justicia y de la ley y no en representación de ninguno de los procesados.

Dice la sentencia de la Corte a que se viene alludando, lo siguiente:

"No sería pues lógico, ni conforme con el principio de igualdad ante la ley, y por lo mismo repugnaría a un sentimiento general de justicia, que un juicio que es nulo y sin ningún valor, se considere como tal para uno de los reos y permanezca válido, con todas sus consecuencias jurídicas, para el codelincuente, tratándose del mismo delito, realizado, según las razones ya dichas, en concurso recíproco y sin mediar ningún hecho o circunstancia diferencial que sustraiga a uno de los acusados de la imputación común."

Pero en previsión de casos menos claros y definidos, agregó entonces la Corte:

"Desde luego el derecho escrito no ofrece resoluciones concretas para todos los problemas que puedan presentarse en la práctica. El caso de los reos Herrera y Barragán puede ofrecer incertidumbre tanto en lo relativo a la nulidad de la audiencia irregularmente celebrada, por no estar previsto de modo expreso en la ley, como en lo concerniente a la extensión de los efectos de la invalidación de dicho acto, cuando son varios los perjudicados y uno solo propone el remedio, cuestiones complejas que no podrían someterse a normas absolutas y que sólo pueden ser resueltas por la jurisprudencia en cada caso concreto, guiándose por las reglas de equidad y por la doctrina constitucional."

El caso que hoy tiene a su estudio la Corte es cabalmente uno de los que comportan cuestiones complejas y que no puede, por ende, resolverse con el método simplista de aplicarle la misma tesis aceptada para otros casos que, aun cuando guardan semejanza con éste, no son iguales a él.

Se trataba en los otros que se han citado, de una sola sentencia dictada contra varios procesados, recurrentes unos y otros no, pero respecto de ninguno había sentencia ejecutoriada. En tanto que en el juicio seguido contra Obdulio García y Efraim Casas la Corte se halla ante dos sentencias: la de García, ejecutoriada sin que contra ella se hubiera interpuesto jamás casación; y la de Efraim Casas, muy posterior y de la cual sí recurrió ante la Corte este procesado.

Por otra parte, como el juicio no se va a anular sino en su última parte, esto es, la referente a época en que Obdulio García ya no era procesado, pues su sentencia estaba en firme, no sólo ejecutoriada sino en ejecución, nada de anómalo tiene que la nulidad del procedimiento deje de comprender al citado García.

Así las cosas, no va contra la equidad repetir en parte el juzgamiento de Efraim Casas sin volver a juzgar a García. Eso mismo habría que hacer, por ejemplo, en caso de un reo presente y otro a quien se capturase cuando la causa del otro esté ya fenecida y el reo cumpliendo condena.

Las casaciones en que esta Sala ha admitido que la invalidación del fallo por nulidad del proceso aprovecha al no recurrente han contemplado el caso de simple omisión en recurrir, debida tal vez a la idea, explicable en los codelincuentes, de que la interposición del recurso por uno de ellos sea suficiente para favorecer al otro o a los otros condenados en la misma sentencia; pero en el proceso de que ahora se trata lo que ocurre es que hay una sentencia, fechada el veinte de noviembre de mil novecien-

tos cuarenta y uno, contra la cual interpuso casación el interesado Efraim Casas; y otra sentencia fechada con anterioridad mayor de un año —veintisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta—, respecto de la cual no se intentó en ningún tiempo este recurso. Sería necesario quebrantar fundamentales principios de procedimiento para hacer que la acusación de una sentencia beneficie al reo condenado por otra sentencia diferente.

Una sentencia ejecutoriada, y aún más, que se está ejecutando ya, no es susceptible de casación a propósito o con motivo de otra sentencia aun cuando sea dictada en el mismo proceso. Contra aquélla no reconoce la ley otro recurso que el de revisión, y eso a condición de que tenga fundamento verdadero en alguna de las causales que la ley establece limitativamente para la revisión y que se produzcan las pruebas necesarias para demostrar la existencia de la respectiva causal.

De manera que no es posible hacer extensiva en este caso la invalidación del fallo a un reo que —como Obdulio García— no fue condenado por ese fallo sino por otro diferente, emitido un año antes del que ahora ha venido en casación.

En virtud de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo en parte con el señor Procurador Delegado y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º INVALIDASE la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, fechada el veinte de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, que impuso a Efraim Casas la pena principal de veinte años de presidio y cuatro años de reclusión por los delitos de asesinato y robo;

2º En su lugar anúlase lo actuado a partir del sorteo de Jurados que se efectuó el veintiocho de octubre de mil novecientos cuarenta (folio 16 del cuaderno número 3) y se ordena reponer el procedimiento nulo de ahí en adelante, de suerte que el Juzgado del conocimiento empezará por señalar día para el sorteo del Jurado que debe juzgar nuevamente a Casas por el delito de robo;

3º Al dictar su sentencia el Juzgado y el Tribunal lo harán tanto en lo referente al robo como al delito de homicidio, ateniéndose, en cuanto a este último, al veredicto del Jurado que ya declaró responsable de tal delito a Efraim Casas (folio 43 y vuelto, cuaderno número 2);

4º No ha lugar a decidir nada sobre el reo Obdulio García (como lo pide el señor Procurador), porque ni es recurrente ni fue condenado en la sentencia que hoy se invalida.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Manuel Caicedo Arroyo, Campo Elias Aguirre.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Cómputo de la reincidencia. - Apreciación de circunstancias agravantes del delito.

No es aceptable que la circunstancia de haber incurrido anteriormente el reo en condenaciones judiciales o de policía se le cargue, además, como antecedentes de depravación. Ni puede considerarse como circunstancia de mayor peligrosidad en un delito de estafa "el ejecutar el delito valiéndose de artificios", porque los artificios son elemento constitutivo del mismo delito.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, dos de julio de mil novecientos cuarenta y tres:

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

El treinta de septiembre de mil novecientos treinta y ocho se inició sumario contra Carlos Martínez Hernández por estafa: fue denunciante el señor Luis Eduardo Gaviria; y el veintiocho de noviembre de ese mismo año se le inició otra investigación, también por estafa, de la cual fue víctima el señor Julio Betancourt.

Acumulados los dos procesos, finalizaron por sentencia del Tribunal Superior de Pereira que condenó a Martínez a la pena total de cuatro años y dos meses de prisión, "acumulándose jurídicamente —observa el señor Procurador— la sanción de los dos delitos, más el aumento por una reincidencia."

El procesado interpuso casación invocando las causales 2ª y 4ª (artículo 567, Código de Procedimiento Penal), y ante la Corte alega que es infundada la imputación por uno de los delitos de estafa, aunque sí se reconoce responsable del otro. Sus alegaciones sobre ese particular son, como lo dice el señor Procurador, hechas de "manera abstracta e indeterminada": habla de que el juicio está viciado de nulidad, pero no lo demuestra; y en cuanto a lo de ser equivocada una de las inculpaciones que se le hacen, no da razón valedera que a la luz de la crítica de las pruebas haga ver que se le ha condenado siendo inocente o que en derecho se apreció mal su responsabilidad.

Sobre estas confusas alegaciones del recurrente no tendría modo la Corte de estudiar el

punto que a ella incumbe, o sea los motivos de posible casación.

Pero hay cierto pasaje del alegato en que sí se precisa con claridad un motivo legal para fundar este recurso. Dice así el procesado:

"También se me aumenta la pena según la sentencia, dizque porque soy reincidente, creo señor Presidente, que no se me pueda hacer aparecer como reincidente, una vez que la sentencia de dos años de Girardot es asunto policivo, y la sentencia última es asunto judicial, y fui sentenciado primero, y no he estado en libertad, ¿cómo es posible se me pueda aplicar reincidencia?"

El señor Procurador Delegado en lo Penal, quien también considera no pertinentes las demás alegaciones del reo, estima, en cambio, que le asiste la razón al acusar el fallo del Tribunal por indebido recargo de la pena, proveniente de un error de apreciación sobre la reincidencia.

Dice el señor Procurador:

"Los fallos de primera y segunda instancias estimaron que Martínez era reincidente, por haber sido condenado en diciembre 10 de 1938, en Girardot, a dos años de confinamiento por el delito de hurto."

"Pero examinado ese antecedente judicial, se tiene:

"Por sentencia de 11 de febrero de 1939, el Alcalde Municipal de Girardot condenó al acusado a dos años de confinamiento en su calidad de 'maleante', de acuerdo con el artículo 6º de la Ley 58 de 1936. En esa providencia se dijo que los dos años empezarían a contarse desde el 9 de diciembre de 1938, fecha de la detención preventiva.

"La Gobernación de Cundinamarca confirmó ese proveído en fallo de 24 de noviembre de 1939.

"Ahora: los dos delitos de estafa por que está respondiendo Martínez fueron cometidos el 22 de septiembre de 1938 y el 15 de noviembre del mismo año.

"Luego si la sentencia policiva fue proferida con posterioridad a la ejecución de aquellos delitos, mal puede ser reincidente Martínez. Para incurrir en reincidencia se necesita, como con-

dición esencial, estar condenado definitivamente por sentencia ejecutoriada y luego consumir nuevos delitos dentro de los diez años subsiguientes a la fecha del fallo ejecutoriada.

“Esta sola consideración es suficiente para descartar la reincidencia, sin que sea necesario estudiar si el fallo policivo que tuvieron en cuenta los juzgadores sea o no de los exceptuados por el artículo 35 del Código Penal, como pretende insinuarlo el recurrente.”

La Corte considera innecesario entrar en más explicaciones, ya que el señor Procurador ha expuesto con toda claridad el punto; y como resulta evidente que el cómputo de la reincidencia fue en este caso una circunstancia que influyó en la determinación de la sanción, el error de la sentencia acerca de este punto es motivo de casación según la última parte de la causal 2ª, artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Ahora: como el recurso prospera por tal motivo, corresponde a la Corte dictar el fallo que debe reemplazar al que se invalida.

El Tribunal sentenciador se limitó a confirmar el fallo de primera instancia, diciendo lo siguiente:

“La Sala estima correcta la aplicación de la pena por parte del inferior y, por tanto, estima inútil entrar en largos razonamientos al respecto, ya que encuentra acertados los que se hacen en la providencia recurrida y las disposiciones allí invocadas son las que corresponden al caso que se juzga.”

El juzgador *a quo* consideró que la disposición penal aplicable es la del artículo 408 del Código Penal, que determina la sanción correspondiente al delito de estafa; y que por tratarse de dos delitos cometidos separadamente pero juzgados en un mismo proceso debe aplicarse la pena establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto.

Hasta ahí es inobjetable la sentencia. Pero consideró el Juez (y prohió el Tribunal sin ningún análisis) que hay varias circunstancias de mayor peligrosidad. La Corte, sólo por vía de doctrina, estima conveniente consignar sus reparos sobre la apreciación de circunstancias.

De las enunciadas por el juzgador de instancia sólo puede tomarse en cuenta la de haber incurrido anteriormente el reo en condenaciones judiciales o de Policía; pero no es aceptable que esa misma circunstancia se le cargue además como antecedente de depravación.

Por otra parte, se consideraron también circunstancias de mayor peligrosidad “el ejecutar el delito valiéndose de artificios”, cómputo indebido cuando se trata de un delito de estafa, porque los artificios son elemento constitutivo del

mismo delito; y el tiempo, lugar, instrumentos o modos de ejecución del delito “cuando hayan dificultado la defensa del ofendido”, circunstancia que en el caso de autos se confunde con el artificio necesario para cometer las estafas.

De esta manera, la única circunstancia que aparece fundada es la de haber incurrido anteriormente el procesado en condenaciones judiciales o de policía.

Una sola circunstancia de mayor peligrosidad impide aplicar el mínimo de la sanción; y cuando esa circunstancia es tan significativa, puesto que se trata de un procesado que se halla en vía de ser delincuente habitual, resulta plenamente justificada la sanción base de dos años; y lo mismo el aumento de un año y medio en razón del otro delito. Total: tres años y medio de prisión, pena benigna si se quiere, pero que no podría aumentar la Corte porque sólo el procesado intentó casación y el recurso no puede entenderse interpuesto sino en lo desfavorable a dicha parte.

De manera que habiendo sido calculada con acierto por el Juez de primera instancia la pena imponible en razón de los dos delitos juzgados conjuntamente, al proferir el fallo que reemplaza el infirmado la Corte se limita a quitar el aumento por reincidencia, que es de ocho meses de prisión.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador Delegado y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º INVALIDASE la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, fechada el trece de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, en la cual se condena a Carlos Martínez Hernández o Carlos Gallo por dos delitos de estafa y como reincidente;

2º Refórmase la sentencia proferida por el Juzgado del Circuito Penal de Pereira con fecha trece de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el sentido de sustituir —como sustituye la Corte— la pena principal de cuatro años y dos meses de prisión, impuesta en esa providencia a Carlos Martínez o Carlos Gallo, por la de tres años y medio de prisión;

3º Confírmase en todo lo demás dicha sentencia del Juez de Circuito de Pereira.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Manuel Caicedo Arroyo, Campo Elías Aguirre.—Julio E. Argüello R., Secretario,

Apreciación de las pruebas del proceso penal y de la responsabilidad del acusado. — En qué casos puede ser motivo de casación la injusticia notoria del veredicto.

En los juicios por Jurado la sentencia sólo se funda mediatamente en las pruebas, porque la base inmediata para el fallo de derecho es el veredicto. Y como los Jurados no están sometidos para apreciar el valor de las pruebas a reglas legales y su decisión sobre el problema mismo de la responsabilidad la dan verdad sabida y buena fe guardada, no es aceptable la acusación contra una sentencia de Tribunal Superior cuando se pretende fundarla en que éste no apreció en su genuino valor las pruebas; y no es admisible tal cargo contra la sentencia porque la estimación de las pruebas y de la responsabilidad quien la hace en realidad no es el Tribunal sino el Jurado. Sería vulnerable la sentencia si se hubiese apartado del veredicto o si se hubiese fundado en un veredicto notoriamente injusto.

El Código de Procedimiento Penal no dijo expresamente —como lo habían hecho las anteriores leyes de casación— que sea causal de este recurso extraordinario la notoria injusticia del veredicto. La Corte, y eso interpretando la ley con grande amplitud, ha admitido que dentro de la causal 2ª, y sólo en señalados casos, puede ser motivo de casación la injusticia del veredicto. Pero ha dicho también, de modo enfático, que no puede considerarse notoriamente injusto el veredicto si tiene suficiente respaldo en las pruebas del proceso; y que la mera conjetura sobre posible error no basta para considerar el veredicto injusto ni, menos, notoriamente injusto. Ahora: si tales asertos se hacen cuando la alegada injusticia del veredicto se basa en que el reo no ejecutó el acto que se le imputa, con tanto mayor razón si donde se quiere hallar la injusticia no es en la existencia del hecho incriminado sino apenas en alguna modalidad del mismo.

La notoria injusticia del veredicto —en el supuesto de que un recurrente en casación la invoque de modo razonado y extenso— ha de resultar tan palmaria que se imponga como evidente.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, seis de julio de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Vistos:

Félix Lagos dio muerte a Luis María Garzón con una cuchillada que le asestó por la espalda, hecho ocurrido en Bogotá el trece de octubre de mil novecientos treinta y ocho. El matador contaba a la sazón diez y nueve años de edad y el delito fue motivado por celos.

Se surtió el juicio por Jurados, y sobre el veredicto de éstos el Juez Superior impuso a Lagos la pena principal de quince años de presidio, considerado el homicidio como asesinato y aplicada en su mínimo la sanción que para ese delito señala el artículo 363 del Código Penal.

En segunda instancia fue confirmada la sentencia del Juez, y el reo interpuso casación.

Agotado en la Corte el trámite que corresponde a este recurso, se procede a resolver.

o o o

Las causales invocadas por el procesado son la 1ª y la 2ª (artículo 567, Código de Procedimiento Penal), y las razones que propone para fundarlas aparecen expuestas en los pasajes del alegato enviado a la Corte por el reo, y que son del tenor siguiente:

“La sentencia condenatoria que pronunció contra mí la pena de 15 años de presidio como pena principal se fundamenta en una mala interpretación de los hechos que dieron lugar al proceso, y más que todo, en la equivocada apreciación de la única prueba condenatoria existente en autos, apreciación que en desquite contrasta con la desestimación del valor que la ley atribuye a la confesión libre y espontánea hecha por el sindicado en el proceso penal.

“Existe por expreso mandato legal una presunción de verdad en la libre confesión del sindicado hecha ante el Juez y su Secretario al tenor del artículo 255 de la Ley Procedimental. Sólo en el caso de que aparezcan hechos con-

trarios que la desvirtúen en todo o en parte desaparece aquella presunción, y ese acto, participación de conocimiento y manifestación de voluntad del sindicado, queda en el primer caso como una mera afirmación personal sin respaldo en autos y sin reconocimiento legal, y en el segundo, la confesión toma la denominación de cualificada y háce mérito sólo en las partes no controvertidas ni desvirtuadas de aquellas que constituyen la afirmación del confesante.

“Lisa y llanamente confesado el delito por mi en la indagatoria, especificadas las circunstancias antecedentes, concomitantes y consecuentes del ilícito penal, expliqué racionalmente los móviles psíquicos y necesarios que me determinaron a dar la muerte a Luis M. Garzón. Ni antes ni después de mi confesión, ni a través de ésta, existe siquiera el esbozo de una reticencia, de una duda, de un esguince voluntariamente proclive que persiguiera la negativa del hecho o el descargo de la responsabilidad que buenamente acepté.

“El señor Juez *a quo* no dio a mi confesión el valor probatorio que la ley le atribuye, puesto que si de ella aparece claramente que el homicidio por el cual fui procesado fue un homicidio de categoría simplemente voluntario de los que contempla el artículo 382 del Código Penal, cometido por móviles pasionales y en circunstancias de hecho que hacen surgir la figura de una legítima defensa subjetiva, el señor Juez en el auto de llamamiento a juicio que es una ‘ley del proceso’, no analizó en debida forma el hecho humano y claro de mi situación ante la víctima. Esbozó y planteó el señor Juez *a quo* la circunstancia modificadora del delito, o sea la alevosía, enumerada por el numeral 5º del artículo 363, como constitutiva de asesinato cuando obra en el homicidio.

“La única fuente en donde el señor Juez pudo inspirarse para desconocer el valor de la confesión y desfigurar la naturaleza jurídica del ilícito, descartando en el auto de proceder la circunstancia favorable que se desprendía de aquella confesión, hubo de ser la declaración rendida en juicio por el menor Pedro Pablo Lagos, quien es mi primo consanguíneo. La investigación obligó a declarar al testigo en mención con violación del artículo 227 del Código de Procedimiento Penal. Esta declaración, una vez tomada por el Juez instructor, no fue analizada, cotejada, comparada con las circunstancias que mi confesión establecía para ver de aclarar la realidad del hecho y apreciar el alcance legal del dicho de aquel deponente.”

Y entra en seguida a comparar su propia confesión con el testimonio del menor Pedro Pablo Lagos.

El señor Procurador de la Nación hace un interesante análisis de esas pruebas, para demostrar que el dicho del niño Pedro Pablo sí es atendible, y que no es necesario aceptar que en este caso sea indivisible la confesión del procesado.

* * *

Aparte de los sólidos argumentos presentados por el Ministerio Público para sostener la validez de las pruebas que inculpan a Félix Lagos, la Corte tiene en cuenta que en los juicios por Jurado la sentencia sólo se funda mediatamente en las pruebas, porque la base inmediata para el fallo de derecho es el veredicto.

Y como los Jurados no están sometidos, para apreciar el valor de las pruebas, a reglas legales; y su decisión sobre el problema mismo de la responsabilidad la dan verdad sabida y buena fe guardada, no es aceptable la acusación contra una sentencia de Tribunal Superior cuando se pretende fundarla en que éste no apreció en su genuino valor las pruebas; y no es admisible tal cargo contra la sentencia, porque la estimación de las pruebas y de la responsabilidad quien la hace en realidad no es el Tribunal sino el Jurado.

Sería vulnerable la sentencia si se hubiese apartado del veredicto o si se fundara en un veredicto notoriamente injusto.

La primera hipótesis se desecha por completo en el presente caso, porque el fallo del Juez, y por ende el del Tribunal, acatan completamente el veredicto.

Y acerca del segundo supuesto, o sea, injusticia del veredicto, caben las siguientes consideraciones:

El Código de Procedimiento Penal no dijo expresamente —como lo habían hecho las anteriores leyes de casación— que sea causal de este recurso extraordinario la notoria injusticia del veredicto. La Corte, y eso interpretando la ley con grande amplitud, ha admitido que dentro de la causal 2ª, y sólo en señalados casos, puede ser motivo de casación la injusticia del veredicto. Pero ha dicho también, de modo enfático, que no puede considerarse notoriamente injusto el veredicto si tiene suficiente respaldo en las pruebas del proceso; y que la mera conjetura sobre posible error no puede bastar para considerar el veredicto injusto ni, menos, notoriamente injusto. Ahora: si tales asertos se hacen cuando la alegada injusticia del veredicto se basa en que el reo no ejecutó el acto que se le imputa, con tanto mayor razón si donde se quiere hallar la injusticia no es en la existencia del hecho inculcado sino apenas en alguna modalidad del mismo.

El caso de Félix Lagos fue ampliamente debatido en la audiencia ante el Jurado. Su defensor

hizo todo esfuerzo por presentarlo como un delincuente pasional; y al Jurado se le propusieron cuestionarios especiales sobre riña y sobre estado de ira e intenso dolor en que pudiese haberse encontrado el homicida.

Negativamente contestó el Jurado dichos cuestionarios después de oír aquel amplio debate sobre esos puntos.

Conviene advertir, por otra parte, que el interesado no planteó concretamente el punto de injusticia del veredicto como motivo de casación, y así la Corte no podría aducirlo oficiosamente.

La notoria injusticia del veredicto —en el supuesto de que un recurrente en casación la invoque de modo razonado y expreso— ha de resultar tan palmaria que se imponga como evidente, lo cual está muy lejos de ocurrir en el caso sobre el cual se pronuncia hoy la Corte. El argumento que se propone como más fuerte es el de que el Juez de derecho y el Tribunal no apreciaron como indivisible la confesión del reo, la cual ofrece exculpaciones, pues sugiere la idea de que éste obró en defensa propia y que el homicidio presenta modalidades que no son las de un asesinato.

A esto observa la Corte:

Ya se dijo que no es al Juez o Tribunal de derecho a quien debe atribuirse la apreciación —acertada o errónea— de las pruebas y de la responsabilidad, sino al Jurado.

Por otra parte, la confesión del procesado no tiene en este caso el carácter de prueba única, que podría llevar a considerarla como indivisible; pues a más del testimonio rendido por el menor Pedro Pablo Lagos, hay indicios tan claros para sindicarlo a Félix Lagos, que hubiera sido casi imposible pensar que otro fuese el matador de Luis María Garzón.

¿La sanción impuesta al procesado es muy severa, atendidas las circunstancias que antecedieron y acompañaron al delito?

¿Hubo en este proceso errores de apreciación por parte del Jurado acerca de la personalidad del sindicado?

O bien, ¿el juicio que se formó el tribunal de conciencia fue justo y acertado?

No son éstos los puntos sometidos al fallo de la Corte. El recurrente ataca más bien el auto de proceder que la sentencia misma, como se ve en la transcripción hecha arriba de algunos pasajes del alegato; y por cierto que los posibles reparos a dicho auto se desvanecen al considerar que el Juez siempre sometió al Jurado un cuestionario sobre estado de ira e intenso dolor, tesis sostenida en la audiencia, con plausible celo, por el defensor, pero que el Jurado no confirmó.

De todas maneras, la Corte no encuentra que haya acusaciones fundadas contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, quien se limitó a acatar el veredicto del Jurado.

En fuerza de las razones expresadas, 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 Bogotá, fechada el diez y siete de junio de mil novecientos cuarenta y uno, que condenó a Félix Lagos a la pena principal de quince años de presidio como responsable de la muerte de Luis María Garzón.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Manuel Caicedo Arroyo, Campo Elias Aguirre.—Julio E. Argüello R., Secretario.

No se infirma la sentencia proferida por el delito de robo.

Para todos los casos en que la consulta es forzosa se subentiende ella, no obstante que omitan disponerla los falladores de primera instancia.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, julio veintiuno de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

Vistos:

Los procesados Fidel Solano y Efraím León recurrieron en casación contra la sentencia por medio de la cual los condenó el Tribunal Superior de San Gil, como responsables de robo a Pedro Ardila Tabares la noche del dos al tres de diciembre de mil novecientos treinta y nueve, a ocho y cuatro años de presidio, respectivamente.

Invocan las causales primera y segunda del artículo 567, Ley 94 de 1938, pero el señor Procurador pide que no sea infirmado el fallo, pues aquéllas no están justificadas, aserto que la Sala comparte.

* * *

2ª causal.

“Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuido un valor probatorio que no tienen, etc.”

Sucedió que Jesús Fonse y Juan Pico fueron testigos presenciales del robo e identificaron a Solano y León que llevaban pañuelos en la cara, de la nariz para abajo, y dicen los reos que así era imposible la identificación o reconocimiento, lo cual implica falta de prueba de su responsabilidad.

Que los declarantes Fonse y Pico muy bien pudieron conocer entre los ladrones a León y Solano, se desprende de las demostraciones del sumario sintetizadas en el siguiente concepto de la Procuraduría:

“Es claro que si los testigos conocían con anterioridad a Solano y León; si éstos llevaban desatada la mayor parte de la cara en el momento del asalto; si los oyeron hablar y si los vieron con cuidado en la sala de la habitación por vir-

tud de las linternas que ellos mismos portaban, resulta inobjetable el testimonio de los presenciales al decir que ellos reconocieron a dos de los ladrones.

“Los recurrentes, en su demanda, aceptan conocer con anterioridad a Fonse y Pico, y tener relaciones de amistad con ellos. Lo que confirma una vez más que los declarantes si tenían antecedentes suficientes para identificar a los acusados.”

La causal 2ª, por el aspecto que sostienen los reos, carece, pues, de fundamento.

* * *

1ª causal.

“Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.”

Es Fidel Solano quien alega ese motivo, apoyado en que del cómputo de la reincidencia hay que excluir los delitos de homicidio y heridas cuando media provocación (artículo 35 del Código Penal).

A la pena correspondiente a Solano por el robo, mayor que la impuesta a Efraím León, se le aumentó la tercera parte en virtud de una primera reincidencia (artículo 34 *ibidem*), que provino de dos delitos anteriores de homicidio y heridas, conforme a los fallos condenatorios de folios 11 a 13 vuelto y 22 a 24 vuelto del segundo cuaderno.

Por el homicidio condenaron a Solano el Juez 1º Superior y el Tribunal de San Gil, el veinticuatro de julio y el diez de septiembre de mil novecientos treinta y cinco, a seis años de presidio.

Y por las heridas el Juez del Circuito de Charalá y el referido Tribunal le impusieron a Solano tres años de presidio, el treinta de enero y el veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta y cinco.

Ni en el homicidio ni en las heridas hubo provocación alguna de las víctimas, lo que se sabe por el texto de las condenaciones; luego la reincidencia se aplicó legalmente y el cargo no puede prosperar.

* * *

Una doble apreciación equivocada sustentó el Tribunal Superior de San Gil al expresar esto:

“Se observa que el artículo 34 del Código Penal no fue bien aplicado en la sentencia que se estudia, pues según dicha disposición y de acuerdo con las constancias del proceso, anotadas por el señor Juez *a quo*, no se trata de una primera reincidencia, que es a la que corresponde una tercera parte de la pena, sino de una segunda reincidencia, a la cual corresponde un aumento mayor. Mas, como la sentencia ha subido a esta Superioridad por apelación de los acusados, no es el caso de reformarla en este sentido.”

El primer error del Tribunal lo rebate con acierto el señor Procurador Delegado en el párrafo que a continuación copia la Sala:

“Aunque los delitos anteriores cometidos por Solano fueron dos, homicidio y heridas, sin embargo sólo le cabe una reincidencia, porque dada la fecha de las sentencias mencionadas, no aparece que Solano delinquiera entonces dentro de los diez años siguientes a la fecha en que quedara ejecutoriado uno de esos fallos. No tiene, pues, razón el Tribunal cuando dice que Solano es reincidente por segunda vez. La reincidencia que se le carga es la constituida por el robo que hoy se reprime.”

Y el error segundo del Tribunal consiste en que manifiesta abstenerse de reformar la sen-

tencia del Juez, porque lo impide el recurso de apelación que interpusieron León y Solano. Nó. El Tribunal conocía también en virtud de una obligatoria consulta, grado de jurisdicción que le tocaba ejercer junto con el recurso, aunque el Juez *a quo* no hubiese ordenado consultar la sentencia, como no lo ordenó. Para todos los casos en que la consulta es forzosa se subentende ella no obstante que omitan disponerla los falladores de primera instancia.

De acuerdo con las consideraciones que preceden y con la solicitud del señor Procurador la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO INVALIDA** la sentencia del Tribunal Superior de San Gil que, por el delito de robo, impuso a Fidel Solano ocho años de presidio, y cuatro años de igual pena a Efraim León.

Notifíquese, cópiese, devuélvase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Campo Elias Aguirre, Manuel Caicedo Arroyo, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.



Veredicto notoriamente injusto. - Autores materiales e intelectuales del delito. - Concurso recíproco.

Un veredicto es notoriamente injusto cuando repugna a la evidencia, y ésta, en lo judicial, no es sino la completa demostración de un hecho, aserto de donde se desprende otro: que la injusticia notoria de cualquier veredicto descansa en la razón de que se opone a esa plena prueba.

Si la ausencia de pruebas de un convenio para matar no es prueba plena de la inexistencia de la cooperación, por lo cual no se opondría a lo evidente el veredicto que afirmara esa cooperación, a fortiori ¿cómo va a pecar de notoria injusticia un veredicto que se cimienta en algún acopio de comprobaciones aunque a éstas les quepa el reparo de ser incompletas ante las reglas legales que ciertamente no son la norma para adquirir el Jurado su convicción?

Si para abrir causa y condenar se echa mano de prueba incompleta o deficiente de la responsabilidad, en los juicios por Jurado, la falta no puede ser corregida con el remedio del veredicto contrario a la evidencia, precisamente porque cualquiera demostración, así sea la más indirecta y la más mínima, es apta o capaz de servirle al Jurado como firme sustentáculo de su decisión.

Tal vez no concierta con los principios de derecho penal ni con el Código de 1890 la teoría del señor Procurador, según la cual el autor de un delito no es sino aquél que a la intención dolosa acompaña el acto material de ejecutar por sí el hecho criminoso consumativo de la violación de una norma jurídica. Disiente la Corte de esa teoría que descarta a los autores intelectuales de un delito y a los que coaccionan a otro u otros para que lo cometan y a los que participan en su perpetración con fraternidad intencional preordenada o instantánea, en una cooperación de tal suerte activa y principal que corresponde a un concurso de acción, por más que no todos los cooperadores ejecuten la materialidad consumativa del hecho. En semejantes contingencias todos serían coautores, advirtiendo que es de rigor no confundir las nociones de simples coautores y de coautores en concurso recíproco, que son diferentes. Los que delinquen en

concurso recíproco tienen el carácter de coautores, siempre; pero no siempre en todo delito realizado por dos o más coautores habrá concurso recíproco.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, julio veintiuno de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

Cuatro individuos asaltaron la casa de Eustaquio Murcia, situada en el Municipio de Briceño (Boyacá), la noche del veintinueve al treinta de enero de mil novecientos treinta y cuatro, y con un disparo de escopeta y golpes de peñilla y palo o garrote, dieron muerte a Alfredo Castillo.

Parmenio Monsalve, Leopoldo Forero, Parmenio Rodríguez y Urbano Morales son los reos, a cada uno de los cuales el Tribunal Superior de Tunja impuso quince años de presidio, como responsables del hecho que reprimia el artículo 595 del Código Penal de 1890.

Interpuesto el recurso de casación por Morales y Rodríguez, han invocado las causales 1ª y 5ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931, y las que bajo los números 1º y 2º consigna el artículo 567 de la Ley 94 de 1938.

Preferible resulta, en el caso actual, no tomar en cuenta sino aquellos motivos de la legislación anterior.

Dispone la causal 5ª: "Ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, siempre que esta cuestión haya sido debatida previamente en las instancias."

Se cumplió la condición del debate previo acerca de la notoria injusticia del veredicto, para lo cual bastan los memoriales de folios 66 y 67 del cuarto cuaderno, y 6 del cuaderno quinto, dirigidos, en su orden, al Juez y al Tribunal, memoriales que contienen el pedimento de que se declare la injusticia mencionada.

El señor Procurador Delegado en lo Penal concluye su vista así:

“Por todo lo expuesto, la Procuraduría conceptúa que tiene apoyo la causal 5ª invocada por los recurrentes, y en consecuencia, pide atentamente a la honorable Corte que infirme la sentencia recurrida para que un nuevo Jurado decida sobre la responsabilidad verdadera que les corresponda a Parmenio Rodríguez y a Urbano Morales.”

Y antes de expresar en qué consisten los argumentos de la Procuraduría, hace la Sala una breve historia del suceso y de la actuación procesal.

Dormían en la casa del crimen Alfredo Castillo, su concubina Campos Murcia, un niño de ambos, Amparo Murcia, Carmen Verano y María Pastrán, cuando hacia la medianoche entraron, según el occiso (folios 1 del primer cuaderno), Leopoldo Forero, Parmenio Monsalve y otros dos que Castillo no conoció, y allí le infirieron a éste varias heridas de machete y de instrumento contundente, acabando Forero por dispararle con su escopeta, uno de cuyos proyectiles (balín o posta más grande que las ordinarias municiones del arma) le penetró abajo del corazón y salió atrás, sobre la región renal.

Alfredo Castillo, herido de muerte, corrió a la vecina casa de su padre Pastor; mientras los criminales, tres de ellos a lo menos, abusaban carnalmente de Campos y Amparo Murcia, María Pastrán y Carmen Verano, mediante violencias, en el propio lugar del homicidio.

Ya en la madrugada los delincuentes se retiraron de la casa de Eustaquio Murcia y, en persecución de Alfredo Castillo, fueron a atacar, Forero y Monsalve que se sepa de seguro, la habitación en donde la víctima se refugiara, sin lograr su intento.

Imperfecta y caótica aparece la instrucción del sumario, y por eso no existe *legal certidumbre* de que a la casa de Eustaquio Murcia hubiesen entrado las cuatro personas procesadas o tres tan sólo, ni de que en el ineficaz asalto a la casa de Pastor Castillo intervinieran también Parmenio Rodríguez y Urbano Morales.

Pero dos muy importantes testimonios tienden a crear la persuasión de que sí entraron a la primera casa (la de Murcia) los cuatro reos.

Alfredo Castillo dijo:

“Pues es el caso que anoche, a eso de las doce de la noche, estando yo durmiendo en la casa de Eustaquio Murcia, llegaron Leopoldo Forero y Parmenio Monsalve y otros dos que no conocí...”

Y Campos Murcia (folios 20 del primer cuaderno) declaró:

“Antes de salir de la casa Forero y Monsalve, lo cual hicieron ya aclarando el día, le dije a Parmenio que sacara a Forero de allí y a sus

compañeros, y me contestó que me callara la jeta, que qué me estaban haciendo a mí. En seguida salieron y un individuo de los que los acompañaban y que fue al único que pude ver pero que no conocí dijo...” (Subrayó la Sala).

Sea lo que fuere, no es posible discutir la verdad de que Parmenio Monsalve, Parmenio Rodríguez, Urbano Morales y Leopoldo Forero, juntos fueron a casa de Murcia, en la que se introdujeron por lo menos tres. ¿Con qué propósitos? A su tiempo se responderá.

Iniciado el sumario contra Forero y Monsalve, éste, al cabo de trece meses, delató a Morales y a Rodríguez, y en la indagatoria de folios 73 a 76 detalló la acusación. Su compendio es el siguiente: que Urbano Morales, Inspector rural de Policia, obligó a Monsalve a que lo acompañara a capturar a Pablo Emilio Forero; que en unión de Leopoldo Forero y Parmenio Rodríguez marcharon a la casa de Eustaquio Murcia, en donde había estado todo el día Pablo Emilio; que Leopoldo y el Inspector llevaban escopetas, y sendos *bordoncitos* Rodríguez y Monsalve; que al llegar a casa de Murcia, atropellaron la puerta Forero y Rodríguez y se entraron, mientras Monsalve y Morales permanecieron afuera; que al oír bulla y un disparo dentro de la habitación, disparo que hizo Leopoldo Forero, Monsalve entró cuando salía herido Alfredo Castillo; que Rodríguez y Forero cogieron a unas muchachas acostadas en la sala, en tanto que Monsalve fue a una alcoba ocupada por Campos Murcia y un niño; que a ruegos de ella, se quedó acompañándola y protegiéndola, no sin acostarse “un ratito”, también a ruego de la Murcia; y, por último, que como a las cuatro y media de la mañana, Monsalve se dirigió a su casa, y Rodríguez y Forero a la de Pastor Castillo, en donde dieron garrotazos, agregando Monsalve que Urbano Morales permaneció lejos de la casa de Eustaquio Murcia y que “se iría cuando sintió el disparo”.

La síntesis anterior es lo sustancial y pertinente de la indagatoria de Parmenio Monsalve.

Sometidos a juicio por asesinato los cuatro sujetos de que se trata como coautores del homicidio (hubo sobreseimiento en lo tocante a la violencia carnal), el Jurado unánimemente afirmó que eran responsables con premeditación y en concurso recíproco, y negó las circunstancias de alevosía, a traición y sobreseguro, previa asechanza y el haber sorprendido a la víctima descuidada, desapercibida o indefensa.

El interrogatorio principal (artículo 47, Ley 169 de 1896) se presentó al Jurado, para cada uno de los reos, en esta forma:

“¿El acusado X X es responsable, si o no, de haber dado muerte voluntariamente a Alfredo Castillo, quien falleció a consecuencia de varias

heridas que recibió en la cabeza y en otras partes del cuerpo, producidas con instrumento cortante y contundente, y a más de un disparo de escopeta hecho a corta distancia, el día veintinueve de enero de mil novecientos treinta y cuatro, como a eso de las doce de la noche, poco más o menos en la casa de habitación de Eustaquio Murcia que se halla situada en la vereda de 'Tarpaya', de la jurisdicción municipal de Briceño, y en la ejecución de ese hecho procedió dicho acusado con premeditación, esto es, con deliberación previa de matar y en concurso recíproco con otro u otros?"

Los párrafos que a continuación copia la Corte, bastante extensos, pero que es preciso transcribirlos para entender a fondo el criterio que los inspiró, contienen las ideas del señor Procurador Delegado:

"Según este relato (el de la indagatoria de Parmenio Monsalve, anota la Sala), Monsalve fue a la casa de Murcia porque así se lo exigió Urbano Morales Zambrano, quien tenía el cargo de Inspector, y el objeto del viaje a ese lugar era el de capturar a Pablo Emilio Forero. Junto con Monsalve y con Morales llegaron a la casa de Murcia, Leopoldo Forero y Parmenio Rodríguez, quienes atropellaron la puerta. Forero fue quien disparó y Morales no penetró a la casa, pues permaneció alejado de ella con el objeto de atajar a Pablo Emilio Forero, si éste intentaba escaparse de las habitaciones a donde si entraron Leopoldo Forero y Parmenio Rodríguez.

"Dedúcese de todo lo narrado hasta aquí que tanto los testimonios allegados al expediente como las afirmaciones hechas por el sindicato Monsalve, señalan a Leopoldo Forero como el autor del disparo.

"¿Cuál pudo ser entonces la coparticipación en el homicidio de Rodríguez y Morales, que son los recurrentes en casación?

"En cuanto a Morales tenemos que no hay imputación relativa a los actos ejecutivos del hecho principal o sea el homicidio. Ni los habitantes de la casa de Murcia ni los moradores de la casa de Pastor Castillo lo muestran a él como ejecutor material de aquel delito. Monsalve también afirma que Morales estuvo apartado del lugar de los acontecimientos.

"En cuanto a Rodríguez, existe el cargo formulado por Monsalve de que aquél entró con Leopoldo Forero a la habitación en que se encontraba Alfredo Castillo; pero no hay imputación concreta sobre las actividades que hubiera desarrollado en lo relativo a la ejecución y consumación del homicidio, pues como ya se dijo

antes, Monsalve considera que el autor del disparo fue Leopoldo.

"Todas estas consideraciones de seguro que estuvieron en la mente de los falladores, lo que no fue óbice para que juzgaran como autores principales del delito a los cuatro sindicados mencionados: Forero, Rodríguez, Monsalve y Morales.

"Ni el Juzgado ni el Tribunal desconocieron el hecho de que no todos los cuatro procesados fueron agentes o autores materiales del homicidio. Sencillamente los englobaron a todos bajo una capa idéntica de responsabilidad, equiparando en todos ellos el grado, por creer que el delito se llevó a término mediante el acuerdo previo de los cuatro delinquentes.

"Hubo acuerdo previo, porque hubo premeditación, y por lo mismo, el homicidio se cometió por los cuatro procesados en concurso recíproco. Tal parece que éste fue, en síntesis, el razonamiento del Juzgado y de la Sala del Tribunal.

"Con todo respeto, y sin el ánimo de dogmatizar, porque en estas materias los pontífices, a más de ser, por lo general, simuñadores, son siempre o un poco o un mucho ridículos, este Despacho se aparta de la opinión de los falladores y conceptúa que, dentro del concepto clásico en que se inspiraba el Código Penal de 1890, sólo puede reputarse como autora de un delito a la persona que haya tomado parte, tanto en la intención dolosa como en la ejecución de actos materiales que constituyan la objetividad consumativa de la violación de la norma jurídica.

"Es verdad que el artículo 22 citado reputa como autores del delito a los que lo cometen en concurso recíproco entre dos o más; pero entiendo la Procuraduría que el concurso recíproco implica concurrencia en los actos consumativos del delito con voluntad y acción tan intensas, que agoten los elementos constitutivos del mismo.

"Claro está que el fenómeno de la complicidad o de coparticipación delictiva puede realizarse cuando existiendo concurso de voluntades, tan sólo uno de los copartícipes realiza los actos materiales de la consumación. Pero entonces, los que aunaron sus mentes, los que ligaron sus voluntades hacia el mismo fin criminoso, deben reputarse como copartícipes en el hecho delictivo, y para efectos de la penalidad pueden ser sancionados con la misma pena, según las circunstancias mismas del hecho y las condiciones personales de cada copartícipe. Pero, en rigor jurídico, únicamente será autor el que aunó a la intención criminoso el acto material consumativo del delito.

"No hay prueba suficiente de que los recurrentes hubieran realizado actos inequívocos y definitivos de consumación del homicidio, ni

tampoco se encuentra con claridad la demostración de que hubieran comulgado espiritualmente en el propósito criminal de arrebatarse la vida a Alfredo Castillo. (Subrayó la Sala).

“En efecto: por deficiencias de la investigación, o por cualquiera otra causa, resulta desconocido, o por lo menos muy impreciso, el móvil del homicidio. La hipótesis del robo no encuentra suficiente apoyo en las probanzas, pero tampoco puede descartarse por inverosímil, ni siquiera por improbable. La hipótesis de que los asaltantes de la casa de Murcia persiguieron la satisfacción de apetitos sexuales, tiene todos los visos de posibilidad y hasta de mucha probabilidad. La hipótesis de que el viaje a la casa de Murcia obedeció al propósito de capturar a Pablo Emilio Forero, o de causarle algún daño a éste, tampoco es inverosímil. Por último, la hipótesis de que los asaltantes de aquella casa llegaron a ella con el ánimo de matar a Alfredo Castillo, también es aceptable. Pero se atreve a pensar la Procuraduría que esta última versión es, como las anteriores, una mera hipótesis.

“Forero, Morales y Rodríguez han negado los cargos. Monsalve confesó su asistencia a la casa de Murcia la noche de los acontecimientos e hizo imputaciones a sus compañeros, pero no afirmó en ningún momento que con ellos se hubiera puesto de acuerdo para quitarle la vida a Alfredo Castillo, ni a ninguna otra persona.

“Si el móvil que llevó a los asaltantes a la casa de Murcia no fue el homicidio —hipótesis muy factible como ya se vio— resultaría que la muerte de Alfredo se realizó de manera ocasional, como muy bien pudiera deducirse de la propia declaración de Campos, mujer que estaba acostada con Alfredo cuando entraron a la alcoba Forero y su compañero.

“Leopoldo Forero y su compañero pudieron penetrar a dicha alcoba con el deliberado propósito de quitar la vida a Alfredo, sin que sus acompañantes estuvieran enterados de tal plan.

En todo caso, concretando la cuestión del concurso recíproco en la consumación del homicidio a las personas de los recurrentes, *no encuentra la Procuraduría prueba legal suficiente* (subraya la Sala) para reputar a Parmenio Rodríguez y a Urbano Morales Zambrano como coautores del homicidio, por no estar demostrada su participación en el hecho consumativo de la supresión de la vida de Alfredo Castillo, ni demostración tampoco de que con antelación al homicidio lo hubieran concertado con quienes si dieron golpes mortales a la víctima.

“No existiendo la prueba de que los recurrentes causaron las heridas mortales a Alfredo Castillo, ¿podrán reputarse como coautores de la muerte de éste? ¿No son, por este aspecto, in-

justos los veredictos? La Procuraduría cree que si existe tal injusticia, y esta opinión, expresada en casos semejantes, ha sido acogida en otras ocasiones por la honorable Corté.

“El Tribunal de Tunja para condenar a los cuatro procesados con la misma pena colocando en un mismo pie de igualdad la responsabilidad de todos ellos, tuvo en cuenta sin duda alguna el estado de inseguridad y de intranquilidad que se hallaba entronizado en la comarca en que se cometió el crimen, pues según parece por aquella época, en dicha región se habían hecho frecuentes los ataques salvajes a las moradas de los pacíficos campesinos.

“Pero aquella consideración, muy sana en sus propósitos, no puede estimarse como suficiente para olvidar los principios generales del derecho penal sobre la complicidad. Y algo semejante puede decirse en relación con los jueces de conciencia: es cierto que el Jurado tiene cierta soberanía de apreciación de las probanzas, pero esta amplitud para pesar las pruebas no puede llegar hasta el extremo de adoptar conclusiones que pugnen con los principios científicos.”

La Corte contesta:

A) Sólo habría sido oportuna la argumentación del señor Procurador antes de que el Jurado profiriera su veredicto, pues ella equivale a un memorial de instancia que se resume en *no ser suficiente la prueba legal* que acusa a Urbano Morales y Parmenio Rodríguez como coautores o coparticipes del homicidio, unidos a Parmenio Monsalve y Leopoldo Forero. ¿Y acaso puede concebirse que un veredicto sea contrario a la evidencia de los hechos únicamente porque a la prueba de la responsabilidad le falte la plenitud preestablecida en la Ley?;

B) Un veredicto es notoriamente injusto cuando repugna a la evidencia, y ésta, en lo judicial, no es sino la completa demostración de un hecho, aserto de donde se desprende otro: que la injusticia notoria de cualquier veredicto descansa en la razón de que se opone a esa plena prueba. Lógicamente, para que mereciese la tacha de ir contra lo evidente la decisión por medio de la cual el Jurado fijó la responsabilidad de Rodríguez y Morales, conjunta con la de Monsalve y Forero, en el concurso recíproco del homicidio, se necesitaría que el proceso suministrara la prueba plena de que Morales y Rodríguez no cooperaron, bajo ningún aspecto, a la perpetración del crimen. Y lo que pasa es que la Procuraduría considera débil, oscura, insuficiente, esa prueba, pero aceptando que alguna existe;

C) La Corte no incurre en el yerro de aseverar que el negocio encierra con claridad una plenitud de probanzas comprometedoras de los recu-

rrentes. No. La prueba, a más de indirecta, es vaga. Y aludiendo a la doctrina de esta Sala (casación de 2 de noviembre de 1942, *Gaceta Judicial* números 1889 y 1890, páginas 210 a 214), si la ausencia de pruebas de un convenio para matar no es prueba plena de la *inexistencia* de la cooperación, por lo cual no se opondría a lo evidente el veredicto que afirmara esa cooperación, a *fortiori* ¿cómo va a pecar de notoria injusticia un veredicto que se cimienta en algún acopio de comprobaciones aunque a éstas les quepa el reparo de ser incompletas ante las reglas legales que ciertamente no son la norma para adquirir el Jurado su convicción?;

CH) La prueba que acusa a Parmenio Rodríguez y a Urbano Morales es indicial, y sólo en torno a esos hombres y a Leopoldo Forero y Parmenio Monsalve ha girado la imputación del delito. No hubo responsables diversos. Alfredo Castillo denunció el día de su muerte (30 de enero de 1934) a Monsalve y Forero y a otros dos que no conoció. De presumir es que los dos desconocidos eran Morales y Rodríguez. Campos Murcia habla de Forero y Monsalve y de los compañeros de éstos. ¿Quiénes podrían haber sido los compañeros? No es aventurado inferir que fueron los recurrentes. Pablo Emilio Forero declaró el 16 de enero de 1934: "...El día veintinueve de enero del corriente año me encontraba yo en la casa de Eustaquio Murcia..., como a eso de las seis de la tarde. A esa misma hora pasó por allí Urbano Morales, quien dirigiéndose a mí me dijo: 'No estén descuidados porque esa noche podían llegar a matarnos porque venimos de levantar a un primo suyo que lo mataron anoche', e inmediatamente siguió su camino..." En extremo sugestiva es la advertencia de Morales a Pablo Emilio Forero.

Quizás se perfila la recóndita intención de alejar a Pablo Emilio de la casa de Murcia, para que en dicha casa no durmiera sino Alfredo Castillo. La delación de Parmenio Monsalve, ratificada en careos con Parmenio Rodríguez y Urbano Morales, y la radical discrepancia de los últimos con el acusador, comportan datos indiciales de gran fuerza contra Morales y Rodríguez;

D) El Jurado, en ejercicio del deber que la misión a él encomendada le impone para juzgar en conciencia, moralmente estimó, sustentando su certeza en los elementos probatorios referidos y en algunos más como la enemistad y las graves amenazas de Forero y Monsalve a Alfredo Castillo (12, 16 v., 17, 20 v., 22 v., 23), que Monsalve, Forero, Rodríguez y Morales, armados de dos escopetas y de garrotes y peñilla o machete, no se encaminaron a casa de Eustaquio Murcia, a medianoche, con otro objetivo que el de matar a Alfredo. Pudo el Jurado desechar, y

las desejó, tres consejas de Parmenio Monsalve: que Urbano Morales los llevara a la captura de Pablo Emilio Forero; que Morales y Monsalve hubiesen permanecido fuera de la casa de Murcia, mientras Rodríguez y Forero daban muerte a Castillo, y que Monsalve, cuando entró en la casa, se constituyera protector de Campos Murcia;

E) No fue que el Jurado propasara el límite razonable de su soberanía en la apreciación de las pruebas, amplitud que (palabras de la Procuraduría) "no puede llegar hasta el extremo de adoptar conclusiones que pugnen con los principios científicos". Al Jurado se le interrogó sobre el concurso recíproco de Forero, Morales, Rodríguez y Monsalve, en el homicidio, y el Jurado, con auxilio de probanzas bastantes para informar su conciencia, asintió a un hecho muy digno de crédito: que los cuatro reos, premeditadamente y en concurso de acción, le quitaron la vida a Alfredo Castillo. "Situación de hecho nacida de la situación de derecho que el Juez creó y que el Tribunal aceptara";

F) Que el Tribunal Superior de Tunja, olvidando "los principios generales del derecho penal sobre complicidad", tuvo en cuenta ciertos factores sociales de la región en la época del delito, para condenar a los cuatro procesados con la misma pena y en igual grado de responsabilidad, escribe el señor Procurador. La reflexión de éste se endereza a criticar lo que para él es una equivocada evaluación de las pruebas contra Morales y Rodríguez, por parte de los falladores de instancia, pero en nada toca con el tema del veredicto injusto. Y es que si para abrir causa y condenar se echa mano de prueba *incompleta* o *deficiente de la responsabilidad*, en los juicios por Jurado, la falta no puede ser corregida con el remedio del veredicto contrario a la evidencia, precisamente porque cualquiera demostración, así sea la más indirecta y la más mínima, es apta o capaz de servirle al Jurado como firme sustentáculo de su decisión;

G) Un detenido estudio del interesante concepto del señor Procurador Delegado deja la impresión de que él concede *exclusiva* importancia al disparo de escopeta que le hizo Leopoldo Forero a Alfredo Castillo, para el efecto de la comisión del homicidio, y con insistencia escribió que, como fue Forero el autor del disparo, no está probada la participación material de Parmenio Rodríguez y Urbano Morales en el acto consumativo del delito, por falta de imputación concreta. En primer lugar, arguye la Sala, Castillo recibió cuatro heridas: una de arma de fuego, una de machete en la cabeza que rompió el hueso, y dos de garrote. Tres armas de diversas clases que varias personas emplearon. Y en segundo lugar, ¿cuáles y cuántas personas infirieron

ron las heridas? La declaración acusadora de Parmenio Monsalve tiende a culpar de ello a Rodríguez y Forero y a librarse él y Morales del cargo. Y Campos y Amparo Murcia, Carmen Verano y María Pastrán explícitamente no citan sino a Forero y Monsalve. Pero hoy un análisis de jurista, ceñido no más que al criterio o enseñanzas de las pruebas judiciales, es materia en absoluto inadecuada e impertinente para resolver este problema de cuántos y cuáles individuos hirieron a Castillo, porque la conciencia del Jurado lo resolvió verdad sabida y buena fe guardada, con apoyo en elementos de prueba indiciaria, de suficiente valor moral para afirmar el concurso recíproco de los cuatro reos en el homicidio;

H) Para descubrir el móvil del homicidio tiene el señor Procurador como verosímil, posible y probable, cada una de estas hipótesis: el robo, la satisfacción de deseos sexuales, la captura de Pablo Emilio Forero o el ánimo de causarle un daño, y el propósito de matar a Alfredo Castillo. Pues si el Juzgado y el Tribunal y los jueces de hecho optaron por la hipótesis última, que es la más probada, carece de todo fundamento jurídico la alegación de que el veredicto es contrario a la evidencia. Y es la hipótesis más probada conforme a lo dicho en los párrafos CH) y D), aunque quizá sea lo de menos la averiguación exacta del móvil del homicidio;

I) Dijo el Tribunal, y con ello comulga la Sala:

“Pero la falta de establecimiento de este grupo como sociedad, no le quita el carácter de solidaridad a la responsabilidad que mancomunadamente llevan en la totalidad de la acción. ¿Cuál era la acción preconcebida? No parece plenamente delineada en la sumaria. Pero una deducción lógica y natural hace presumir el fin por los resultados. Si cuatro individuos armados convenientemente asaltan a medianoche una casa y atacan a peñilla, palo y bala, y matan a su morador, se impone la deducción de que iban a matar... Y si esa deducción lógica de que iban a matar se refuerza con las versiones de que hay noticia en el expediente... la justicia concluye como ha concluido insistentemente por boca de todos sus voceros, que aquel grupo de asaltantes había preconcebido y puesto los medios para la consumación del delito que ejecutaron.

“¿Cuáles fueron esos medios? Muy claros se ven: la reunión de todos cuatro en un mismo lugar, cosa que debió ser convenida, porque no es posible que cuatro campesinos, a medianoche, se encuentren por obra de la casualidad en un mismo punto armados con armas mortales. El ir armados; es cosa bien singular en verdad que un campesino porte consigo escopeta a las doce de la noche en despoblado. El ataque a Alfredo Castillo con peñilla, garrote y tiro de escopeta;

es bien raro también que no hubieran atacado sino a una sola persona habiendo en la casa seis. La llegada furtiva y en calidad de desconocidos. Si iban de visita o con otro fin legítimo, ¿por qué tratan de ocultar su verdadera personalidad y salen en huida apenas llegan los rayos del día? Y por último la persecución a Castillo yéndose detrás de él hasta la otra casa donde estaba refugiado haciendo ostentación de ataque con las armas.”

J) Creada por el Juez y el Tribunal, no caprichosa ni gratuitamente, una situación de derecho para los cuatro homicidas, incluyéndolos en idéntico grado de dolo y responsabilidad e imputándoles a todos la premeditación que implicaba el previo acuerdo de matar a Castillo, el veredicto del Jurado lejos se halla de entrañar injusticia notoria, porque si en derecho tiene validez la siguiente expresión del Tribunal, cuánto más la tendrá para el sentido moral del Jurado:

“Si al concurso recíproco de los cuatro se agrega el acuerdo de voluntades, estudiado ya, se descubre en todos y en cada uno la malicia total necesaria para llevar la total responsabilidad. Porque si uno de los procesados prueba que fue a aquella casa con intención inocente o con intención criminal distinta de la de matar, y que no tenía conexión homicida con sus compañeros, la responsabilidad que lleve puede ser secundaria o accidental. Pero estudiado como ha sido el acuerdo previo, el que se deduce casi necesariamente por la reunión de todos en un sitio y hora determinados, con armas mortíferas, acción conjunta y dispersión acorde y simultánea de todos, hay que concluir por *syndéresis* jurídica y por lógica elemental, que todos llevan igual grado de responsabilidad.”

K) Recalcando las proposiciones discurre el señor Procurador: que “dentro del concepto clásico en que se inspiraba el Código Penal de 1890, sólo puede reputarse como autora de un delito a la persona que haya tomado parte tanto en la intención dolosa como en la ejecución de actos materiales que constituyan la objetividad consumativa de la violación de la norma jurídica”; que “el concurso recíproco implica concurrencia en los actos consumativos del delito con voluntad y acción tan intensas que agoten los elementos constitutivos del mismo”; que “en rigor jurídico, únicamente será autor el que aunó a la intención criminoso el acto material consumativo del delito”; y que no es dable juzgar a Morales y Rodríguez “como coautores del homicidio, por no estar demostrada su participación material en el hecho consumativo de la supresión de la vida de Alfredo...”, o por no existir “la prueba de que los recurrentes causaron las heridas mortales” a Castillo. De un lado, la Procuraduría se

desentiende o prescinde de una cuestión primordial: que el Jurado pudo hacer uso en sus atribuciones de conciencia, y lo hizo, de suficientes elementos de juicio para convencerse, como se convenció, de que Rodríguez y Morales, en concurso recíproco con Forero y Monsalve o en ayuda mutua, mataron a Alfredo Castillo. Y de otro lado, tal vez no concierne con los principios del derecho penal ni con el Código de 1890 la teoría del señor Procurador: que el autor de un delito no es sino aquel que a la intención dolosa acompaña el acto material de ejecutar por si el hecho criminoso consumativo de la violación de una norma jurídica. Disiente la Corte de esa teoría que descarta a los autores intelectuales de un delito y a los que coaccionan a otro u otros para que lo cometa y a los que participan en su perpetración con confraternidad intencional preordenada o instantánea, en una cooperación de tal suerte activa y principal que corresponde a un concurso de acción, por más que no todos los cooperadores ejecuten la materialidad consumativa del hecho. En semejantes contingencias todos serían coautores, advirtiendo que es de rigor no confundir las nociones de *simples coautores* y de *coautores en concurso recíproco*, que son diferentes. Los que delinquen en concurso recíproco tienen el carácter de coautores, siempre; pero no siempre en todo delito realizado por dos o más coautores habrá concurso recíproco, y

L) Por lo demás, los defensores de Morales y Rodríguez, según consta en las actas de la celebración del juicio (folios 61 a 65 v.), adujeron ante el Jurado las mismas razones del señor Procurador, y el Jurado no creyó en ellas, ateniéndose a la prueba que revelaba la coparticipación principal de los recurrentes.

La causal de injusticia notoria no se justificó.

* * *

Causal 1ª: "Ser la sentencia violatoria de la Ley Penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma."

Tampoco prospera esta causal. En suma quisieron significar los recurrentes que su responsabilidad, si la tuvieren, no es la de los autores o partícipes directos del homicidio, sino una que debe disminuir o atenuar la represión, y se fundan en las mismas alegaciones del veredicto notoriamente injusto: que no hay prueba de la imputación que se les formuló, lo cual es inconducente para el examen de la causal 1ª.

* * *

En consecuencia, la Corte Suprema, oído el concepto del señor Procurador Delegado y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no infirma* el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, que condenó a los recurrentes en casación Parmenio Rodríguez y Urbano Morales, junto con Leopoldo Forero y Parmenio Monsalve, a la pena principal de quince años de presidio como responsables de la muerte violenta de Alfredo Castillo.

Devuélvase el proceso al Tribunal de su origen.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Campo Elías Aguirre, Manuel Caicedo Arroyo, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Qué debe entenderse por veredicto contradictorio. Concurso recíproco.

1. Contradictorio, había dicho la Corte en otra ocasión, es lo que envuelve afirmación y negación a la vez, que se oponen una a otra y mutuamente se destruyen. Lo contradictorio de un veredicto está en la imposibilidad de conciliar el contenido de sus propias voces o proposiciones en que unas afirman lo que otras niegan, no pudiendo ser a un mismo tiempo verdaderas ni falsas a un tiempo mismo, y no es ni puede ser la discrepancia u oposición de los términos en que se concibió, con alguna cuestión de hecho o con cualesquiera opiniones de derecho, porque cuando un veredicto contradice evidentemente los hechos y el derecho, hay apenas campo a la declaración de notoria injusticia.

2. Nunca se le ha ocurrido a la Corte negar una verdad elemental: que el concurso recíproco supone coautores materiales de uno o varios delitos. Pero, lo que la Corte no admite es la opinión del señor Procurador, quien circunscribe la coparticipación material, el concurso de acción, al estrecho término de ejecutar el acto consumativo del hecho. Los maestros Carrara, Pessina y demás jefes ilustres de la escuela clásica, no llegaron hasta el extremo de enseñar que carece del carácter de coautor material, en concurso de recíproca acción, verbi gratia, el individuo que, en concierto con otro, sujeta a la víctima para que el compañero pueda ocasionarle la muerte o inferirle una lesión personal. Y, finalmente, si los artículos 22 y 23 del Código Penal de 1890 distinguen entre los autores y los cómplices secundarios, no significa ello, en una sana interpretación doctrinaria, que el concurso recíproco de que trata el ordinal 1º del artículo 22 deje de existir porque sólo uno de los cooperadores perpetre el acto material de la consumación del hecho, prescindiendo, sin razón, de la eficacia y la eficiencia que para realizar el delito comporte la también principal actividad criminal de otro u otros, en el instante de esa realización, aunque dicha actividad no sea como la del copartícipe que lleva a cabo la infracción penal directamente, físicamente, materialmente.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, julio veintidós de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elias Aguirre).

El Tribunal Superior de Pamplona condenó a Francisco y Teófilo Cárdenas (o Juan Francisco y Telofio) a la pena principal de veinticuatro años de presidio por la muerte violenta de María Guerrero y por incendio, infracciones acaecidas el ocho de mayo de mil novecientos treinta y ocho, en el paraje "Filo de Llanogrande", del Municipio de La Playa de Belén (Norte de Santander), y contra la sentencia interpusieron aquéllos recurso de casación.

Los reos invocaron ante la Corte las causales 1ª y 5ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931, que se refieren a mala interpretación de la Ley Penal y aplicación indebida de la misma, y a injusticia notoria del veredicto.

* * *

Es inconducente la causal 1ª, que apoyan los Cárdenas en que se les imputó premeditación para matar sin prueba de ese elemento, pues como la premeditación quedó fijada en el auto calificador del sumario y en las preguntas al Jurado y en el veredicto, la pena que se dedujo sobre tal base y las circunstancias de asesinato no es atacable por el aspecto de que se trata.

Tampoco puede prosperar la causal 5ª, ya que el tema de la notoria injusticia no se debatió en ninguno de los dos grados del juicio.

* * *

Con la facultad o atribución del artículo 6º de la Ley 118 de 1931, el señor Procurador Delegado en lo Penal formuló demanda por la causal 6ª, artículo 3º, ibidem, respecto del homicidio, no más, para solicitar lo que sigue:

"Por las consideraciones expuestas, este Despacho pide atentamente que INVALIDE la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Pamplona, y, en su lugar disponga la convocatoria de un nuevo Jurado, que es la solución práctica que a esta causal sexta le ha dado la honorable Corte en varios fallos."

A las seis de la tarde de la fecha que ya se mencionó, Francisco y Teófilo Cárdenas, provistos uno de escopeta y el otro de machete, asaltaron la casa de los ancianos Damián y María Guerrero, casados entre sí, y mientras con el arma última Teófilo daba golpes en las puertas, ambos sujetos proferían graves insultos. Damián huyó, perseguido por Francisco, y Teófilo disparó la escopeta hacia el interior de la vivienda, recibiendo el tiro la mujer, de ochenta y dos años de edad, en un muslo, herida que determinó el fallecimiento de María Guerrero al cabo de cuatro días (el once de mayo).

Después, Francisco y Teófilo Cárdenas prendieron fuego a la habitación, que se quemó totalmente.

El auto de proceder cargó en la cuenta de los Cárdenas los delitos de asesinato e incendio, de que hablaba el Código Penal de 1890, y al Jurado se le presentó la serie de preguntas que a continuación copia la Sala, advirtiendo que son de igual tenor los cuestionarios para cada delincuente, por lo cual no se transcribe sino una de las series:

“1ª ¿El acusado Francisco o Juan de Francisco Cárdenas es responsable —sí o nó— de haber dado muerte voluntariamente y con intención de matar, en concurso recíproco con otra persona, a María Guerrero, a consecuencia de una herida producida con arma de fuego —escopeta— en la pierna derecha, hecho que tuvo lugar el ocho de mayo de 1938, a eso de las seis de la tarde, más o menos, en el punto denominado ‘Filo de Llanogrande’, en jurisdicción de La Playa de Belén o Aspasica, de la Provincia de Ocaña?”

“2ª ¿El mismo acusado Francisco o Juan de Francisco Cárdenas cometió el hecho a que se refiere la cuestión anterior, con premeditación, sorprendiendo a la víctima desapercibida e indefensa?”

“3ª ¿El acusado Francisco o Juan de Francisco Cárdenas es responsable —sí o nó— de haber puesto fuego con intención de hacer daño, en casa de María Guerrero y de Damián Guerrero, hecho que tuvo lugar el día ocho de mayo de 1938, a eso de las seis de la tarde, más o menos, en el punto llamado ‘Filo de Llanogrande’, en jurisdicción de La Playa de Belén o Aspasica, de la Provincia de Ocaña?”

Afirmó el Jurado cada uno de los interrogatorios.

La relación del suceso, ya escrita, se basa en los testimonios de Dominga, Luciano, Ramón David y Carmen Guerrero, sustancialmente idénticos.

Por ejemplo, dijo Luciano Guerrero:

“...vi y presencié que llegaron los señores Francisco y Telofio Cárdenas, con escopeta y machetilla en mano a la casa arriba citada, profiriendo estas palabras: ‘Tuerto hijo de puta: aquí vas a pagar todo lo que has hecho en esta vida’; seguidamente, disparó Francisco Cárdenas una escopeta al aire y se avanzaron a la puerta de la sala dándole de machetazos Telofio Cárdenas, y Francisco cargó de nuevo la escopeta y disparó sobre la puerta por primera y segunda vez, profiriendo las mismas ofensas. Como a los golpes de machete se abrió la puerta, Telofio le agarró la escopeta que ya la había vuelto a cargar a Francisco, y disparó hacia adentro dirigiendo la puntería hacia el lado del aposento, donde seguramente se hallaba la señora María, a quien vi que sacó del brazo momentos después su hija Dominga Guerrero, quien daba gritos de socorro, porque le habían abaleado a su anciana madre; yo en este mismo punto tratando de ocultarme tras del abrigo de un árbol, por temor de que los citados agresores me atacaran, no pude contribuir a la defensa de las víctimas. En estos precisos momentos Francisco Cárdenas seguía con machetilla en mano en actitud agresiva al anciano Damián Guerrero, quien huía con una niña de la mano, por un cafetal abajo. Hubo un momento de silencio y a poco de ello, uno de estos Cárdenas hizo luz (fósforo o mechera) y arrancando un poco de paja del alar de la cocina, prendieron fuego a ésta, y repartiéndolo con otros más que en seguida arrancaron, rodearon de fuego los dos edificios, casa y cocina, que en seguida empezó a destruir la candela...”

Acerca del móvil de tan abominables acontecimientos sólo se conoce la especie a que alude José María Pérez: que al ser interrogados los Cárdenas por qué habían quemado la casa, contestaron que *porque era de un godó hijo de puta.*

La causal 6ª que propone el señor Procurador es así:

“Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.”

Sostiene el señor Procurador:

“.....
“De los testimonios transcritos y ampliados luego por orden del propio Juzgado Superior, se desprende sin lugar a duda que quien disparó y causó la herida a María Guerrero fue Teófilo Cárdenas.

“Conviene recordar que María Guerrero fue víctima tan sólo de una herida en un muslo, sin que hubiera sufrido otra clase de golpes o lesiones. También debe tenerse en cuenta que los testigos no afirman con nitidez que el dis-

pare lo hubiera hecho Teófilo tomando como blanco a la Guerrero, sino que dan a entender simplemente que éste dirigió la escopeta hacia el aposento, en donde se encontraba la víctima, sin que sea posible, por lo tanto, determinar con precisión cuál era el propósito del victimario, si el de matar, o el de herir únicamente, o el de atemorizar, o el de causar un daño a las cosas y no a las personas.

“Pero el punto que sirve de apoyo para sustentar la causal invocada por la Procuraduría, es el de que el Jurado afirmó que Teófilo y Francisco Cárdenas habían dado muerte en concurso recíproco a la Guerrero, lo que envuelve una contradicción, porque al calificar como coautores a los dos acusados, se está admitiendo que no fue sólo Teófilo el responsable material del homicidio, sino que lo fue también Francisco, que, como ya se vio, no disparó contra la víctima.

“Pues de igual modo, cuantas veces se ha presentado el caso de que se condene a dos personas como responsables en concurso recíproco de un hecho en que no existió ese fenómeno, sino que a lo más uno de los reos fue el autor y el otro el cómplice o auxiliador, puede sostenerse que es contradictorio el veredicto que sostiene esa contrapuesta situación jurídica.

“Si, como se ha dicho, Teófilo Cárdenas, no se sabe si en acuerdo previo con Francisco, fue el único autor del disparo que ocasionó la herida fatal que produjo la muerte a la Guerrero, su responsabilidad por ese hecho es la de autor, pero no en concurso recíproco con Francisco Cárdenas, que no tomó parte en la ejecución directa y material del homicidio, tanto más si se tiene en cuenta que en el auto de proceder no se formuló claramente el concurso recíproco. Luego la afirmación de que tanto el uno como el otro acusado obraron en concurso recíproco, es contradictoria.”

Para la Corte perfectamente se ajusta al tema controvertido la tesis o doctrina de esta Sala Penal en el negocio de Tito Pinzón y Santos y Ceferino Muñoz. (Sentencia de casación, de 19 de junio de 1941, *Gaceta Judicial* números 1971 y 1972).

La Sala expresó entonces:

“1º El enjuiciamiento marcó en firme la participación principal de Santos Muñoz, y el veredicto que asintió a ella no hizo otra cosa que sellar la indole solidaria de una codelin-

cuencia al mismo nivel intensivo que tuvo y tiene la responsabilidad de los dos compañeros de Santos; luego el Jurado fue lógico y su respuesta no adolece de la más mínima contradicción;

“2º Contradictorio es lo que envuelve afirmación y negación a la vez, que se oponen una a otra y mutuamente se destruyen. Lo contradictorio de un veredicto está en la imposibilidad de conciliar el contenido de sus propias voces o proposiciones en que unas afirman lo que otras niegan, no pudiendo ser a un mismo tiempo verdaderas ni falsas a un tiempo mismo, y no es ni puede ser la discrepancia u oposición de los términos en que se concibió, con alguna cuestión de hecho o con cualesquiera opiniones de derecho, porque cuando un veredicto contradice evidentemente los hechos y el derecho, hay apenas campo a la declaración de notoria injusticia;

“3º El Jurado contestó con un ‘Si’ a cada uno de los dos interrogantes para Santos Muñoz, secas afirmaciones en que materialmente no cabe contradicción. Y como ésta la encontró el señor Procurador en su doble teoría de que Santos ni obró en concurso recíproco con los otros ni fue coautor del asesinato, de ese criterio de relación a opuestos hechos y pareceres de derecho, aun cuando fueren incontrovertibles, nunca se podrá desprender el aserto de que es contradictorio el veredicto. Tal discordia, se repite, sólo autorizaría para concluir que el veredicto es injusto, causal de casación que no se ha invocado, y

“4º De suerte que el para la Procuraduría ‘errado criterio con que se apreció la participación de Santos Muñoz en el delito’ y la pretensa *mala estimación de la situación jurídica del mismo reo*, no son el camino indicado para llegar a la finalidad defendida por el señor Procurador.”

Idéntica doctrina puede verse en fallo de 17 de marzo de 1943. (Casación interpuesta por Pablo Antonio Capacho Flórez, reo de lesiones personales, robo y cuádruple asesinato). Allí dijo la Corte, entre otras cosas:

“La jurisprudencia transcrita sirve para impugnar la tesis del apoderado de Capacho Flórez, pues la contradicción de un veredicto debe referirse al veredicto mismo, a los elementos que lo integran, y no a su relación con las pruebas del proceso.”

No se presta a ninguna vacilación que el disparo de escopeta a María Guerrero lo hizo Teófilo Cárdenas, y que a la víctima no se le infligió sino una sola herida.

Parece dudoso, además, que el matador hubiera querido dispararle directamente a la anciana mujer, duda que le da al propósito de aquél una posible condición indeterminada.

Y a la vez, las probanzas, que no son bastantes para asegurar que Teófilo y Francisco Cárdenas previamente concertaron suprimir la vida de María Guerrero, harían descartable el concurso recíproco de esos hombres en el homicidio.

Pero es que las situaciones jurídicas que a los procesados les fijaron el enjuiciamiento y el interrogatorio que se sometió al Jurado, no tienen el carácter de contradictorias en la verdadera acepción de ese vocablo. Meramente serían erróneas y hasta podría pensarse que la equivocación es tan palmaria que repugna a la evidencia.

Pues entonces el veredicto menos es evidentemente contradictorio, ya que la afirmación de la responsabilidad de Teófilo Cárdenas en el homicidio, por sí no niega, no se opone, no destruye la responsabilidad afirmada por el Jurado para el otro recurrente. Y como la contraposición es deducida por el señor Procurador de que el veredicto que declaró la responsabilidad conjunta, principal, en concurso recíproco, de los Cárdenas, está desmentido por los hechos y por ciertas teorías de derecho, de modo claro y patente, el único remedio preciso y eficaz sería la causal de notoria injusticia que no prosperó aquí porque el punto no fue materia de debate en las instancias.

Y a ese remedio, que es el jurídico y el lógico, había acudido el señor Procurador Delegado en la causa contra Juan B. Arango y otros (casación de 2 de noviembre de 1942, *Gaceta Judicial* números 1889 y 1890, páginas 210 a 214), y en la de Parmenio Rodríguez, Urbano Morales y dos reos más (casación de 21 de julio de 1943, no publicada aún), negocios ambos que para el señor Procurador contemplaban el mismo problema que encierra la actual causa contra Teófilo y Francisco Cárdenas.

¿Qué contradicción hay entre el *si* para Francisco Cárdenas y el *si* para Teófilo del mismo apellido? Ninguna. La contradicción será, o podrá serlo, entre tales afirmaciones y los hechos. Tal vez el Juez y el Tribunal incurrieron en un error que choca con las pruebas, mas es un error corregible sólo por la vía, inoperante aquí, del veredicto contrario a la evidencia.

Varios párrafos del concepto del señor Procurador, no copiados antes en esta providencia, dicen:

"La honorable Corte, en sentencia de 19 de junio del año próximo pasado (1941, agrega la Sala), publicada en la *Gaceta Judicial* números

1971 y 1972, afirma que en los casos en que el Jurado conteste con 'secas afirmaciones', no cabe la contradicción en los veredictos.

"....."
"Casi se siente relevada la Procuraduría de la necesidad de explanar las razones de su disenso a la tesis de la Corte y de aclararlo con ejemplos. Pero, para mayor abundamiento y para despejar toda duda de que se trate de un empecinamiento descarriado, se permite poner un ejemplo, ya sucedido en los estrados judiciales:

"Se formulan al Jurado dos cuestionarios, uno referente al propósito de matar y otro contentivo de los elementos de la culpa. Los Jueces de hecho contestan ambas cuestiones afirmativamente. Entre esos dos 'sies' hay contradicción evidente, porque la culpa y el dolo se excluyen.

"....."
"Lo que la corriente científica que bautizó Ferri con el nombre de escuela clásica sostiene en relación con el concurso recíproco, es que esta figura se predica de los coautores materiales del hecho delictivo. La misma escuela acepta la existencia del autor intelectual, de la coparticipación objetiva aunque no esencial en el delito, y enseña una extensa gama de coparticipes dentro del fenómeno de la complicidad en general. Pero estableció, se repite, que quien dice responsable en concurso recíproco está afirmando una inculpación a un coautor material.

"En la aludida sentencia la Corte le hace a la Procuraduría el inmerecido honor de considerarla inventora y creadora de esta doctrina, distinción que con toda reverencia declina en los ilustres maestros Carrara, Pessina y demás jefes de la escuela clásica, a quienes se remite para la constatación de la teoría que ha expuesto sobre el particular.

"Oportuno es, sin embargo, insistir en la apreciación de que el Código Penal de 1890, bajo cuya vigencia se cometió este homicidio, estaba francamente inspirado en los principios de la escuela clásica, y en todo lo relativo a la complicidad; basta leer los artículos 22 y 23 para ver la distinción que se hace entre los autores y los cómplices, y cómo cuando hay concurso recíproco los coparticipes quedan incluidos entre los primeros."

"....."

Ni como regla general, ni menos como principio absoluto ha dicho la Corte jamás, que cuando el Jurado contesta con "secas afirmaciones" no cabe contradicción de veredictos.

Si se lee cuidadosamente la sentencia de 19 de junio de 1941 (*Gaceta Judicial* números 1971 y 1972, páginas 345 a 352), cualquiera podrá repa-

rar que la Sala fue bien explícita cuando redujo al caso de Santos Muñoz, coautor de un asesinato en concurso recíproco con Ceferino Muñoz y Tito Pinzón, la imposibilidad de que fuesen contradictorios los dos simples *síes* del Jurado para aquel copartícipe, imposibilidad que también surge de las simples afirmaciones del Jurado en este otro caso especial de Francisco y Teófilo Cárdenas.

Naturalmente, en el ejemplo del señor Procurador, el *sí* del Jurado para el propósito de matar y para el homicidio culposo es una contradicción que da en los ojos, por lo inconciliable del contenido de ambas afirmaciones, porque una deshace o inutiliza a otra, porque se excluyen de modo radical el dolo y la culpa.

Nunca se le ha ocurrido a la Corte negar una verdad elemental: que el concurso recíproco supone coautores materiales de uno o varios delitos. Pero, lo que la Corte no admite es la opinión del señor Procurador, quien circunscribe la coparticipación material, el *concurso de acción*, al estrecho término de ejecutar el acto consumativo del hecho. Los maestros Carrara, Pessina y demás jefes ilustres de la escuela clásica, no llegaron hasta el extremo de enseñar que carece del carácter de coautor material, en concurso de recíproca acción, *verbi gratia*, el individuo que, en concierto con otro, sujeta a la víctima para que el compañero pueda ocasionarle la muerte o inferirle una lesión personal. *Et sic de ceteris*.

Finalmente, si los artículos 22, y 23 del Código Penal de 1890 distinguen entre los autores y los cómplices secundarios, no significa ello, en una sana interpretación doctrinaria, que el concurso recíproco de que trata el ordinal 1º del artículo 22 deje de existir porque sólo uno de los cooperadores perpetre el acto material de la consumación del hecho, prescindiendo, sin razón, de la eficacia y la eficiencia que para realizar el delito comporte la también principal actividad criminal de otro u otros, *en el instante de esa realización*, aunque dicha actividad no sea como la del copartícipe, que lleva a cabo la infracción penal directamente, físicamente, materialmente.

En atención a lo expuesto, y oído el concepto del señor Procurador, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no infirma* la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, que impuso veinticuatro años de presidio a Francisco y Teófilo Cárdenas, como reos de asesinato e incendio.

Devuélvase el proceso al Tribunal.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Campo Elías Aguirre, Manuel Caicedo Arroyo, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Cantidad de pena imponible en los casos de concurso formal y real de delitos.

Ya había dicho la Sala en otra ocasión: "La frase 'hasta en otro tanto', del artículo 33 del Código Penal nuevo (lo mismo que la expresión 'hasta en una tercera parte', del artículo 31), indica un máximo imponible sólo en ocasiones extraordinarias. Y si se presentare la necesidad de doblar la pena del delito más grave, o de elevarla en la tercera parte, débese tener el cuidado de que el aumento no sea mayor que el máximo correspondiente al otro hecho, cuando el concurso es de dos delitos."

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

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

Vistos:

Al amanecer del veinticinco de mayo de mil novecientos treinta y nueve, le robaron al señor Francisco Rossi varios efectos de su tienda llamada "Café Palermo", en la población de Guatiqué, por un valor que excedía de trescientos pesos.

Para el robo, cuyos autores fueron Hipólito Garzón y Segundo Ramírez, hubo escalamiento de muros y otras violencias a las cosas.

Algún tiempo después, el veintisiete de diciembre del año citado, Garzón y Ramírez se fugaron de la cárcel en donde estaban presos.

El Juez del respectivo Circuito Penal condenó a Hipólito Garzón a diez y nueve años, siete meses y diez días de presidio, y a Segundo Ramírez a ocho años de prisión, como responsables de los delitos de robo y fuga, fallo que reformó el Tribunal Superior de Tunja en el sentido de rebajar a ocho años de presidio la sanción principal impuesta al referido Garzón, quien, por medio de apoderado, recurrió en casación.

Ante la Corte el propio reo formuló la demanda en los siguientes términos:

"En primer lugar, ruego a usted se sirva casar la sentencia por no haber dado el Tribunal aplicación al artículo 402 del Código Penal, puesto

que no se tuvo en cuenta los perjuicios que recibió el ofendido en el ilícito, perjuicios que el Tribunal no hizo avaluar siquiera, con lo que se hubiera demostrado que tales perjuicios fueron mínimos, dada la capacidad pecuniaria del ofendido y especialmente teniendo en cuenta que lo hurtado o robado fue íntegramente recuperado.

"En segundo lugar, ruego a usted se sirva casar la referida sentencia por haber aplicado el Tribunal erróneamente el artículo 204 del Código Penal; porque cuando me fugué de este penal lo hice en mi condición de sumariado y no de reo condenado. Y con todo eso, el Tribunal me aplicó la pena de dos años de prisión, como si el delito de fuga lo hubiera cometido como reo condenado y no como simple sumariado, como usted puede comprobarlo en los autos, y como lo demuestra el salvamento de voto del honorable Magistrado doctor Fernando Reina."

Entendiendo, con la amplitud de criterio empleada por el señor Procurador Delegado, que el recurrente quiso alegar la causal 1ª del artículo 567, Ley 94 de 1938, sobre errónea interpretación o aplicación indebida de la Ley Penal, la Corte entra en el estudio de los cargos a la sentencia, advirtiendo antes que la Procuraduría pide infirmación del fallo a fin de que Hipólito Garzón sea condenado, "por los delitos de robo y fuga acumulados jurídicamente, a la pena principal de seis años y ocho meses de presidio y a las accesorias consiguientes...."

Acerca del motivo primero que invoca el reo, se ajustan al derecho las argumentaciones del señor Procurador, que son de este tenor:

"Si lo que pretende Garzón es que se le rebaje la penalidad, por el poco perjuicio que con el robo recibió el ofendido y por habersele reintegrado las cosas materia de la infracción, lo pertinente sería aludir a los artículos 400 y 429 del Código Penal, pero no al 402 *ibidem*, que instituye la figura general del delito de robo.

"Más aún considerando invocados por Garzón los artículos 400 y 429 citados, no podría casarse la sentencia.

"En efecto, el artículo 400 dispone que cuando el valor de lo hurtado sea inferior a doscientos pesos, y las circunstancias personales del responsable no revelen mayor peligrosidad, puede el Juez reducir la pena hasta la sexta parte del mínimo correspondiente y sustituir el arresto a la prisión.

"Este artículo es extensivo al robo, por disponerlo así el 403 de la misma obra.

"Pero en el presente caso la cuantía del robo, o mejor dicho, el valor de lo recuperado, fue de \$ 319.98. Por tanto, no siendo esa cuantía inferior a doscientos pesos, el artículo 400 del Código Penal es inaplicable a Garzón.

"Tampoco lo es el 429, puesto que esta disposición exige para aminorar la pena que el responsable *restituya* el objeto materia de la infracción. Y en este negocio, Garzón no hizo restitución alguna. Fue la autoridad la que, por su propia iniciativa, logró decomisar varios de los objetos robados. La voluntad de Garzón no intervinó, pues, para hacer cesar los efectos perjudiciales del delito en el patrimonio del ofendido.

".....
"No prospera, pues, el cargo."

El segundo motivo de la demanda es que Hipólito Garzón cree que el Tribunal Superior de Tunja, por la evasión de la cárcel, lo reprimió como reo condenado, cuando sólo se le había abierto el juicio en razón del robo. Y expresa el recurrente que hubo error al aplicarle el artículo 204 del Código Penal.

Es equivocada la cita de ese artículo, precepto referente al que procura, facilita o ayuda a la fuga, y a las claras se comprende que el propósito de Garzón fue mencionar el artículo 203.

Mas el Tribunal no estimó que el evadido era reo condenado.

"El Tribunal, expresa el señor Procurador, se limitó a hacer la acumulación jurídica del artículo 33 del Código Penal en esta forma: seis años de presidio por el delito de robo —que es la infracción más grave— y dos años de igual pena por el delito de fuga."

Y aquí viene la tacha del señor Procurador, que encontró indebida aplicación de los artículos 33 y 203 del Código Penal, apoyándose en lo que a continuación copia la Sala:

"Pero ocurre —y éste es el reparo de la Procuraduría— que si se hubiese sancionado por aparte o en proceso separado el delito de fuga, no habría podido aplicarse en su máximo el inciso primero del artículo 203 del Código Penal, porque apenas concurre en contra de Garzón la circunstancia de mayor peligrosidad señalada en el ordinal 9º del artículo 37, esto es, el haber

ejecutado el delito 'con la complicidad de otro, previamente concertada'.

"Todavía más: aun aplicándose el máximo, la sanción sería de dos años de arresto que, reducidos a prisión conforme al artículo 60 del mencionado Código, darían diez meses y veinticuatro días de presidio. (Nota la Corte que son *diez meses y veinte días*).

"Si se adoptara aquí la acumulación material de penas consagrada en el anterior Código Penal y suprimida del actual, la penalidad para el acusado sería la siguiente: seis años de presidio por el delito de robo y diez meses y veinticuatro días de la misma sanción por el delito de fuga. Total: seis años, diez meses y veinticuatro días de presidio por ambas infracciones, consideradas individualmente, pena bastante inferior a la impuesta por el Tribunal.

"Luego si, guiándose por el criterio de la acumulación material, que es más gravosa para el procesado, la sanción no alcanza siquiera a aproximarse a los ocho años de presidio que contiene el fallo recurrido, resulta ilógico que por el sistema de la acumulación jurídica —que es el más aceptable y el que mejor consulta los intereses del reo y de la justicia— se llegue a una pena superior a la que se habría obtenido si se suman las dos penas correspondientes a los delitos de robo y fuga.

"El cómputo por acumulación jurídica no puede ir hasta romper los límites mínimo y máximo señalados por el legislador para cada infracción en particular, esto es, que el 'otro tanto' a que alude el artículo 33 del Código Penal tiene que ser una cantidad de pena inferior o igual al máximo de la señalada para el respectivo delito que se trata de agregar a la infracción más grave....

"Si, pues, en el caso más grave de considerar aisladamente cada una de las infracciones no puede el juzgador reprimirlas más allá de su respectivo máximo, menos podrá salirse de ese máximo cuando aplica la acumulación jurídica, que tiende precisamente a evitar la suma de todas las sanciones, para optar por una resultante que no llegue a la prisión perpetua, ni traspase los límites de la vida humana.

"Por consiguiente, la causal primera de causal prospera por este aspecto.

"La Procuraduría se permite insinuar a la honorable Corte como sanción para el procesado, la siguiente: seis años de presidio por el delito de robo, tal como lo apreció el Tribunal, y ocho meses más de la misma pena por el delito de fuga. Total: seis años y ocho meses de presidio."

Para la fuga de Hipólito Garzón y Segundo Ramírez hubo escalamiento del edificio de la cárcel

de Guateque. Si ego constituye un medio de violencia a las cosas, la penalidad se aumentaría en la proporción que manda el inciso final del artículo 203, aumento que en nada desvirtúa la tesis del señor Procurador, y que poco modifica sus cálculos.

A dicha tesis aludió el Magistrado del Tribunal, que salvó su voto, y es la misma que desde el 6 de septiembre de 1940 había sostenido la Corte en el negocio contra José Isaac Casas Guerrero, reo de homicidio y robo. (*Gaceta Judicial* números 1961, 1962 y 1963, de octubre, noviembre y diciembre del expresado año; páginas 131 a 137). En el extracto de la doctrina del referido fallo escribió la Sala:

"3º La frase 'hasta en otro tanto' del artículo 33 del Código Penal nuevo (lo mismo que la expresión 'hasta en una tercera parte' del artículo 31), indica un máximo imponible sólo en ocasiones extraordinarias. Y si se presentare la necesidad de doblar la pena del delito más grave, o de elevarla en la tercera parte, débese tener el cuidado de que el aumento no sea mayor que el máximo correspondiente al otro hecho, cuando el concurso es de dos delitos."

* * *

Acepta la Corte, por ser conforme a las circunstancias que el expediente demuestra, la sanción principal que insinúa el señor Procurador, en mérito de lo cual, administrando justicia en

nombre de la República y por autoridad de la ley, se resuelve:

1º Cásase la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, que impuso al recurrente Hipólito Garzón la pena principal de ocho años de presidio, cómo responsable de robo y fuga;

2º Condénase a Hipólito Garzón, por los dos delitos citados, a estas penas: seis años y ocho meses de presidio, que cumplirá en el lugar que el Gobierno señale; a la interdicción de derechos y funciones públicas durante un periodo igual al de la pena principal, periodo que empezará a correr una vez satisfecha la pena de presidio; a la pérdida de la patria potestad, si la ejerciere, y de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, y al pago de los perjuicios que le resultaron a Francisco Rossi, avaluados en cuarenta centavos;

3º Ordénase la publicación especial de la sentencia, y

4º Dése el aviso de que habla el artículo 9º, Ley 10 de 1934, y obsérvese lo que dispone el artículo 96 del Código Penal.

Devuélvase el proceso al Tribunal.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Campo Elías Aguirre, Manuel Caicedo Arroyo, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Jurisdicción y competencia en asuntos referentes a prestaciones sociales.

Ya ha dicho la Corte, y ahora lo confirma, que según la Ley 45 de 1939, las controversias por razón de accidentes del trabajo, jubilaciones, seguros obligatorios, jornales y descanso dominical, se tramitarán de conformidad con el procedimiento señalado en el Título 46 del Libro Segundo del Código Judicial, siempre que la solución de dichas controversias no esté contemplada en un contrato colectivo escrito, quedando además sometidas tales controversias, en cuanto a la jurisdicción y competencia de los Jueces encargados de decidir las, a la cuantía del asunto y a la vecindad de las partes. Trátándose de esos asuntos, el interesado no puede escoger la acción civil común para la indemnización, sino la prescrita expresamente por la ley, y no cabe prescindir de esta disposición, que es de carácter especial para casos tales, para recurrir a las disposiciones generales o comunes del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, febrero diez y ocho de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

El señor Santos Camelo solicita la reposición del auto de esta Sala de Negocios Generales, por medio del cual ella resolvió que no era de su competencia fallar el juicio instaurado por el reclamante ante el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá para que se le indemnizara por los perjuicios morales y materiales que alega haber recibido como consecuencia de un traumatismo en la pierna izquierda en el momento en que prestaba sus servicios el miércoles de ceniza del año de 1922, como enganchador de góndolas de la Empresa del Ferrocarril Central del Norte.

Dijose en el auto reclamado:

“Como clara y evidentemente se desprende del tenor mismo de la demanda, el actor persigue la

indemnización por un accidente de trabajo. Por tanto, la Corte reafirma una vez más la doctrina sentada por esta Sala sobre competencia y jurisdicción en las controversias judiciales sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, seguros de vida obligatorios, jornales de trabajo y descanso dominical: tal doctrina sostiene que la competencia y la jurisdicción en los juicios provenientes de las prestaciones sociales enumeradas anteriormente, se determinan teniendo en cuenta únicamente la cuantía del asunto y la vecindad de las partes, y sin consideración a la calidad de los litigantes.

“Esta tesis de la Corte está sustentada y fundamentada en forma expresa y categórica, en principios jurídicos y en reglas de nuestro derecho positivo, en armonía con la realidad social que las leyes del trabajo tratan de regular.

“En efecto, el artículo 1º de la Ley 45 de 1939 estatuye lo siguiente:

“Las controversias que se presenten por razón de la aplicación de las leyes sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, seguros de vida obligatorios, jornales de trabajo y descanso dominical, se tramitarán de conformidad con el procedimiento señalado en el Título cuarenta y seis (XLVI) del Libro Segundo (II) de la Ley 105 de 1931, siempre que la solución de dichas controversias no esté contemplada en un contrato colectivo escrito. Las solicitudes y actuaciones que se adelanten a este respecto estarán exentas de los impuestos de papel sellado y timbre nacional.

“La jurisdicción y competencia de los Jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, según las reglas generales del Código Judicial vigente.”

“Esta disposición legal prescribe, pues, que los juicios sobre las prestaciones sociales relativas a accidentes de trabajo, jubilaciones, seguros, jornales y descanso dominical, escapan a la competencia y jurisdicción de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, que establece el artículo 76, ordinal 2º, del Código Judicial.

"Así lo ha entendido y lo ha interpretado la Corte en numerosos fallos, entre otros los siguientes: Raimundo Borrero contra el Departamento de Cundinamarca; Domiciano Laverde contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales; Juan de la Cruz Henao contra el Departamento de Antioquia.

"No está demás recordar que esta interpretación de la Corte se conforma con la finalidad estrictamente social de la citada Ley 45 de 1939, la cual tiene por objeto el que las clases trabajadoras, económicamente débiles, puedan hacer valer sus derechos nacidos de las cuestiones del trabajo, desde sus propios domicilios y en las condiciones menos onerosas, ya sea contra la Nación, contra los Departamentos o contra simples particulares.

"Sobre este mismo particular, ha dicho la Corte que 'La representación de la Nación o de los Departamentos en los juicios promovidos por cuestiones del trabajo relativas a las mencionadas prestaciones sociales, corresponde a los Personeros Municipales, sea que se ventilen ante los Jueces Municipales o ante los Jueces de Circuito, de conformidad con reglas procesales actualmente vigentes.' (Véase auto del 14 de noviembre de 1941, en el juicio de Julio Arias Roldán contra el Departamento de Antioquia).

"Por más que manifieste el actor que la acción iniciada es una acción ordinaria de indemnización de perjuicios, basta que alegue el caso de encontrarse al servicio de la Empresa del Ferrocarril Central del Norte cuando le sobrevino la lesión que dice haber sufrido, para considerar que su derecho está jurídicamente gobernado y protegido, no por las normas del Código Civil concernientes a la responsabilidad civil por los delitos y culpas —Título 34—, sino por leyes especiales que rigen en materia de accidentes de trabajo, leyes que, por otra parte, tienen sus reglas procedimentales, singularmente establecidas y consagradas de una manera especial y expresa en la citada Ley 45 de 1939."

Dice el reclamante:

"Como se puede ver en mi demanda, allí solamente ejercito la acción *CIVIL de indemnización de perjuicios y no acción administrativa alguna* de accidentes de trabajo. Esto es innegable.

"La acción de perjuicios se tramita o regla por los artículos 2341, siguientes y concordantes, del Código Civil, cosa que no se me puede negar. Luego si esto es verdad, también es evidente que es improcedente e ilegal la providencia cuya reposición os pido.

"Mi demanda está dirigida contra la Nación, y consiguientemente, es el Tribunal Superior a quien compete la primera instancia en la misma forma que la segunda a la Corte, en cumplimiento de lo prescrito por los artículos 37, 76 y sus

concordantes del Código Judicial, cosa que también resulta irrefutable.

"En el presente caso se trató de reparar un daño que se me ha inferido con graves perjuicios de mi patrimonio moral y material por culpa de los dependientes de la entidad demandada, y, consiguientemente, no se trata aquí de cobrar ningún accidente de trabajo sino de indemnizar los daños y perjuicios que generan mi acción.

"La Ley 45 de 1939 se refiere a asuntos sociales y consagra una acción administrativa extintiva de mi derecho, al paso que mi caso es un hecho aislado que para hacerlo efectivo solamente me da la acción civil de indemnización de perjuicios, pues cuando adquirí ese derecho no existía la Ley 45 de 1939, de una parte, y, de otra, sólo el Código Civil consagra y regla la acción de indemnización.

"La Ley 45 de 1939 se refiere únicamente a las controversias sociales entre patronos y empleados u obreros, particulares, y en el presente caso mi acción sólo la ejercito contra la Nación, que es entidad oficial, cosa que resulta innegable.

"Por otra parte, mis derechos o acciones fueron adquiridos bajo el amparo de la ley vigente en el año de 1922, luego no se puede concebir cómo ahora se pretenda desconocerme esos mismos derechos con leyes que sólo fueron formuladas en 1939; como se ve, esto repugna y desvirtúa la providencia recurrida, ya que por más esfuerzos que se hagan por darle retroactividad a la referida Ley 45; la providencia siempre resulta ilegal y haciéndola acreedora a la reposición.

"Ni se diga que existía la Ley 57 de 1915, porque tal Ley, como la 45, sólo consagra acciones administrativas pero en ninguna parte confiere la de indemnización de perjuicios por ser ésta de naturaleza puramente civil."

No encuentra la Corte razones para revocar ni para modificar el proveído reclamado, pues no son pertinentes las alegadas por el reclamante.

En efecto, que éste solamente haya ejercitado, según dice, la acción "civil" de perjuicios, y no, acción "administrativa" alguna de accidente del trabajo, no prueba otra cosa distinta, sino que no ha escogido la acción que la ley consagra, especial y expresamente, para que el Tribunal *a quo* sea competente para decidir esa acción.

No es, simplemente, porque los demandantes escojan la vía de la acción civil común por lo que ésta sea la que corresponda en realidad y legalmente; cuando se trate de reclamar indemnizaciones por razón de prestación de servicios entre patronos y empleados u obreros. Si así no fuera, como en todo caso de accidentes del trabajo la prestación que corresponde es una in-

demnización al lesionado por el daño que el accidente le ocasionó, jamás tendría aplicación forzosa lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 45 de 1939, pues quedaría a opción del interesado escoger la vía común u ordinaria, prescindiendo de la especial y expresamente señalada en la precitada disposición de la Ley 45 de 1939, según la cual las controversias por razón de *accidentes del trabajo*, jubilaciones, seguros obligatorios, jornales y descanso dominical, se tramitarán de conformidad con el procedimiento señalado en el Título 46 del Libro Segundo de la Ley 105 de 1931 (siempre que la solución de dichas controversias no esté contemplada en un contrato colectivo escrito), quedando, además, sometidas tales controversias, en cuanto a la jurisdicción y competencia de los Jueces encargados de decidir las, a la cuantía del asunto y a la vecindad de las partes.

De lo expuesto resulta que si, como es evidente, todo accidente de trabajo da lugar a una prestación a cargo del patrono, prestación que no es otra cosa que el reconocimiento de una indemnización a favor del lesionado, y, si como es evidente también, de acuerdo con la Ley 45 de 1939 las controversias que se presenten por razón de la aplicación de las leyes sobre accidentes del trabajo están reguladas en cuanto a su tramitación y a la competencia y jurisdicción de los encargados de decidir las, por la regla especial consagrada en el artículo 1º de esa Ley, tratándose en el presente caso, como indudablemente se trata, de un accidente de trabajo, es decir, de una lesión causada a un empleado de la Empresa del Ferrocarril Central del Norte por razón del servicio prestado a ésta, se está en presencia de uno de los casos expresa y taxativamente previstos en el artículo 1º de la Ley 45 de 1939, y no cabe prescindir de esta dis-

posición, que es de carácter especial para casos de accidentes de trabajo, para recurrir a las disposiciones generales o comunes del Código Civil, que se aplican en los casos de indemnizaciones por lesiones que no se han recibido por razón de la prestación de un servicio en las relaciones entre patronos y trabajadores.

La Ley 57 de 1915, vigente cuando tuvo lugar el accidente que motiva la demanda del reclamante, tampoco daría asidero a un concepto distinto del que arriba se deja expresado. Cabe agregar, para terminar, que ni esta Ley ni la 45 de 1939, que estaba vigente el 15 de julio de 1941, fecha de la presentación de la demanda del reclamante, establecen acciones "administrativas" para cobrar lo que se deba por razón de indemnizaciones provenientes de accidentes de trabajo. Las acciones que tales leyes otorgan no se ventilan sino ante los Jueces o Tribunales ordinarios competentes.

Para que los argumentos del reclamante fueran fundados, sería necesario que la lesión que sufrió no constituyera un "*accidente de trabajo*", es decir, un daño o quebranto ocasionado en desempeño o servicio del cargo que ejercía en el Ferrocarril Central del Norte, caso que, como se dijo en el auto reclamado, está definido y gobernado por disposiciones expresas y especiales.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, no accede a reponer la providencia reclamada, y ordena estarse a lo en ella resuelto.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Anibal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Aviso de exploración y explotación de petróleos. - Determinación e identidad de predios. - Prescripción de tierras baldías.

La determinación e identidad de un predio, por lo general, no depende de que así lo exprese teóricamente un título, sino de esa realidad procesal, geográfica y topográfica que resulte de poner en relación, en el terreno, lo que ese título exprese, con los elementos determinantes que sirven para conocer el objeto a que el título se refiere, cuando median las circunstancias, susceptibles de inducir a error, a las cuales se ha hecho arriba referencia.

Las leyes que en la vida de la República permitieron invocar la prescripción sobre las tierras baldías, incluyendo el Código Fiscal de 1873, exigían siempre la justificación de haber poseído "con posesión continua, real y efectiva del terreno cultivado" (artículo 879 de aquel estatuto); de manera que los simples títulos de enajenación de tierras corridos entre particulares no podían suministrar por sí mismos la prueba de la prescripción, si no se los vinculaba a la explotación del suelo legalmente acreditada en determinado lapso, que en el mismo Código fue de veinticinco años contados hacia atrás.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, abril siete de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El doctor Carlos Arturo Torres Pinzón, obrando como apoderado de la Socony Vacuum Oil Co. de Colombia, sociedad anónima domiciliada en Bogotá, y del señor Valmiro L. Donado, Administrador de la Comunidad de Condueños de El Carmen o Malemba, dio aviso al Ministerio de Minas y Petróleos, de acuerdo con las Leyes 37 de 1931 y 160 de 1936, de que la sociedad mencionada pretende efectuar exploraciones con taladro en busca del petróleo de propiedad particular que pueda encontrarse en los terrenos de la Comunidad, ubicados en jurisdicción de los Municipios de Galapa y Tubará, del Departamento del Atlántico, con una extensión de 2.000 hectáreas, y circunscrita por los siguientes linderos:

"Como punto de partida se toma uno situado en los Bajos de Granada, llamado hoy Bonga de los Italianos, en la orilla de Arroyo Grande; de este punto se sigue una línea que separa las tierras de El Carmen de las del Resguardo de Indígenas de Galapa hasta dar al sitio de Derramadero de Arroyo Malemba en la confluencia de los Arroyos Granada y Malemba; de ahí se continúa, siempre lindando con los terrenos del Resguardo de Indígenas de Galapa, hasta una cejiba a la orilla de la quebrada 'Malemba' (La Constancia); de aquí, lindando con los mismos terrenos de Galapa, hasta el sitio conocido con el nombre de Cruz del Carmen, en donde se encuentran los terrenos del Resguardo de Indígenas de Tubará. De Cruz del Carmen y Cerro de Caramamoa, hasta los médanos del mar, o Caracol, colindando con terrenos del Resguardo de Indígenas de Tubará; de los médanos del mar, o vuelta Caracol, cerca de la desembocadura de Arroyo Caña, como a unos dos metros de distancia de un zanjón inmediato a Arroyo Caña, se sigue una línea que pasa por la falda de Cupino, Macondal y Loma Almagre, a dar a la Cruz de Dividivi o Pozo de Regalado, lindando en toda esta parte con terrenos de Agua Viva o Mequejo. De Cruz de Dividivi se sigue una línea hasta la Bonga de los Italianos, punto de partida."

El Ministerio de Minas y Petróleos, previo el concepto del Procurador General de la Nación y de la Junta Asesora de Petróleos, dictó resolución por medio de la cual ordenó que se remitiera el negocio a esta Sala de la Corte, para que se decida si son o no fundadas las pretensiones de la Compañía avisante como presunta dueña de los petróleos, ya que ese Despacho no había encontrado suficientes los documentos presentados con el ánimo de acreditar la propiedad particular del petróleo existente en el globo descrito.

En la Corte el negocio sufrió la tramitación prescrita en la ley. Y agotadas como están las fórmulas correspondientes, se dicta la sentencia, observando que se contempla la misma situación probatoria que contempló el Ministerio, ya que ante la Sala no se trajeron nuevos documentos,

El fundamento de la pretensión de los avisantes.

En el memorial de aviso presentado al Ministerio, y refiriéndose el avisante a los documentos de donde aspira a sacar la deducción de que los terrenos de El Carmen o Malemba salieron del patrimonio de la Nación con anterioridad al año de 1873, dice:

“Los terrenos de El Carmen salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y se comprueba por el hecho de estar en el comercio desde el año de 1835, y poseídos y cultivados desde entonces.”

Y en un segundo memorial elevado al Ministerio, en que pidió reposición de la providencia que dispuso remitir el negocio a la Corte, por insuficiencia de los títulos, el avisante expresó lo siguiente, en párrafo que con el anterior revela todo su pensamiento:

“El primer requisito que trae el artículo 7º de la Ley 160 de 1936 para que el Ministerio pueda reconocer administrativamente el fundamento de un aviso de esta naturaleza requiere la presentación del título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873. La expresión ‘emanado del Estado’ fue definida por el legislador, o por los legisladores que redactaron la Ley en este punto, diciendo que la expresión ‘emanado del Estado’ comprende los títulos que tienen valor no sólo por traspaso directo hecho en venta, merced o remate, etc., por los funcionarios que tenían legalmente la representación del Estado al tiempo de la enajenación válida del subsuelo, sino también los que tienen cualquier valor por ministerio de determinada disposición legal que reconocieron como legítimas y justas causas de dominio determinadas situaciones de hecho y de derecho, o en que coexistían los hechos y ciertas formalidades de derecho.

“Como entre la documentación presentada figuran escrituras públicas comprendidas de 1819 hasta 1873, en que aparecen los terrenos materia del aviso pasando de una mano a otra entre particulares, tenemos que con tales documentos se comprueba la posesión continua durante esos años, lo que es *un hecho*. Como el Código Fiscal de 1873 permitía la prescripción con 25 años de posesión material tenemos que esta posesión plenamente comprobada señala una situación de derecho para este título, que, unida entre sí con la de hecho, constituye un título *emanado del Estado*, al tenor de la definición que trae la Ley 160 de 1936 sobre lo que significa el título emanado del Estado. Además, he acompañado al memorial ciertos documentos de carácter histórico que los he calificado en el mismo memorial de *indicios*, los que de acuerdo con el Código Judicial vigente constituyen en casos como éste, *plena prueba*. Por consiguiente, hay ciertas afir-

maciones en la Resolución a que me refiero; que no tienen apoyo en la documentación presentada, ni en los hechos, y que deben modificarse para que reflejen la realidad.”

La documentación presentada al Ministerio consiste en la copia de varias escrituras públicas de venta de derechos de tierras, otorgadas por distintas personas a partir del año de 1835; de las cuales 15 son de fecha anterior al año de 1873. Y con el objeto de que se les dé el mérito de pruebas indiciarias acompañáronse además: copia de origen privado o particular, de varios supuestos documentos públicos de distintas fechas, correspondientes a años corridos de 1817 a 1834; y un folleto impreso en el año de 1911, en que aparece publicado el informe que el señor Domingo Malabet rindió por petición del Concejo Municipal de Barranquilla, a esta entidad, en el año de 1876, en que hace el resumen histórico de los terrenos de El Carmen, Mequejo, Sabanilla, Guaimaraí, Carretal y Las Islas.

“Este historiador de la propiedad privada en la Costa Atlántica —comenta el avisante— rastrea los orígenes de esta propiedad desde la cesión que de ellos hizo el Cabildo de Cartagena al presbítero José del Río, el 11 de marzo de 1642 hasta el 28 de diciembre de 1833, en que aparecen vendidos por don Blas José de Llanos a Juana María Suárez y a Isidro Castillo, según el orden cronológico siguiente...” Transcribe lo que el dicho historiador refiere del origen y transmisiones de las tierras de El Carmen.

El mérito probatorio de los títulos.

Los 15 títulos probantes de ventas efectuadas entre particulares de 1835 hasta años antes del de 1873, respecto de derechos de tierras, son, brevemente resumidos en orden cronológico, los siguientes:

1º Venta de Francisco Echeverría al presbítero José Vicente Rodríguez, hecha ante el Juez Parroquial de Galapa el 26 de enero del año de 1835, de “la parte de tierra que mi legítima esposa heredó de su legítimo padre Isidro Cantillo en cantidad de treinta y dos pesos, la cual es comprendida en la porción o caballerías que contiene la estancia vieja del Carmen al norte de esta población”. (Folio 24, cuaderno de los títulos).

2º Venta de María de la Encarnación Cantillo, esposa de Andrés Acosta, a Fernando Gómez, hecha ante el Juez Parroquial de Galapa el 16 de febrero de 1835, de “una parte de hijuela de la que a mí me ha tocado por parte paterna reconocida en las tierras que mi finado Sr. padre Isidro Cantillo compró al Sr. Blas José Llanos; cuya hijuela ha sido apreciada en sesenta y dos pesos cuatro reales...” (Folio 32).

39 Venta de Rosa María Cantillo a José Vicente Rodríguez, ante el Juez Parroquial de Galapa, el 23 de marzo de 1835, de "la parte de tierra que por herencia paterna me ha tocado, y es reconocida en las que mi finado Sor. padre Isidro Cantillo compró al señor Blas José de Llanos..." (Folio 25).

49 Venta de Juaná Rodríguez a Lázaro Paulino, ante el Juez Parroquial de Galapa, el 9 de mayo de 1841, de "la parte de tierras que de mancomún con mis legítimas hermanas Franca y Petrona Rodríguez, heredé por la defunción de mi legítima madre Petrona Cantillo, que la hubo igualmente de su legítimo padre Isidro Cantillo, en cantidad de veinticinco pesos, y dicha parte de tierra consta en las nominadas del Carmen, y su posesión, es solamente la que equivale a una tercera parte de la que corresponde al valor total de la hijuela de mi legítima madre Petrona Cantillo, que es el de sesenta y dos pesos cuatro reales..." (Folio 35).

59 Venta de Juana María Suárez, "viuda en primeras nupcias del señor Isidro Cantillo", a Dolores Acosta, esposa de Eugenio Rodríguez, ante el Juez Parroquial de Galapa, el 3 de julio de 1843, de "dos acciones de tierras deducidas como dos terceras partes de una cuarta de caballería en las cuatro caballerías del Carmen..." (Folio 17).

69 Venta de Juana Evangelista Cantillo, por medio de su apoderado Luis Picalua, según poder otorgado en Galapa, a Mercedes Vargas de Palacio, en la villa de Barranquilla el 19 de abril de 1842, de "la parte de tierra que reconoce en los pastos que le corresponden y que heredó de su difunto padre Isidro Cantillo, cuyas tierras se hallan situadas en el paraje nombrado El Carmen, con todos sus linderos, como constan de los títulos que se han traído a la vista..." (Folio 29).

79 Venta de Juana María Suárez, por medio de su apoderado Gregorio Palacio, según poder otorgado en Galapa, a Melchora Flórez de Zapata, el día 13 de enero de 1845, de "una caballería de tierras en las inmediaciones de Galapa, en las conocidas con el nombre de Nuestra Señora del Carmen, antes nombradas de Cacaramoa, la cual le corresponde en propiedad por ser una de las comprendidas en las que compró al señor Blas Llanos según escritura que a su favor otorgó el día 28 de diciembre de 1833 por ante el Escribano Público de Soledad, señor Mateo Escalante... Siendo de advertir que después de la muerte del señor Isidro Cantillo, esposo de mi poderdante, dividió estas dos de las cuatro caballerías de tierra que compró, en ocho partes según se expresa en el poder inserto, y que la señora Flórez de Zapata puede deslindar la caballería de tierra que ha comprado dentro de

las cuatro, escogiendo la que mejor le convenga a sus intereses..." (Folio 13).

89 Venta de Juana María Suárez a Antonio Moreno, en Galapa, el día 7 de junio de 1850, de "tres acciones de tierra comprendidas en las cuatro caballerías que quedaron en la defunción de mi legítimo esposo señor Isidro Cantillo, que hubimos aquél i yo por la compra que de ella hicimos... situadas en las denominadas del Carmen, Parroquia de Galapa..." (Folio 19).

99 Venta de Domingo Olivares, presbítero, a José María Vargas, de Soledad, el 15 de abril de 1853, de "una acción de tierras, de las conocidas con el nombre de 'El Carmen', en la Parroquia de Galapa... Dicha acción de tierra la he adquirido por compra que hice a Francisco Rodríguez, quien la hubo por herencia de su finada madre Petrona Cantillo, como todo consta de la escritura que a mi favor tengo otorgada y que reservo..." (Folio 40).

10. Venta del mismo Domingo Olivares, el día 15 de abril de 1853, al señor Manuel Ferrans, de "una acción de tierra de las conocidas con el nombre de El Carmen, en la Parroquia de Galapa... Dicha acción de tierra la he adquirido por compra que le hice al finado Lázaro Paulino, quien la hubo de Juana Rodríguez, i ésta de parte de su finada madre Petrona Cantillo como consta por menor en la escritura que tengo en mi poder y que reservo..." (Folio 43).

11. Venta del mismo presbítero Olivares, el día 19 de abril de 1853, a José Gregorio Osorio, de "una acción de tierra de las que se conocen con la denominación de El Carmen, situadas cerca de la Parroquia de Galapa. La acción de tierras que he hecho mención la he adquirido en virtud de compra que de ella hice a Petrona Rodríguez, quien la heredó de su madre Petrona Cantillo, todo lo cual consta de la escritura que a mi favor está otorgada y que reservo..." (Folio 56).

12. Venta del presbítero José Vicente Rodríguez, el día 30 de mayo de 1853, a José Gregorio Osorio, de "una acción de tierra de las que se conocen con la denominación de El Carmen, situadas al oeste de esta población... La acción de tierra de que he hecho mención la adquirí en virtud de compra que de ella hice al finado Raimundo Acosta, como es notorio y consta del respectivo documento que presentaré en caso necesario". (Folio 57).

13. Venta del mismo Rodríguez a José Gregorio Osorio, el 18 de mayo de 1855, de "la cuarta parte de una caballería de tierra que posee en común con el mismo Osorio i otros condueños, en las tierras denominadas del Carmen, colindantes con las de este Distrito (Galapa) por el Oriente, con las playas del mar por Occidente, con las también de propietarios particulares

llamadas de *Sabanilla*, i parte Aguaviva, al Norte, i con las del Distrito de Tubará, al Sur. Declara el vendedor que la expresada parte de tierras, procede de compra que entre otras que ya tiene también vendidas, hizo en años pasados a los herederos del finado Isidro Cantillo...." (Folio 55).

14. Venta de Teresa Tejera a Max Salazar, el 19 de agosto de 1856, de "media caballería de tierra, en el punto denominado El Carmen, en el camino de Tubará a-Galapa, según consta de la hijuela que aparece en la causa mortuoria del finado señor Fernando Tejera...." (Folio 51).

15. Venta de Esteban Márquez a Roque Pacheco el 14 de mayo de 1886, de "dos cuartas partes de caballería de tierras comprendidas en las denominadas del Carmen, i por otro nombre Malemba, cuyas dos cuartas partes de caballería me corresponden en propiedad por compra que de ella hice al presbítero señor José Vicente Rodríguez por medio de su apoderado señor Simón Ariza, según consta del documento que a mi favor otorgó por ante testigos y del señor Juez de la Parroquia de Galapa el día 28 de agosto de 1852, en el cual constan los linderos de dichas tierras y cuyo documento entrego al comprador". (Folio 64).

Los anteriores títulos constituidos por sendos documentos públicos de origen oficial son los únicos que se han presentado revestidos de mérito probatorio y de los cuales quiere deducirse que el Estado se desprendió por prescripción consumada antes del año de 1873, de la propiedad de las tierras a que se refiere el aviso.

Y dicese que son los únicos, porque los comprobantes que se exhiben a manera de indicios, carecen de ese valor probatorio, en fuerza de que también están desprovistos de fe en calidad de factores accesorios y dispersos tendientes a establecer un hecho principal. Bien sabido es que de acuerdo con principios primordiales de derecho probatorio, los hechos constitutivos de la presunción, por débil que ella sea, requieren que estén ampliamente establecidos, es decir, que el hecho exista sin discusión.

Y de semejante cualidad están desposeídos los hechos indicios que se invocan. El primero, según antes anuncié, es la copia particular, en papel común, sin firma responsable, tomada no se sabe por quién, ni en qué año, ni de qué archivos públicos, de varios documentos de distinto origen y fecha, correspondientes a años corridos de 1817 a 1834, copia que está encabezada con este epigrafe: "Datos concernientes a los deslindes de las tierras del Carmen, Tubará, Galapa y Mequejo." Encuéntrese allí transcrito un contrato de arrendamiento "de la es-

tancia nombrada El Carmen", autorizado por el Juez de Soledad en el año de 1817, y hecho por Blas José de Llanos a Isidro Cantillo; el deslinde practicado en el año de 1819 por el Juez de Soledad de las tierras del Carmen, Tubará, Galapa y Mequejo; y la venta que el 28 de diciembre de 1833 le hiciera Blas José de Llanos por medio de su apoderado Francisco Ucrós, a la señora Juana María Suárez, y ante el Escribano Mateo Escalante, de la estancia del Carmen, constante de cuatro caballerías, por estos linderos: "por el Norte, con un árbol de dividi, y siguiendo por el Sur, los macondos de arroyo mula; en dirección de la Crus del Carmen, camino de Tubará, llevando el punto fijo al cerro llamado Cacaramoa, pueblo antiguo de indios, por lo cual las dichas tierras lindan con Galapa, Tubará y las que fueron de Dn. Juan de la Hoz de Mequejo i con la costa del mar".

Este documento carece del menor signo de autenticidad. No está acreditado que efectivamente sea de origen antiguo; ni que sea en realidad copia tomada siquiera particularmente de los documentos a que se refiere. Es, de consiguiente, un documento que deja sin alteración la conciencia del juzgador; obligado a ceñirse a una tarifa legal de pruebas. De otra parte, desvirtúa toda presunción la circunstancia de que no se hayan exhibido los documentos originales existiendo, desde que hay copia de ellos, ni que esté demostrado que de los archivos públicos en donde les correspondía figurar, desaparecieron. En suma, hay ausencia de todo dato tendiente a llevar al ánimo la idea de que la mencionada copia tenga caracteres de ser real y cierta.

El estudio histórico de Domingo Malabet, en que se incluye un capítulo sobre las tierras del Carmen, constituiría un testimonio digno de fe judicial en este pleito, si sus afirmaciones tuvieran respaldo en elementos probatorios del proceso. El señor Malabet hace remontar el origen particular de dichas tierras a una merced otorgada en marzo de 1642 por el Cabildo de Cartagena al presbítero José del Río, quien las enajenó en el año de 1658, y luego por ventas sucesivas llegaron a don José de Llanos, inmediato antecesor de doña Juan María Suárez y de Isidro Cantillo. En este proceso no se conoce ninguno de los títulos que menciona el historiador; de manera que en respaldo de la tradición que él narra, sólo queda el valor de sus afirmaciones y de su palabra, muy respetable sin duda, pero ineficaz para fallar sobre el dominio de tierras, que requiere comprobaciones de carácter especial.

En apoyo de la pretensión de los avisantes no subsiste, de consiguiente, otra cosa u otros ele-

mentos que los quince títulos detallados otorgados entre particulares a partir del año de 1835. Y concretándose por ahora la Sala al simple aspecto de la determinación de las tierras del Carmen, materia de las transacciones, que es esencial, de la titulación nada resulta. Lo que quiere decir que con documentos tales es jurídicamente imposible deducir que las tierras del Carmen, sobre que versaron las distintas enajenaciones de derechos, según las escrituras, correspondan en realidad a la extensión y linderos del globo descrito en el memorial de aviso.

Salvo la escritura otorgada el 18 de mayo de 1855 por José Vicente Rodríguez a José Gregorio Osorio, ninguna de las otras hace la delimitación de las tierras en que radicaron los derechos vendidos. La confección de los linderos contenidos en el memorial de aviso, que fueron transcritos al principio del fallo, es obra exclusiva de los avisantes, quienes dicen haber tenido en cuenta los datos de la anterior escritura; los que figuran en la supuesta diligencia de deslinde de las tierras del Carmen, Tubará, Galapa y Mequejo, incluida en la copia informal de que ya se habló; más los que trae la venta que el 28 de diciembre de 1833 le hiciera Blas José de Llanos a Juana María Suárez, incluida también en la misma copia.

Aun prescindiendo de los reparos que se le formularon a la citada copia, y suponiéndola, en gracia de discusión, que mereciera fe como si proviniera de las autoridades públicas encargadas de la custodia de los documentos originales, todavía quedaría por esclarecer un gran vacío en cuanto a la determinación e identificación actual de las tierras contenida en el memorial de aviso: la exactitud siquiera aproximada de esa determinación con los títulos antiguos de donde se saca.

Los linderos del aviso traen una serie de puntos de referencia y de líneas de demarcación, que por carecer de identificación ignórase hasta dónde coinciden con los puntos de referencia señalados en la escritura de 1855; con los de la pretendida diligencia de deslinde de las tierras del Carmen en 1819; y con los de la supuesta escritura de venta de Blas José Llanos a Juana María Suárez, otorgada en 1833. Puntos de referencia antiguos que tampoco fueron identificados; y sin conocerlos ni precisarlos sobre el terreno es imposible revivirlos hoy para darles algún significado o alcance. De esta manera, aun cuando se conozca por la indicación que hace alguno de los títulos, que las tierras del Carmen, quedaban al oeste del pueblo de Galapa, eso no es suficiente para aceptar sin más reparos la extensión y demarcación que unilateralmente les asignan los interesados.

Conviene recordar aquí lo que en materia de identificación de tierras comprendidas por títulos antiguos dijo esta Sala en fallo del 27 de junio próximo pasado, publicado en la *Gaceta Judicial* número 1983, tomo LIII, página 212.

“La determinación e identidad de un predio, por lo general, no depende de que así lo exprese teóricamente un título, sino de esa realidad procesal, geográfica y topográfica, que resulte de poner en relación, en el terreno, lo que ese título exprese, con los elementos determinantes que sirvan para conocer el objeto a que el título se refiere, cuando median las circunstancias, susceptibles de inducir a error, a las cuales se ha hecho arriba referencia.”

Nótese que la Corte se refirió a títulos que teóricamente contenían una determinación del terreno por ellos comprendido. Y si lo expuesto reza con esa clase de títulos, ¿qué se podrá decir de aquellos carentes de señales de individualización, como los exhibidos en este negocio, o de señales tan deficientes, que ni siquiera en los mismos títulos aparece teóricamente determinado el terreno?

De lo expuesto se concluye que la *determinación* que hacen los interesados del globo de tierra materia del permiso de exploración, con el ánimo de cumplir lo prevenido en el artículo 7º de la Ley 160 de 1936, es caprichosa por cuanto no responde a ninguna realidad probatoria, con base en elementos anteriores al año de 1873. En estas condiciones, no es posible hablar de prescripción, cuando se ignoran los terrenos que por ese medio se le ganaron al Estado, en donde recayeran los actos positivos de posesión material, que realizados en un período de tiempo determinado dieran por resultado la consumación del fenómeno de la adquisición en plena propiedad de las respectivas tierras, antes del año de 1873.

Y se habla de posesión material como medio apto para ganar la prescripción, pues las leyes que en la vida de la República permitieron invocarla, sobre las tierras baldías, incluyendo el Código Fiscal de 1873, en el cual se fundan los avisantes para plantearle la prescripción a la Nación, exigían siempre la justificación de haber poseído “con posesión continua, real y efectiva del terreno *cultivado*” (artículo 879 de aquel estatuto); de manera que los simples títulos de enajenación de tierras corridos entre particulares no podían suministrar por sí mismos la prueba de la prescripción, si no se los vinculaba a la explotación del suelo legalmente acreditada en determinado lapso, que en el mismo Código fue de veinticinco años contados hacia atrás.

De consiguiente, basta lo expuesto para concluir que no está acreditado el hecho sometido al examen de la Corte, consistente en que la comunidad de condueños de El Carmen o Malemba sea en realidad dueña del subsuelo petrolífero de las tierras que componen dicha comunidad, en virtud de título emanado del Estado con anterioridad al año de 1873, título que la Sala no ha encontrado entre los presentados con esa finalidad.

Sentencia.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara:

No es fundada la pretensión de que el petróleo existente en el subsuelo del globo de tierra detallado en el memorial de aviso presentado al Ministerio de Minas y Petróleos por la comunidad de condueños de El Carmen o Malemba y la Socony Vacuum Oil Co. de Colombia, según los títulos acompañados, es de propiedad particular de la mencionada Comunidad.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el negocio al respectivo Ministerio.

Anibal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta—El Conjuez, Jorge Soto del Corral.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Excepciones - Radio de acción de la justicia administrativa y la ordinaria en relación con excepciones en juicios seguidos por jurisdicción coactiva por alcances.

1. Para los juicios de cuentas ha establecido la ley un procedimiento especial, y le ha atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa su conocimiento. Dicha tramitación y competencia están reguladas y establecidas en los artículos 169 y 188 de la Ley 167 de 1941 o Código Contencioso-Administrativo.

2. Las excepciones en los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva, provenientes de alcances deducidos por las autoridades correspondientes no pueden servir de recurso de revisión de providencias de estricto carácter administrativo, en que se contemplan problemas ajenos a la jerarquía judicial, para los cuales la ley creó una jerarquía especial: la de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. En esta jerarquía y mediante los recursos que la ley da, ejercitados oportunamente, ante la cual obliga discutir los problemas administrativos surgidos en los juicios de cuentas. A las autoridades judiciales que conocen del incidente de excepción, promovido por el pago de un alcance, les basta la resolución administrativa de carácter ejecutorio, de la autoridad competente que haya deducido el alcance. Ante el Poder Judicial no es posible proponer cuestiones referentes al valor legal de los pronunciamientos, porque ello equivale a revivir ante autoridad incompetente controversias juzgadas y resueltas por vías propias y especiales determinadas por la ley. Las únicas excepciones viables en ejecuciones por alcances deducidos en juicios de cuentas son las que se basan y tengan origen en hechos que por su naturaleza fueron ajenos a la controversia administrativa, y que encarnen cuestiones de mero derecho privado. Con ese fin la ley autoriza el incidente de excepciones ante la justicia ordinaria. Mas en manera alguna para hacer entrechocar y romper las órbitas en que se mueven, en concierto que debe ser armónico, las distintas jerarquías del Poder Público.

3. El artículo 1060 del Código Judicial debe entenderse en el sentido de que son inadmi-

sibles como defensas oponibles en el incidente de excepciones medios que encaminan a que la justicia revise lo que ya fue revisado por la respectiva jerarquía contencioso-administrativa, o que dejó de revisarse por ella a virtud del abandono del interesado que omitió proponer en la debida oportunidad el recurso a que tuvo derecho.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, abril trece de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Anibal Cardoso Gaitán).

Con base en el auto de fenecimiento número 2038 de 7 de noviembre de 1932 (folio 30 del cuaderno número 2), el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales libró orden de pago por la vía ejecutiva, el 7 de julio de 1933 (folio 34 del mismo cuaderno), contra el señor Rafael Galindo, Tesorero del Municipio de Fusagasugá, y a favor del Departamento de Cundinamarca, por la suma de ciento treinta y cuatro pesos con sesenta y siete centavos (\$ 134.67) moneda corriente, y sus intereses. Esta providencia fue notificada personalmente al ejecutado el día primero de agosto de 1933 (folio 35 vuelto del cuaderno número 2).

El 8 de marzo de 1934 el mismo Juzgado, por la vía ejecutiva, libró la correspondiente orden de pago contra Rafael Galindo y a favor del Municipio de Fusagasugá, por la suma de treinta mil novecientos veintinueve pesos setenta y cuatro centavos (\$ 30.929.74) moneda corriente, y sus intereses (folio 347 del cuaderno número 1). El anterior mandamiento ejecutivo se le notificó al responsable el día 28 de junio de 1935 (folios 356 vuelto y 357 del cuaderno número 1).

Las dos ejecuciones seguidas contra Rafael Galindo suman \$ 31.064.41.

Con fecha de 26 de julio de 1935 el Juzgado antes mencionado libró también orden de pago contra los señores Noé Jiménez y Ernesto García, en su calidad de fiadores del Tesorero Galindo, y a favor del Municipio de Fusagasugá, por la cantidad de \$ 31.411.98, por los intereses

al 10% y costas del juicio (folio 379 del cuaderno número 1). La intimación de este auto se hizo a los ejecutados el 26 de agosto de 1935 (folios 382 vuelto y siguientes del cuaderno número 1).

Por esta misma suma, o sea por \$ 31.411.98, intereses y costas, el precitado Juzgado, con fecha 25 de octubre de 1935, libró mandamiento ejecutivo contra Margarita Navas de Galindo, Aníbal, Alberto, Rosa Soledad, Adelina, Margarita, Leonor y Cornelio Giraldo, por ser éstos poseedores de los bienes hipotecados por el señor Cornelio Galindo para asegurar el manejo de los fondos municipales confiados al señor Rafael Galindo (folio 397, cuaderno número 1). El auto anterior se notificó personalmente a los ejecutados el día 2 de noviembre del mismo año de 1935 (folios 404 y siguientes).

Los fiadores de Galindo, señores Noé Jiménez y Ernesto García, en tiempo oportuno y por medio del doctor Alberto Zorilla, como apoderado, presentaron un pliego de excepciones, cuyo incidente fue decidido en primera instancia por el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de fecha 4 de abril de 1942 (folios 48 a 70 del cuaderno número 9).

La decisión del Tribunal de primer grado fue sometida al recurso de apelación, interpuesto en oportunidad por el doctor Sinfaroso Barrios en su calidad de apoderado de los fiadores del señor Galindo. Es esta la razón por la cual el negocio ha llegado al conocimiento de la Corte, la que procede a resolver la alzada, agotada como se encuentra la tramitación legal.

Las sumas que gravan el pasivo del señor Rafael Galindo, ex-Tesorero del Municipio de Fusagasugá, fueron deducidas como alcances al rendir las cuentas de dicha Tesorería durante los años de 1929, 1930 y 1931.

La Contaduría Departamental, ciñéndose a las disposiciones establecidas en el Reglamento de Contabilidad y en las de los Códigos Fiscales Departamental y Nacional, glosaba en la mayoría de los casos las cuentas que el Tesorero Galindo rendía, por medio de autos de observaciones que generalmente el responsable no contestaba. En tal virtud, la Contaduría se veía obligada a fenecer dichas cuentas y declarar ejecutoriados los autos proferidos con anterioridad, ya que contra ellos el interesado no había interpuesto el recurso administrativo que la ley le concede.

Para los juicios de cuentas la ley ha establecido un procedimiento especial y le ha atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa su conocimiento. Dicha tramitación y competencia están reguladas y establecidas en la Ley 167 de 1941 (Código Contencioso-Administrativo), en el Capítulo XIX. Los artículos 169 y 188, dicen:

“Artículo 169. Las decisiones definitivas que dicte la Contraloría General de la República, en los juicios de cuentas seguidos a los empleados

de manejo, o a sus causahabientes o fiadores, y en que se eleven glosas a cargo de los responsables sólo son apelables para ante el Consejo de Estado cuando la cuantía de las glosas ascienda a quinientos pesos (\$ 500.00) o más.

“La apelación podrá intentarse por el interesado ante la Contraloría General, dentro de un mes, contado desde la notificación de la providencia.

“Artículo 188. El procedimiento señalado en este Capítulo para los juicios de cuentas —artículos 169 a 184— será aplicado en lo pertinente por los Tribunales Administrativos en la decisión de las apelaciones contra los autos de fenecimiento definitivos proferidos por las Contralorías o Contadurías de los Departamentos contra los responsables del Tesoro Departamental o Municipal, cualquiera que sea la cuantía del alcance deducido.”

En el presente caso, sujeto al fallo de la Corte, los excepcionantes omitieron poner en práctica ante la jurisdicción contencioso-administrativa los medios de defensa consagrados en los preceptos aludidos anteriormente. Y por no ser de la competencia de la Corte la revisión de actos administrativos, no pueden por consiguiente operar las pruebas allegadas al proceso, con ese fin.

En anteriores decisiones, esta Sala de la Corte ha sentado normas para delimitar los campos de acción entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la ordinaria. La doctrina que allí se establece habrá de influir en el presente fallo.

Dice ella en lo pertinente:

“Las excepciones en los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva, provenientes de alcances deducidos por las autoridades correspondientes, no pueden servir de recurso de revisión de providencias de estricto carácter administrativo, en que se contemplan problemas ajenos a la jerarquía judicial, para los cuales la ley creó una jerarquía especial: la de los Tribunales Contencioso-Administrativos. En esta jerarquía y mediante los recursos que la ley da, ejercitados oportunamente, ante la cual obliga discutir los problemas administrativos surgidos en los juicios de cuentas.

“A las autoridades judiciales que conocen del incidente de excepciones, promovido por el pago de un alcance, les basta la resolución administrativa de carácter executorio, de la autoridad competente que haya deducido el alcance. Ante el Poder Judicial no es posible proponer cuestiones referentes al valor legal de los pronunciamientos, porque ello equivale a revivir ante autoridad incompetente controversias juzgadas y resueltas por vías propias y especiales determinadas por la ley.

“Las únicas excepciones viables en ejecuciones por alcances deducidos en juicios de cuentas son las que se basan y tengan origen en hechos que por su naturaleza fueron ajenos a la controversia administrativa, y que encarnan cuestiones de mero derecho privado. Con ese fin la ley autoriza el incidente de excepciones ante la justicia ordinaria. Mas en manera alguna para hacer estrechocar y romper las órbitas en que se mueven, en concierto que debe ser armónico, las distintas jerarquías del Poder Público.

“Sucede que los responsables de un alcance deducido por autoridad administrativa competente, como la Contraloría General de la República, por lo concerniente a empleados de manejo de fondos nacionales, o por las respectivas Contralorías Departamentales, cuando de empleados departamentales se trata, dejan de agotar los recursos que la ley les ofrece ante los Tribunales de la jerarquía contencioso-administrativa, en el convencimiento de que la puerta les queda abierta ante la justicia ordinaria para proponerle, por el camino de las excepciones dentro del juicio que se les adelanta por valor del alcance, el examen y la revisión de las bases que a éste le sirven de fundamento. Con esta idea, que es equivocada, dejan ejecutoriar el alcance, y luego tratan de que la autoridad judicial, en el incidente de excepciones, enmiende los errores de interpretación de la ley o de aplicación de los reglamentos en que hubiera incurrido el empleado fenecedor de la cuenta.

“La jurisprudencia no había antes rechazado categóricamente este sistema; en algunas ocasiones aun lo defendió con débiles razones, en donde resalta más que todo el deseo y la aspiración de los Jueces de corregir manifiestas injusticias cometidas por los Oficiales de Cuentas que con olvido o mala interpretación de leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o acuerdos, elevan alcances contrarios a toda realidad; y otras veces sin examinar el procedimiento, lo autorizó, avocándose por los Jueces comunes el estudio de cuestiones relacionadas con el desfallo, con el alcance y aun con las ritualidades que se llenaron para declararlo, convirtiéndose así esos Jueces en nuevos Tribunales de Cuentas, con el mismo poder que tienen los correspondientes Tribunales Administrativos encargados expresamente de hacer aquella revisión cuando el responsable acude ante ellos en demanda de que se levante el agravio o la injusticia cometida con la deducción del alcance.

“El mantenimiento del equilibrio de poderes cuyas funciones deben desenvolverse armónicas, sin usurpaciones, ni confusión, de los campos en que actúan, que perturban y dislocan la estructura constitucional del Estado, veda semejantes procedimientos, con los cuales la justicia

ordinaria invade una función atribuida privativamente a otros Jueces.

“La jurisdicción contencioso-administrativa, de creación constitucional, al igual que la justicia común, porque es también de la Carta Fundamental de donde emana esa jerarquía, tiene en la ley, en forma análoga a lo que acontece con la justicia común, la demarcación de atribuciones propias especiales, dirigidas en general a erigirla en el censor de los actos administrativos de las corporaciones o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones o con el pretexto de ejercerlas. Todo acto administrativo cae, pues, bajo el control del poder contencioso-administrativo, y por su naturaleza escapa al dominio del Poder Judicial.” (Sentencia de 23 de octubre de 1942 en el ejecutivo de la Nación contra Alberto Escobar Camargo).

Y en cuanto a la interpretación del artículo 1060 del Código Judicial, se dijo en la misma sentencia:

“Rara vez las situaciones de derecho encuéntranse en el mismo ordenamiento legal, en donde se consagra el ordenamiento general. Las excepciones legales resultan siempre de la armonía que hay que buscar entre instituciones jurídicas diferentes. La ley es un conjunto de piezas y elementos inertes y a veces desordenados, tomándola en su literalidad. Labor del jurista es tomar esas piezas y buscarles su colocación y ajuste dentro de cada institución y subinstitución hasta constituir con todas ellas la estructura en donde cada norma responda a una determinada finalidad, que no obstruya ni contradiga el objetivo primordial de las otras. Sólo así es dable concebir la aplicación de la ley, atendiendo que las reglas de derecho, aun aquellas que aparecen más disímiles, se limitan entre sí y se conjugan unas con otras, dando el resultado de verdaderos organismos dirigidos a buscar el alma y el espíritu que se anida en los postulados básicos del Estado, concretados en la Constitución Nacional.

“El artículo 1060 del Código Judicial y los demás del mismo estatuto que le atribuyen a los Jueces comunes facultades de orden legal a la decisión de las defensas que propongan los ejecutados por jurisdicción coactiva, hay que entenderlos en forma que tampoco pierdan efecto los preceptos constitucionales que le dan vida al poder propio de control de los actos de administración y eficacia práctica a las leyes que organizan ese control y le señalan sus atribuciones, con independencia y autonomía del Poder Judicial, al cual le está vedado invadir la órbita en que actúa aquel otro Poder.

“¿Entonces qué significan el artículo 1060 y concordantes del Código de Procedimiento Civil? Esta Sala de la Corte ya lo explicó sucin-

tamente en la memorada sentencia del 12 de mayo. La disposición hay que armonizarla con los principios normativos de la justicia administrativa. Resulta claro que concretándose la Sala al caso de actos administrativos, del tipo de los alcances deducidos en juicios de cuentas contra los empleados de manejo, que pueden ser llevados por los particulares agraviados al conocimiento del Consejo de Estado o de los Tribunales Seccionales Contencioso-Administrativos, y que no sirven de título ejecutivo mientras no sean actos ejecutorios, bien porque se hayan dejado pasar los términos de interposición del respectivo recurso de apelación, o bien porque surtida la instancia, el acto haya quedado en firme, son inadmisibles como defensas oponibles por los ejecutados en el incidente de excepciones, medios que encaminan a que la justicia revise lo que ya fue revisado por la respectiva jerarquía contencioso-administrativa, o que dejó de revisarse por ella a virtud del abandono del interesado que omitió proponer en la debida oportunidad el recurso a que tuvo derecho." (Sentencia citada).

Las normas adoptadas por la Corte en la anterior sentencia son suficientemente claras y aplicables al caso de autos. La Sala, teniendo en cuenta esa doctrina, examinará cada una de las partidas que constituyen el alcance deducido, con el objeto de ver sobre cuáles proceden las excepciones propuestas por los ejecutados.

Al Tesorero señor Galindo se le hace responsable por la suma de \$ 31.064.41, que se descompone así:

Año de 1929.

Diferencia entre las cantidades presupuestadas para la vigencia de 1929 y las que se hicieron efectivas:

Deuda del impuesto predial	\$ 318.61
Deuda por arrendamiento de bienes municipales	12.00
Deuda por impuesto sobre la renta	187.18
Crédito a cargo de Pedro Díaz Guerrero	50.00
Crédito a cargo de Manuel V. Bautista	100.00
Arrendamiento local del Municipio..	6.67
Matadero	324.00
Imprenta	5.00
Coso, cochiquería y corral	14.60
Arrendamiento locales matadero	130.00
Predial vigencia de 1929	1.485.49
Degüello de ganado menor	252.00
Cantinas en parajes públicos	5.00
Hoteles, fondas y restaurantes	100.00
Registro de fierros quemadores	36.00
Registro de armas	6.00
Matriculas de vehículos	10.00

Casas de empeño, préstamos, similares	\$ 10.00
Dépósitos	120.00
Fábricas, trilladoras, molinos, similares	130.00
Participación en el impuesto sobre la renta en 1928	180.00
Suma el alcance por deficiencia en los recaudos	\$ 3.482.55
Suma remitida por la Administración de Hacienda Departamental para auxilio ferias municipales	500.00
Multa impuesta al responsable por no haber dado contestación al auto de observaciones número 872	5.00
Total del alcance deducido en el año de 1929	\$ 3.987.55

Año de 1930.

Diferencia entre las cantidades presupuestadas para la vigencia de 1930 y las que se hicieron efectivas:

Deuda de la Junta de Luz al matadero, dejada de recaudar	\$ 2.289.54
Deuda del impuesto predial, dejada de recaudar	172.54
Crédito Pedro Díaz Guerrero, dejado de recaudar	50.00
Crédito José A. y Mariano Clavijo, dejado de recaudar	252.00
Crédito José A. y Mariano Clavijo, dejado de recaudar	324.00
Impuesto predial de la vigencia	1.679.80
Alcantarillado	4.400.00
Suma el alcance por deficiencia en los recaudos	\$ 9.167.88
Valor sueldo maquinista planta eléctrica, sin comprobante correcto..	100.00
Exceso en el gasto de la suma presupuestada para el parque	6.31
Por estampillas de sanidad, omitidas en nóminas	0.04
Impuesto primer contado finca número 9032, año de 1930	2.00
Impuesto primer contado, finca número 18162, año de 1930	1.30
Valor nóminas de las Directoras Guillermina Lara M., en agosto, y Clementina Guzmán, en agosto y septiembre, sin comprobante correcto.	120.00
Suma pagada al ingeniero por estudios hechos para la construcción del matadero y cuyo contrato no aparece	300.00
Por estampillas de sanidad, omitidas en nóminas	0.02

Diferencia en el recibo número 131 de la cuenta de luz y acueducto y la cantidad entrada a caja \$	1.00	Irregularidades en el impuesto predial \$	44.36
Suma pagada al que transportó un bulto y cuyo comprobante no aparece	0.50	Suma que recibió por coso y no ingresó a caja	0.60
Suma a favor de Marco A. García por arrendamiento del local que ocupa la escuela de niños número 3, cuya cuenta de cobro pertenece a octubre y no a noviembre	15.00	Error por aumento del saldo de instrucción pública	36.00
Diferencia entre la suma recaudada por luz y acueducto y la que entró a caja	0.10	Gastos hechos en recepción Gobernador, sin autorizar	187.91
Sueldos pagados a las Directoras de Bochica y Sardinias, sin comprobante correcto	80.00	Remate de una bomba de gasolina y que carece de recibos	100.00
Sueldo pagado al Secretario del Juzgado, sin comprobante correcto	60.00	Multa departamental que no ha remitido	10.00
Sueldo pagado al Guardián de las Cárceles, sin comprobante correcto	35.00	Pago arrendamiento local escuela niños, sin comprobante	20.00
		Multa impuesta y cuyo valor no regresó a caja	2.00
Total del alcance deducido en el año de 1930 \$	9.889.15	Diferencia entre lo recibido y lo ingresado a caja	4.57
		Valor recibido y no ingresado a caja	2.00
		Valor recibido y no ingresado a caja	0.50
		Multa departamental que no remitió.	10.00
		Valor recibido y no ingresado a caja	2.00
		Valor pagado al señor Teodoro Aya y que por no enviar copia del contrato se le deja pendiente	225.00
		Valor recibido y no ingresado a caja	110.00
		Valor de las estampillas que compró Zoilo Ríos para satisfacer una multa	5.00
		Gastos hechos por exceso de lo presupuestado para obras públicas y empresas de luz y acueducto	1.267.82
		Valor que debió remitir a la Administración de Hacienda Departamental para la revisión del catastro	1.232.36
		Jornales pagados y que carecen del respectivo comprobante	250.00
		Valor del traslado hecho de fondos comunes a reserva para edificaciones de casas para obreros	104.08
		Valor nómina del Vacunador, sin comprobante	5.00
		Valor de las multas a Marco Neira	10.35
		Gastos hechos por exceso de lo presupuestado para compra y reparación de muebles	0.50
		Error de suma en los egresos de la cuenta de luz y acueducto	10.00
		Alcance deducido en la cuenta de registro y anotación y multas impuestas al responsable	134.67
		Total del alcance deducido en el año de 1931 \$	17.187.71
Suma el alcance por deficiencia en los recaudos \$	13.412.99		

Por la transcripción hecha, fácilmente se deducen los motivos que tuvo la Contaduría Departamental para elevar a alcance las partidas

detalladas, y cuyo valor asciende a la suma de \$ 31.064.41.

El responsable, señor Rafael Galindo, como ya se dijo, y se repite, durante la primera instancia del juicio administrativo no contestó en la mayoría de los casos las observaciones que le formuló el Tribunal de Cuentas del Departamento, y cuando lo hizo, las razones y pruebas que allegó no fueron admitidas, motivo por el cual se fenecieron con alcance las cuentas y se declararon ejecutoriados los autos correspondientes.

Pero si ante la Contaduría no dio las explicaciones pedidas ni presentó las pruebas conducentes durante el término que ésta le concedía en cada uno de los autos de observaciones, bien pudo interponer el recurso de apelación que la ley le concede contra las decisiones de aquélla, ante el Tribunal Contencioso Administrativo.

Ejecutoriadas las providencias administrativas, no puede alegar en la Corte los medios de defensa que en otra oportunidad pudo aducir ante el Tribunal competente. Esta omisión le acarrea perjuicios, por no poderse modificar la situación jurídica que se produjo consecuentemente.

Con el examen que ha hecho la Sala de las partidas que forman los alcances aplicando el criterio expuesto, deduce que no puede pronunciarse sino sobre tres de ellas, respecto de las cuales prosperan las excepciones, por no referirse a cuestiones propias de la jurisdicción contencioso-administrativa, o ya juzgadas por ella. Tales son:

Valor del impuesto de alcantarillado dejado de recaudar en 1930, \$ 4.400. Como según el certificado de la Tesorería de Fusagasugá, en dicho año no existía tal impuesto, la obligación carece de causa.

La de \$ 5.282.23 por deficiencias en los recaudos relativos a impuesto predial durante los tres años de 1929, 1930 y 1931. En los años posteriores a 1931, según pruebas que obran en el expediente (folios 8 a 30 del cuaderno número 10 y 4 a 12 del cuaderno número 13), se recaudó una suma igual a la que se quiere hacer efectiva en el presente juicio por el mismo concepto y que corresponde a las vigencias de los años precitados. Por consiguiente, es procedente la excepción propuesta por los excepcionantes de pago en parte de la obligación; y

La de \$ 576.00 por valor de los créditos a cargo de José A. y Mariano Clavijo, dejados de recaudar. A folio 10 vuelto, cuaderno número 12, aparece la Ordenanza número 29 de 1938 en cuyo artículo 1º se autoriza al Concejo de Fusagasugá para condonar esos créditos. Y por medio del Acuerdo número 6 de 1940 (folio 11, cuaderno número 12), el Concejo hizo uso de

dicha autorización. Se presenta en este caso uno de los eventos previstos por el derecho común para la extinción de las obligaciones, cual es la remisión o condonación de la deuda.

Suman las deducciones anteriores, \$ 10.258.23.

Como queda dicho al principio de esta decisión, contra los fiadores señores Noé Jiménez y Ernesto García y contra los poseedores de los bienes hipotecados se libraron sendos mandamientos ejecutivos por la suma de \$ 31.411.98, y contra el directamente responsable señor Galindo, sólo se libró orden de pago por la cantidad de \$ 31.064.41. Hay una diferencia de \$ 337.57 en contra de aquéllos. La providencia ejecutiva correspondiente a los deudores solidarios señores Jiménez y García, no fue notificada al deudor principal por cuanto el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales libró los mandamientos por separado. Los artículos 2369 y 2370 del Código Civil establecen expresamente que el fiador no se obliga a más, ni en términos más gravosos que el deudor principal. En atención a estos preceptos legales, por el alcance deducido al ex-Tesorero señor Rafael Galindo, de \$ 31.064.41, es por lo que deben responder los fiadores.

Fallo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *reforma* la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, así:

Declárase probada la excepción por diez mil doscientos cincuenta y ocho pesos con veintitrés centavos (\$ 10.258.23), contra la cantidad de treinta y un mil sesenta y cuatro pesos con cuarenta y un centavos (\$ 31.064.41), a que asciende el alcance. Sigase la ejecución por el saldo, o sea veinte mil ochocientos seis pesos con diez y ocho centavos (\$ 20.806.18) moneda corriente.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

Anibal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio diez y siete de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Anibal Cardoso Gaitán).

En el juicio ejecutivo seguido por el Municipio de Fusagasugá contra el señor Rafael Ga-

lindo y otros, la Corte, en Sala de Negocios Generales, puso fin al incidente de excepciones, motivo de la alzada, por medio de la sentencia que lleva fecha de abril trece de mil novecientos cuarenta y tres. Mas como sobre esa providencia los señores Noé Jiménez y Ernesto García, en sus calidades de fiadores excepcionantes, solicitaran en memorial presentado oportunamente aclaración sobre algunos de sus apartes, pasa la Sala a resolverla.

Los dichos señores se expresan así, transcribiendo una parte de la sentencia de la Corte:

“Para los juicios de cuentas la ley ha establecido un procedimiento especial y le ha atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa su conocimiento. Dichas tramitación y competencia están reguladas y establecidas en la Ley 167 de 1941 (Código Contencioso-Administrativo), en el Capítulo XIX. Los artículos 169 y 188 dicen:

“En el presente caso, sujeto al fallo de la Corte, los excepcionantes omitieron poner en práctica ante la jurisdicción contencioso-administrativa los medios de defensa consagrados en los preceptos aludidos anteriormente. Y por no ser de la Competencia de la Corte la revisión de actos administrativos no pueden por consiguiente operar las pruebas allegadas al proceso con este fin.”

“De lo que acabo de transcribir del fallo de la honorable Corte, surge la duda de si la Sala estima o nó que el nuevo Código Contencioso-Administrativo puede considerarse con efecto retroactivo respecto de procesos administrativos que se iniciaron y concluyeron bajo la vigencia de leyes y decretos anteriores a dicho Código, especialmente en cuanto al procedimiento, procesos entre los cuales cabe incluir la formación de títulos y las correspondientes ejecuciones que por jurisdicción coactiva se iniciaron contra los responsables de los Fiscos Departamentales o Municipales, con fundamento en las normas vigentes en la época en que dichas ejecuciones se promovieron.”

Los apartes transcritos “entrañan —dicen los excepcionantes— un pasaje oscuro y dudoso del fallo, porque para la época en que se formó el título y se propusieron las excepciones correspondientes no regían aquellas disposiciones, ni existía la misma organización contencioso-administrativa vigente en la actualidad....”

Es un principio universalmente conocido y aceptado el de la irretroactividad de la ley procedimental, y siendo esto así, mal podía la Sala darle ese carácter a las disposiciones transcritas en el fallo del cual hoy se pide aclaración.

Para nadie es extraño que la jurisdicción contencioso-administrativa existe desde que se aprobó el Acto legislativo número 3 de 1910, y tres años más tarde, por medio de la Ley 130 de 1913 se reglamentó de manera expresa la organización, jurisdicción y competencia de los organismos creados para resolver las controversias que se suscitaban entre la Administración y los particulares. A dicha Ley y con el transcurso del tiempo se le han venido introduciendo modificaciones, indispensables en todo organismo, a fin de adaptarla a las nuevas necesidades de la Administración, pero siempre conservando el objetivo que tuvo el legislador al crear dicha jurisdicción contencioso-administrativa.

La Sala de Negocios Generales en ocasiones anteriores y por las mismas causas que originaron el fallo en este juicio, se había pronunciado en el sentido de que no era un Tribunal de Cuentas para revisar actos definitivos de autoridades administrativas. Y para reafirmar esa tesis por demás jurídica, transcribió ahora los artículos pertinentes del nuevo Código Contencioso-Administrativo, como pudo haber también transcrito otros de la Ley 130 de 1913, aplicables al caso de autos.

La jurisdicción contencioso-administrativa es obligatoria, ya se trate de deudores principales o de fiadores, pues tanto a los unos como a los otros la ley les concede los medios para defenderse, pero esos medios están sujetos al lleno de ciertos requisitos y deben ejercitarse ante los Jueces determinados por la ley. Esta aclaración se debe a que los memorialistas, en su calidad de fiadores excepcionantes, se consideran como personas completamente extrañas a la ejecución y expresan que por ese motivo no apelaron a la jurisdicción administrativa.

A los fiadores les bastaba que acreditaran un interés directo en el juicio para que pudieran intervenir como partes, y para ello la ley les concedía el derecho en cualquier estado de la causa, con la única condición de no retrotraer los términos de ésta (artículo 15 de la Ley 25 de 1928). De suerte que no es valedera la afirmación de los memorialistas Jiménez y García de ser en su calidad de fiadores, personas extrañas en la formación de los títulos que dieron base a la ejecución. Cuando a ellos se les notificó la providencia ejecutiva, lejos de ocurrir a la justicia ordinaria, debieron hacerlo ante la jurisdicción contenciosa, única competente para revisar actos proferidos por la Administración; los fiadores, en el presente caso, ni eran extraños, se repite, ni estaban en incapacidad para alegar y defender sus derechos.

Procede, como se solicita, la corrección de un error aritmético en que se incurrió en el fallo a que esta aclaración se refiere. Como se observa

en el memorial aclaratorio, hay desacuerdo entre la parte motiva del fallo y la resolutive, en cuanto en la primera se admite que las partidas por impuesto de alcantarillado deben descontarse, y en cuanto en la segunda se omitió hacerlo respecto de la de \$ 4.000.00 allí contemplada. Se incurrió, pues, en una omisión aritmética que debe corregirse, haciendo la modificación correspondiente en la parte resolutive de la sentencia.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no procede la petición basada en las razones que se aducen sobre jurisdicción, y corrige la parte resolutive de la sentencia proferida el trece de abril de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio ejecu-

tivo seguido por el Municipio de Fusagasugá contra el señor Rafael Galindo y otros, la que quedará así:

Declárase probada la excepción por catorce mil doscientos cincuenta y ocho pesos con veintitrés centavos (\$ 14.258.23) contra la cantidad de treinta y un mil sesenta y cuatro pesos con cuarenta y un centavos (\$ 31.064.41), a que asciende el alcance. Sigase la ejecución por el saldo, o sea diez y seis mil ochocientos seis pesos con diez y ocho centavos (\$ 16.806.18) moneda corriente.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

José M. Blanco Núñez, Anibal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Reivindicación. - Interpretación del artículo 3.º de la Ley 200 de 1936.

De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 200 de 1936, se presume que son de propiedad particular los fundos rurales poseídos por particulares mediante la explotación económica del suelo y las porciones incultas de tales fundos necesarias para dicha explotación. Y por excepción valen también como prueba de la propiedad, según el artículo 3º, los simples títulos inscritos otorgados entre particulares, siempre que en ellos consten tradiciones del dominio por un lapso de tiempo no menor del que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, y que estén otorgados con anterioridad al estatuto de tierras. El legislador, pues, le dio así plena validez frente al Estado, a falta del título originario, dado por éste, a la mera posesión inscrita, y reconoció por ese medio que los particulares amparados con esa posesión, en un lapso de tiempo suficiente para operar la prescripción del dominio, corrido antes del estatuto, habían ganado la propiedad de las respectivas tierras a que hacían alusión los títulos, aunque se tratase de fundos sin cultivo ni explotación económica. La posesión inscrita es la que consta en los registros de la propiedad inmueble. Por medio de ella el titular conserva la posesión del dominio. Hace figurar el bien en un patrimonio particular, y por ello sirve aun para consumir la prescripción. Y para que la posesión inscrita opere todos sus efectos no es necesario que haya pluralidad de títulos, o por mejor decir, que la respectiva propiedad se haya movido por repetidas veces en los registros. No. Conforme al sistema del Código Civil, que es el que el artículo 3º deja vigente, para el caso especial allí contemplado, el fenómeno de la posesión inscrita es igual y se conserva sea que el primitivo adquirente mantenga por largos años, mientras viva, vigente la inscripción a su favor, o que medien sucesivas transmisiones del título en cualquier período. De todos modos, los adquirentes se representan entre sí, y apenas forman la cadena que une el eslabón del primer adquirente con el eslabón actual, cadena que a su vez representa la continuidad en la posesión inscrita, que es

el elemento esencial en la conservación de ésta. Por tal causa y por la naturaleza de la posesión inscrita, para reputar a una persona poseedora inscrita y por ende propietaria actual de un inmueble, lo mismo da que el título de adquisición se haya mantenido a su favor desde época remota, o que hayz recibido la propiedad a través de múltiples y sucesivos tradentes.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

La Nación, por medio de apoderado especial y en libelo presentado al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el 15 de septiembre de 1922, demandó por los trámites del juicio ordinario a los señores Pedro Trujillo, Isidoro Páez Sierra, Aureliano Márquez y Ana Rosa Páez de Márquez, Joaquín Neira y Delina Páez de Neira, Domingo Salazar y María Páez de Salazar, Simón Quiñones, en su calidad de cónyuge sobreviviente de la sociedad conyugal que hubo con su primera esposa Felisa Páez, y como adjudicatario de una parte del derecho proindiviso de Emilio Villamil; Severo M. Casas, Gustavo Casas, María de Jesús Casas, Bernardo Casas, Clemente González y María E. Casas; Pablo Emilio Villamil y Francisco Villamil; José Benito Torres, en representación del comunero Alejo Torres, y a todos los interesados inciertos, para que en sentencia definitiva se hagan estas declaraciones:

1ª Que los terrenos llamados *Otro Mundo*, situados en gran parte en el antiguo Municipio de Pauna (Departamento de Boyacá) y en porción menor en el Municipio de Albania (Departamento de Santander del Sur), alinderados como lo expresa el libelo, pertenecen en dominio y propiedad a la Nación colombiana.

2ª Que los citados terrenos fueron vendidos sin título ninguno de propiedad proveniente de la Nación colombiana, por el señor Bruno Chinchilla al señor Pedro Trujillo, según escritura pública número 195 de 19 de junio del año de

1873, pasada ante el Notario Primero del Circuito de Chiquinquirá, por lo cual dicha venta no afecta a la Nación, en fuerza de que ésta no se ha desprendido de la propiedad mencionada por ninguno de los medios jurídicos establecidos en la legislación.

3ª Que los demandados están en la obligación de restituir a la Nación los terrenos de *Otro Mundo* por los linderos expresados en la demanda y a pagarle los frutos de tales terrenos desde el día en que empezaron a poseerlos hasta el día de la entrega.

4ª Que se ordene la cancelación de las inscripciones que desde el año de 1873 en adelante se hayan hecho en la Oficina de Registro del Circuito de Chiquinquirá, relativas a transmisiones de la propiedad, limitación de ella, e hipotecas y embargos que hayan sufrido los terrenos llamados *Otro Mundo* por los linderos especificados, transferencias, limitaciones, hipotecas y embargos que derivan su origen de la venta que con fecha 19 de junio de 1873 hizo Bruno Chinchilla al señor Pedro Trujillo, según escritura número 195 del Notario Primero de Chiquinquirá, registrada el 22 de agosto de 1873, o de cualquier otro título.

De la sentencia apelada se toma el siguiente extracto de los hechos de la demanda;

"1ª Los terrenos de *Otro Mundo* pertenecían hasta el año de 1873 a la Nación colombiana, pues estaban y están ubicados dentro de su territorio y carecían de otro dueño.

"2ª Los citados terrenos no han salido del patrimonio de la Nación, pues ésta no los ha transmitido a nadie por ningún título.

"3ª Por escritura número 195 de 19 de junio de 1873, de la Notaría Primera del Circuito de Chiquinquirá, Bruno Chinchilla vendió los terrenos de *Otro Mundo* al señor Pedro Trujillo, sin que Chinchilla tuviera título alguno de propiedad y por consiguiente vendió lo que era de la Nación.

"4ª Por escritura número 432 de 8 de diciembre de 1874 de la Notaría de Chiquinquirá, el señor Pedro Trujillo dijo que los terrenos de *Otro Mundo* comprados a Bruno Chinchilla por la escritura número 195 ya citada, los había adquirido para sí y para los señores Simón Quiñones, Isidoro Páez Sierra, Gregorio y Severo Casas, Emilio Villamil y Alejo M. Torres, por iguales partes.

"5ª El señor Emilio Villamil murió y lo representa, en una parte, el señor Simón Quiñones, por adjudicación que se le hizo en la sucesión del señor Villamil; y en el resto lo representan su viuda la señora Adelina Páez de Villamil y

sus hijos Paulina, Francisco y Pablo Emilio Villamil'.

"6ª Severo Casas murió y lo representa su único heredero Severo M. Casas.

"7ª Gregorio Casas murió y lo representan sus hijos Bernardo y Agustín Casas y 'su hija casada con el señor Clemente González'.

"8ª Alejo M. Torres también murió 'y lo representan sus hijos'.

"9ª Los libros de la Oficina de Registro de Chiquinquirá han sido examinados desde el año de 1826, 'época desde la cual existe archivo de aquella Oficina, hasta el día 19 de junio de 1873', y no aparece inscripción alguna 'relacionada con título de adjudicación hecha a favor de Bruno Chinchilla', y referente a los terrenos de *Otro Mundo*. 'Lo único que aparece es la venta que sin título anterior alguno hizo Chinchilla de los terrenos en referencia, que son de propiedad nacional, al señor Trujillo'.

"10. 'El Territorio Vásquez, comprensión del antiguo Municipio de Pauna, siempre ha pertenecido al Circuito de Registro de Chiquinquirá'."

La primera instancia se adelantó por el Tribunal hasta concluir con la sentencia del 14 de octubre de 1941, que negó todas las peticiones del apoderado de la Nación. Es de advertir que la demora en terminar dicha instancia provino de las dificultades que hubo para notificar la demanda a todos los demandados, muchos de los cuales no se encontraron, debiéndoseles nombrar curador *ad litem*, en lo cual se emplearon bastantes años.

La sentencia de primera instancia fue apelada por el representante de la Nación, y habiéndose concedido el recurso vino el negocio a la Corte, donde está para recibir la definitiva de segundo grado.

Para resolver se considera:

La acción instaurada es la reivindicatoria definida por el artículo 946 del Código Civil, tendiente a que se declare que pertenecen a la Nación con el carácter de baldíos los terrenos de *Otro Mundo* alinderados en el libelo, y se ordene la restitución de éstos a la Nación, con sus consecuencias.

Con la demanda se acompañó la escritura que cita el demandante como fundamento de la acción por la cual Bruno Chinchilla vendió al señor Pedro Trujillo los terrenos de *Otro Mundo*, escritura que se registró el 22 de agosto de 1873.

También se acompañó con la demanda la escritura número 432 de 8 de diciembre de 1874, de la Notaría del Circuito de Chiquinquirá, por

la cual Pedro Trujillo declara que el terreno demarcado en la escritura número 195 citada, "se lo compró a Bruno Chinchilla para sí y para los señores Simón Quiñones, Isidoro Páez Sierra, Gregorio y Severo Casas, Emilio Villamil y Alejo María Torres, quienes dieron las cuotas partes respectivas y que como hasta la presente fecha no se había otorgado la correspondiente escritura por el señor Trujillo para sí y a favor de los citados señores Quiñones, Páez Sierra, Casas, Villamil y Torres, dice que el mencionado terreno, por los linderos expresados, confiesa el otorgante que es de todos los referidos señores y el otorgante por iguales partes, y que este terreno servirá de base para formar una compañía; que se desapodera de los derechos que le corresponden a los otros socios, reservándose por su parte el que le corresponda para sí, destinando su derecho para la sociedad en la misma compañía". Este instrumento aparece registrado en la Oficina de Registro de Chiquinquirá el 26 de diciembre de 1874.

Igualmente figura en el juicio el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Chiquinquirá, en el cual se da cuenta de que existen otros registros, además del de las escrituras mencionadas, relativos a operaciones de distintas personas y de diversa índole sobre los terrenos de *Otro Mundo*.

En la sentencia el Tribunal dice que las escrituras anteriormente citadas acreditan que los terrenos materia de la controversia fueron objeto de transacciones entre particulares desde el año de 1873; y que la posesión material de ellos la tienen los demandados, lo que se deduce del hecho de estar propuesta contra ellos una acción reivindicatoria que supone dicha posesión material. Con fundamento en lo anterior y en lo que dispone el artículo 3º de la Ley 200 de 1936 el Tribunal concluye en que la acción del Estado debe negarse porque el artículo 3º de la citada Ley se la agotó.

El Tribunal después de transcribir los artículos 1º, 2º y 3º de la mencionada Ley 200, agrega: "Las disposiciones transcritas consagran dos presunciones legales: que no son baldíos sino de propiedad privada, los fundos poseídos de conformidad con las exigencias de la misma Ley, y que son baldíos los predios rústicos no poseídos en la forma indicada. Esta última presunción se desvirtúa con la presentación, fuera de título originario expedido por el Estado que no haya perdido su eficacia legal, de títulos inscritos otorgados con anterioridad a la mencionada Ley 200, en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria.

"En el presente caso ha sido el mismo demandante quien ha exhibido el título inscrito otorgado a favor de la parte demandada y con una anterioridad de más de treinta años a la vigencia de la citada Ley 200, título con el cual se acredita que los terrenos que se litigan han sido materia de traspaso del dominio entre particulares desde el año de 1873, según ya se vio.

"Aunque la demanda en este juicio fue presentada con anterioridad a la Ley 200 y varios de los demandados la contestaron también con anterioridad a dicha expedición, es lo cierto que la secuela del juicio no vino a adelantarse sino con posterioridad a la vigencia de la citada Ley. Por lo demás la misma Corte en su fallo ya citado acepta que las disposiciones de la Ley 200 de 1936 son aplicables a los juicios en que se discute la propiedad privada frente a la del Estado y que se hallaban en curso cuando dicha Ley se expidió."

El señor Procurador Delegado en lo Civil en su alegato ante la Corte impugna la sentencia del Tribunal alegando esta razón como fundamental:

Que el artículo 3º de la Ley 200 habla de *títulos... en que consten tradiciones de dominio*. Hay pues en la Ley, sostiene el señor Procurador, un claro concepto de pluralidad: se trata de enajenaciones sucesivas, verdaderos y sucesivos desplazamientos de la propiedad de un patrimonio a otro u otros distintos, y tales desplazamientos deben haber afectado, en su conjunto, a *la totalidad de la extensión territorial respectiva*.

"En el caso *sub judice* se tiene como punto de partida u origen de la titulación posterior el título inscrito por medio del cual Bruno Chinchilla vendió los terrenos de *Otro Mundo* a Pedro Trujillo.

"Ese primer título entre particulares —ya que por otra parte no existe título alguno originario del Estado— no es suficiente a acreditar la propiedad privada que se discute. Siguiendo la letra y el espíritu de la Ley llamada de Tierras han de rastrearse otros títulos (por lo menos uno más, que sirva para constituir la pluralidad de titulación de que ya se habló) de aquellos 'en que consten tradiciones de dominio...'"

La Corte encuentra que la aplicación que el Tribunal le dio al artículo 3º de la Ley de Tierras es correcta, pese a la objeción del señor Procurador, de fuerza apenas aparente, derivada de una interpretación demasiado literal del citado precepto.

De acuerdo con el artículo 1º de la Ley de Tierras, se presume que son de propiedad particular los fundos rurales poseídos por particulares mediante la explotación económica del suelo y

las porciones incultas de tales fundos necesarias para dicha explotación.

Y por excepción valen también como prueba de la propiedad, según el artículo 3º, los simples títulos inscritos corridos entre particulares, siempre que en ellos consten tradiciones del dominio por un lapso no menor del que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, y estén otorgados con anterioridad al estatuto de tierras.

El legislador pues le dio así plena validez frente al Estado, a falta del título originario, dado por éste, a la mera posesión inscrita, y reconoció por ese medio que los particulares amparados con esa posesión, en un lapso suficiente para operar la prescripción del dominio, corrido antes del estatuto, habían ganado la propiedad de las respectivas tierras a que hacían alusión los títulos, aunque se tratase de fundos sin cultivo ni explotación económica.

La posesión inscrita es la que consta en los registros de la propiedad inmueble. Por medio de ella el titular conserva la posesión del dominio. Hace figurar el bien en un patrimonio particular y por ello sirve aun para consumir la prescripción. Y para que la posesión inscrita opere todos sus efectos no es necesario que haya pluralidad de títulos, o por mejor decir, que la respectiva propiedad se haya movido por repetidas veces en los registros. No. Conforme el sistema del Código Civil, sistema que es el que el artículo 3º deja vigente, para el caso especial allí contemplado, el fenómeno de la posesión inscrita es igual y se conserva sea que el primitivo adquirente mantenga por largos años, mientras viva, vigente la inscripción a su favor, o que medien sucesivas transmisiones del título en cualquier período. De todos modos los adquirentes se representan entre sí, y apenas forman la cadena que une el eslabón del primer adquirente con el eslabón actual, cadena que a su vez representa la continuidad en la posesión inscrita, que es el elemento esencial en la conservación de ésta. Por tal causa y por la naturaleza de la posesión inscrita, para reputar a una persona poseedor inscrito y por ende propietario actual de un inmueble lo mismo da que el título de adquisición se haya mantenido a su

favor desde época remota, o que haya recibido la propiedad a través de múltiples y sucesivos tradentes.

De ahí que el artículo 3º del estatuto de tierras no pueda recibir la interpretación que le asigna el señor Procurador, con lo cual se desvirtúa el fenómeno de la posesión inscrita tal como la entiende el Código Civil. Y si el artículo habla en plural de "*títulos inscritos*" en que consten tradiciones del dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria", en manera alguna está significando con ello que sea inoperante el solo título de una inscripción tan antigua que alcance a colmar el período de la prescripción. La situación general objetiva que el precepto reglamenta tenía que forzar también la expresión de la idea con el concepto de pluralidad, con el objeto de comprender la multiplicidad de las situaciones de hecho colocadas al amparo de la regla.

La interpretación anterior, que es la científica, tampoco contraría el interés colectivo, manteniendo indefinidamente improductivo un fundo del cual sólo se tenga la posesión inscrita. Pues a partir de la vigencia de la Ley 200, tal posesión en lo futuro estará condicionada por la necesidad de explotar también el fundo, a que el título se refiere, sin cuya explotación la simple posesión inscrita pierde su valor al cumplirse diez años, según el artículo 6º, que establece en contra del propietario una condición resolutoria de extinción del dominio particular, a favor de la Nación.

Sentencia.

Por lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia apelada.

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

Anibal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Declaración del impuesto sobre la renta.

No sólo es contrario a la ley, sino antieconómico y antisocial en materia impositiva fiscal, gravar más de una vez y por el mismo concepto la misma fuente de riqueza, sea ésta renta o patrimonio, porque si el fin del impuesto fuera el aniquilamiento de la capacidad tributaria del contribuyente, generaría en confiscación, lo que pugnaría con los altos fines del Estado y con las normas de la Constitución Nacional.

Las declaraciones del contribuyente se hacen bajo juramento y, por tanto, obligan a su aceptación por parte de los agentes de recaudación como ciertas, a menos que éstos las invaliden aportando al expediente las pruebas suficientes para evidenciar que son contrarias a la verdad.

Por cuanto la calificación respectiva aparea consecuencias de carácter penal, y por cuanto en materia penal la responsabilidad tiene que fundarse en la culpa, en el ánimo o intención dolosa, debe distinguirse entre el simple error y la inexactitud a que se refieren los artículos 124 a 126 del Decreto número 818 de 1936.

Un simple error en la declaración de renta no constituye la falsedad, que es siempre inexactitud dolosa en cuanto, a sabiendas se emplea para defraudar ocultando maliciosamente en la respectiva declaración, alguna partida o cantidad con el fin de que sobre ella no recaiga el correspondiente impuesto. La aplicación de lo dispuesto en los artículos 124 a 126 del Decreto número 818 de 1936, por lo mismo que aparejan sanciones, no puede hacerse con mengua de los principios fundamentales de la responsabilidad en materia penal, los cuales se informan en la intención dolosa del agente de la infracción de la ley.

El funcionario liquidador, al revisar la primitiva liquidación, y al imponer la multa por inexactitud al exceptioante lo hace calculándola sobre el total del impuesto respectivo. Si esta revisión fuera legal por ser aceptable el cargo de inexactitud contra el exceptioante, también adolecería de error tal multa. Que el artículo 125 del Decreto número 818 de 1936 exprese que "de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 78 de 1935, la sola

inexactitud en la declaración hace incurrir en un recargo del ciento por ciento del impuesto", no quiere decir que ese recargo se liquide sobre todo el impuesto que resulte al sumar todos los renglones o partidas denunciadas por el contribuyente sino, únicamente, el recargo que corresponda a la partida o partidas en que se haya incurrido en ocultación, o inexactitud maliciosa, porque injusto sería hacer recaer la pena aun con relación a aquello en que no se faltó a la verdad ni hubo fraude alguno al Fisco.

En materia administrativa, como en materia judicial, la inestabilidad en las decisiones de los funcionarios encargados de preferirlas constituye un foco de intranquilidad social que conviene evitar por los perjuicios que tal situación anómala puede ocasionar tanto a los ciudadanos como al mismo Estado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio cuatro de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez)

Ante el Juez de Rentas Nacionales de Cundinamarca, con motivo de una ejecución contra él, seguida por vía de jurisdicción coactiva, el doctor Rodrigo Noguera presentó el siguiente pliego de excepciones que corresponde a la Corte considerar y resolver:

"Yo, Rodrigo Noguera, mayor de edad, vecino de esta ciudad, con cédula de ciudadanía expedida en la misma bajo el número 1206076, hablando en el juicio ejecutivo con jurisdicción coactiva, iniciado por usted contra mí, para el cobro de la multa y liquidación de impuesto que se me hizo por Resoluciones números 748 de fecha 8 de mayo de 1941, 1416 de 25 de septiembre del mismo año y 1615 de 10 de diciembre próximo pasado, de la Jefatura de Impuestos y Rentas Nacionales (suma cobrada, \$ 1.392.14), ante usted, muy respetuosamente, y para su remisión a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el Decreto número 1315 de 1936 (8 de junio), me presentar (sic) las siguientes excepciones perentorias (Código Judi-

cial, 1025 y siguientes): 1) *Inexistencia del título ejecutivo*; 2) *Error de cuenta*; 3) *Falta de causa en la liquidación y en la multa*; 4) *Improcedencia e ineficacia de la acción* y cualquier otra que la Corte halle fundada por razón de los siguientes hechos en que las fundo:

"1º El 26 de julio de 1930 celebré con el señor Pedro Manuel Dávila un contrato profesional, que es el de que da cuenta la Resolución número 1416 de 1941 (septiembre 25), que acompaño en copia debidamente autenticada: la misma que la Jefatura me envió.

La deuda de que trata ese documento era aleatoria entonces (Código Civil, 1498); pero de ahí no se sigue que no existiera.

"2º Esa adquisición, hecha en la época mencionada, fue apreciada y declarada por mí, globalmente, como las leyes en su época lo exigían, y, por tanto, no es aplicable la Ley 78 de 1935, que cita aquella resolución;

"Ese hecho no ha podido ser impugnado por el Gobierno;

"3º El año de 1938 declaré en Bogotá, como la misma Resolución lo reconoce, un crédito personal de quince mil pesos (\$ 15.000), como parte de mi patrimonio, por haber convenido con mi cliente señor Dávila en determinarlo en tal suma; tal declaración es reconocida por la misma Resolución;

"4º El Gobierno (la Administración de Hacienda Nacional) me aceptó sin reparo alguno tal declaración ese año, y no podía yo adivinar que al año siguiente me la objetaría;

"5º El año de 1939 me fue pagado ese crédito, con el cual compré mi señora, en virtud de separación provisional y voluntaria, una casa en esta ciudad, y por ello ya no declaré el crédito mencionado, como la misma resolución lo reconoce;

"6º La casa mencionada fue relacionada, en lugar del crédito, en la declaración conjunta de 1939, como la misma resolución lo reconoce.

"De todo ello se infiere que no hubo ocultamiento alguno del crédito, ni por tanto inexactitud en la declaración, como lo ha resuelto muchas veces el Consejo de Estado, y menos en este caso, por haber sido admitida en esa forma la declaración del año de 1938.

"El razonamiento de la mencionada resolución es equivocado, y equivocado también el dato de mis propiedades en Santa Marta, que, además, nada tienen que ver con el crédito mencionado y el bien que con él se adquirió;

"7º El año de 1939 declaré bienes raíces por \$ 31.000, como consta en la misma resolución, incluyendo una partida adicional de \$ 1.000, teniendo en cuenta que la casa comprada con el producto del crédito mencionado, fue avaluada en el catastro por \$ 8.800, como lo demostré y así lo reconoce la Resolución número 1615 de 10 de

diciembre de 1941; pero la Jefatura de Impuestos, corrigiendo su apreciación anterior, obtuvo informe de que mis bienes en Santa Marta valían \$ 25.500 (ya no \$ 30.000 como antes decía), aunque hay también ahí una afirmación sin pruebas de la oficina de rentas, ya que si se hubiera informado más, habría obtenido el dato de que una de las propiedades de Santa Marta salió hace tiempos de mi patrimonio, aun cuando siguió figurando erróneamente a mi nombre en el catastro.

"8º La diferencia entre \$ 31.000 declarados como patrimonio raíz y \$ 34.300—\$ 8.800 (casa de Bogotá), \$ 25.500 fincas de Santa Marta), no justifica ni la liquidación ni la multa que se me ha impuesto;

"9º Con fecha 26 de marzo de 1942 pedí el reajuste de mis declaraciones, como lo demuestro con la copia certificada que acompaño, de acuerdo con el aviso publicado en *El Tiempo*, que recorto y acompaño, y no se me ha atendido. (554/28 febrero de 1942).

"Acompaño las resoluciones mencionadas, el memorial de que he hablado, el recorte dicho, seis hojas de papel sellado en blanco, y advierto que no he hecho abono ninguno a la suma que se me cobra, y que la Administración presenta como abono mío el pago del impuesto que primeramente, antes de dichas resoluciones, se me había liquidado y cobrado, que es cosa diferente.

"En derecho fundo las excepciones en las disposiciones del Código Civil sobre obligaciones (L. IV), en la legislación de impuestos vigente al tiempo de la adquisición del crédito, y en las que hoy rigen sobre el particular. Alegaré en su oportunidad, y presentaré las demás pruebas (o las pediré) que crea convenientes."

Como antecedentes principales de este juicio figuran los siguientes:

La Administración de Hacienda de Cundinamarca liquidó a cargo del excepcionante la suma de cincuenta y nueve pesos con diez y ocho centavos, así: \$ 34.18 por impuesto a la renta, y \$ 25.00 por impuesto al patrimonio correspondientes al año de 1939.

La Jefatura de Impuestos revisó esa liquidación, por medio de Resolución número 748-H de 1941, en la cual dijo lo siguiente:

"El doctor Rodrigo Noguera, de esta ciudad, presentó su declaración de renta y patrimonio por el año de 1939 con los siguientes datos:

"RENTA

"Arrendamientos	\$	1.860.00
"Sueldos		2.000.00
"Honorarios profesionales		2.000.00
		<hr/>
		5.860.00

"Deducciones:

"Reparaciones"	\$ 200.00	
"Impuestos"	80.00	280.00
		<hr/>
"Renta"	\$ 5.580.00	

"PATRIMONIO

"Bienes raíces"	\$ 30.000.00	
"Muebles de la casa"	1.000.00	
		<hr/>
	\$ 31.000.00	

"La Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca no encontró variación que hacerle a la declaración transcrita y, sobre las mismas cifras consignadas en ella, practicó la liquidación señalando un impuesto a la renta de \$ 34.18 y \$ 25.00 sobre el patrimonio.

"Pero ocurre que, de acuerdo con información recogida por este Despacho, cuya correspondiente documentación se encuentra en el expediente, el contribuyente doctor Noguera recibió del señor Pedro M. Dávila, de Santa Marta, la suma de \$ 15.288.00, por concepto de honorarios profesionales, como gestor en un pleito de éste contra la Nación por 'indemnización de perjuicios', cantidad esa dejada de declarar por el doctor Noguera, la cual hace parte de su renta gravable.

"Esa deficiencia en la declaración constituye inexactitud, sancionable de conformidad con el artículo 125 del Decreto 818 de 1936, con el recargo del 100% en el impuesto que resulte, y como la entidad liquidadora de primera instancia no tuvo en cuenta esa circunstancia, es a este Despacho a quien compete dar aplicación a esa disposición, revisando la liquidación primitiva, para lo cual se encuentra facultado por el artículo 15 de la Ley 81 de 1931.

"En consecuencia, queda así:

"RENTA

"La gravada en la liquidación que se revisa, \$ 2.945.00. Honorarios profesionales recibidos del señor Pedro M. Dávila, de Santa Marta, y no declarados, \$ 15.288.00. Renta líquida gravable, \$ 18.233.00.

Impuesto sobre la renta"	\$ 692.06	
Patrimonio gravable"	\$ 30.000.00	
Impuesto al patrimonio"	25.00	
100% de recargo por inexactitud en la declaración"	717.06	
		<hr/>

Monto total del impuesto"	\$ 1.434.12	
Impuesto fijado en la declaración primitiva"	59.18	
		<hr/>

Diferencia a cargo del contribuyente doctor Noguera"	\$ 1.374.94	
--	-------------	--

"Por lo expuesto, la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, *resuelve*:

"Fijase la cantidad de \$ 1.434.12 como total del gravamen que por el año de 1939 debe pagar el doctor Rodrigo Noguera, de esta ciudad, por concepto de renta, patrimonio y recargo del 100% por inexactitud en la declaración.

"Por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, pásese cuenta adicional de cobro al indicado contribuyente por la suma de \$ 1.374.94, diferencia esta entre el impuesto que por la presente se le señala y el que le fue computado en la liquidación de primera instancia."

En consecuencia, estimando la Jefatura de Impuestos que la suma de \$ 15.288 recibida en el año de 1939 por el excepcionante, era renta y no patrimonio, liquidó adicionalmente a cargo de aquél y por tal concepto, la cantidad de \$ 692.06 por ese impuesto; y considerando que la declaración adolecía de inexactitud, sancionó al excepcionante con el 100% de recargo sobre la suma total, así liquidada. Se reduce, pues, la cuestión, a saber:

1° Si en realidad la suma de \$ 15.288.00, pagada al excepcionante por concepto de honorarios profesionales por el señor P. M. Dávila en 1939, es una renta, como lo asevera el funcionario ejecutor, o si, tal cantidad, debe considerarse como parte del patrimonio del excepcionante, según éste alega; y

2° Si en la declaración correspondiente incurrió el excepcionante en inexactitud que le অপারেje la sanción del 100% de recargo, a que se refiere el artículo 125 del Decreto 818 de 1936.

Para resolver, se considera:

Consta en autos que con fecha 26 de julio de 1930, se celebró entre el excepcionante y el señor P. M. Dávila un contrato en virtud del cual aquél se comprometió a prestarle a Dávila sus servicios profesionales en un juicio contra la Nación por indemnización de perjuicios. La cláusula de tal contrato expresa lo siguiente: "Pedro Manuel Dávila pagará al doctor Rodrigo Noguera, por los servicios dichos, el quince por ciento (15%) de la suma a que sea condenada la Nación, y ese pago se hará en el momento en que la Nación le pague tales perjuicios."

Por otra parte, en declaración rendida en Santa Marta por el señor Dávila, éste confirma el pago hecho en 1939 por él al doctor Noguera, por razón de honorarios, y que con base en tal declaración fue con lo que la Jefatura de Impuestos modificó, en la forma que ya se expresó, la liquidación hecha por la Administración de Hacienda de Cundinamarca referente a la declaración del excepcionante correspondiente al año de 1939.

El excepcionante alega que su "crédito contra el señor Dávila, adquirido en 1930 y pagado en

1929 (sic) era en este año un elemento patrimonial y no renta, pues había pagado en aquel carácter sobre él, durante cuatro años consecutivos". Que ese crédito pagado por el señor Dávila en 1939 se transformó en igual cantidad de billetes del Banco de la República, luego, en un crédito contra un banco de la ciudad, como depósito a la orden, y pocos días después, en una casa comprada en Bogotá por la esposa del excepcionante el 10 de febrero de 1939.

En efecto, se nota que en la declaración correspondiente al año de 1939 (cuaderno número 4, folio 21), se dice lo siguiente: "En Bogotá una casa comprada por Genoveva de Noguera, esposa del contribuyente, por la suma de \$ 13.750, y mejorada (este bien sustituye el crédito igual que figuró en la declaración del año pasado \$ 15.000." Consta (folio 9 vuelto, cuaderno número 4), por certificación del Secretario de la Sección Municipal de Catastro de Bogotá, que desde el segundo semestre del año de 1939 figura la señora Genoveva Laborde de Noguera, como propietaria de un predio situado en la carrera 15 de esa ciudad, inscrito a su nombre, según escritura número 272 de 10 de febrero de 1939 de la Notaría 3ª de Bogotá, predio que tiene un avalúo de \$ 8.800, y que en su declaración correspondiente al año de 1940, la señora Laborde de Noguera señala un activo patrimonial montante a \$ 13.750, consistente en una casa en que vive con su familia (folio 12 ibídem), explicando después a virtud de solicitud del Administrador de Hacienda, que esa casa la adquirió por escritura de 10 de febrero de la Notaría 3ª de Bogotá.

En la declaración de renta y patrimonio del excepcionante, correspondiente a 1937, denuncia un activo patrimonial de \$ 31.000 incluyendo en éste "un crédito personal" por valor de \$ 10.000 (folio 17), y en 1938 denunció un activo patrimonial de \$ 30.000, incluyendo en éste un crédito por \$ 15.000 (folio 19). En su declaración de 1939, como ya se dijo, manifestó lo siguiente: (folio 21):

"PATRIMONIO:

Bienes raíces.

En Santa Marta	\$	15.000.00
En Bogotá una casa comprada por Genoveva de Noguera, esposa del contribuyente, por la suma de \$ 13.750 y mejorada, este bien sustituye el crédito igual que figuró en la declaración del año pasado		15.000.00
		<hr/>
Suman los bienes raíces	\$	15.000.00"

"Créditos personales: El crédito de \$ 15.000 que figuró en el año pasado, fue cobrado e invertido en una casa."

Fue entonces cuando el Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales revisó la liquidación correspondiente a la declaración hecha por el excepcionante, y le hizo a éste la liquidación que motiva las presentes excepciones, estimando que se debía incluir en la renta del declarante la suma de \$ 15.288, que recibió del señor P. M. Dávila en concepto de honorarios profesionales, e imponiéndole un recargo del 100% por inexactitud en la declaración.

Como primeras consideraciones, procede sentar las siguientes:

a) No sólo es contrario a la ley, sino antieconómico y antisocial en materia impositiva fiscal, gravar más de una vez y por el mismo concepto, la misma fuente de riqueza, sea ésta renta o patrimonio, porque si el fin del impuesto fuera el aniquilamiento de la capacidad tributaria del contribuyente, degeneraría en confiscación, lo que pugnaría con los altos fines del Estado y con las normas de la Constitución Nacional.

b) Las declaraciones del contribuyente se hacen bajo juramento, y por tanto, obligan a los agentes de recaudación a aceptarlas como ciertas, a menos que éstos las invaliden, aportando al expediente las pruebas suficientes para evidenciar que son contrarias a la verdad.

c) Por cuanto la talificación respectiva aparece consecuencias de carácter penal, y por cuanto que en materia penal la responsabilidad tiene que fundarse en la culpa, en el ánimo o intención dolosa, debe distinguirse entre el simple error y la inexactitud a que se refieren los artículos 124 a 126 del Decreto número 818 de 1936. Aplicando estas ideas al caso de autos, se tiene que si el señor Noguera, como consta en el expediente, manifestó en sus declaraciones de renta y patrimonio de 1937, 1938 y 1939, que tenía un crédito a cargo del señor P. M. Dávila, crédito que al principio le asignó un valor de \$ 10.000 y después —cuando le fue pagado por Dávila en 1939— un valor de \$ 15.000; que con parte del valor de este crédito su esposa la señora Genoveva de Noguera compró una casa, a la cual se le señaló en la respectiva relación de patrimonio del año de 1939 el total del valor de ese crédito sustituido por dicha finca; tales declaraciones obligaban a las oficinas recaudadoras, por no haber sido desvirtuadas por éstas en forma legal; y, como evidentemente era un crédito el que tenía el señor Noguera contra el señor Dávila, por más que la obligación contraída por Dávila estuviera indeterminada en su cuantía en ese momento y sujeta a la condición de que la Nación fuera condenada en el juicio en que debía prestar el doctor Noguera sus servicios de abogado (Código Civil, artículos 1517, 1518 y 1530, Decreto número 818 de 1936, artículo 98; Ley 78 de 1935, artículo 21, inciso 4º); como el carácter de ese

crédito, de elemento colacionable al patrimonio del declarante no se alteraba por convertirse en dinero, una vez que se pagó a Noguera por Dávila, y una vez que parte de ese dinero se convirtió en la casa comprada por la esposa del declarante, ni existe inexactitud de parte de éste al haber incluido en el patrimonio, y no como renta, la suma pagada a él por Dávila por virtud de la obligación que éste contrajo, ni es legal la sanción impuesta por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales por este concepto, ni es legal tampoco gravar como renta este renglón, que sólo y por una sola vez se debe gravar como patrimonio en el inmueble que lo sustituyó.

Pero procede añadir algunas otras consideraciones en apoyo de la tesis que la Sala sustenta en el presente negocio.

1º El crédito, de que se trata, como se ha dicho ya, tenía desde cuando fue pagado, el carácter de elemento patrimonial, y no el de renta, pero aun en el caso de que el ejecutado lo hubiera hecho figurar en el patrimonio y fuera renta se trataría de una equivocación de hecho no sancionable, de un simple error de apreciación y de imputación subsanable por la correspondiente oficina recaudadora con sólo haberlo imputado, para los efectos de liquidar el correspondiente impuesto, en el respectivo renglón de renta o de patrimonio, según lo estimara.

La intención de ocultar con fraude al Fisco, no aparecería en el presente caso aunque materialmente existiera una disconformidad con la verdad, que es lo que en general constituye el simple error, a diferencia de la *falsedad*, que es siempre inexactitud dolosa en cuanto, a sabiendas se emplea para defraudar ocultando maliciosamente en la respectiva declaración, alguna partida o cantidad con el fin de que sobre ella no recaiga el correspondiente impuesto. La aplicación de lo dispuesto en los artículos 124 a 126 del Decreto 818 de 1936, por lo mismo que aparejan sanciones, no puede hacerse con mengua de los principios fundamentales de la responsabilidad en materia penal, los cuales se informan en la intención dolosa del agente de la infracción de la ley.

En apoyo de que sin esta discriminación debe sancionarse con el recargo del 100% la Jefatura de Rentas e Impuestos, en su Resolución número 1615 de 10 de diciembre de 1941, cita la sentencia del Consejo de Estado, de 3 de mayo de 1939, en que se comentan los artículos 124, 125 y 126 del Decreto 818 de 1936, pero con posterioridad, ese mismo Tribunal (véase sentencia de 7 de octubre de 1941, *Anales* números 308 a 310, páginas 1138 a 1141) acertadamente ha reconocido que no procede imponer las sanciones de que trata el artículo 125 mencionado no sólo cuando se contemplan "errores o diferencias de apreciación en

que pueda incurrir el contribuyente sobre lo que constituye su renta o patrimonio gravable", sino también cuando ha incurrido "en errores numéricos involuntarios".

En concepto de la Corte, por la razón arriba expresada de que en materia de sanciones de esta clase, no se puede prescindir de investigar el comportamiento doloso del agente sobre el cual debe recaer la sanción, carecería de fundamento racional y moral todo procedimiento de esta índole que termine imponiendo esa sanción, sea cual fuere ese comportamiento del agente, doloso o no, con intención de defraudar al Fisco o sin este ánimo.

2º El funcionario liquidador al revisar la primitiva liquidación, y al imponer la multa por inexactitud al excepcionante, lo hace calculándola sobre el total del impuesto revisado. Si esta revisión fuera legal por ser aceptable el cargo de inexactitud contra el excepcionante, también adolecería de error tal multa. Que el artículo 125 del Decreto 818 de 1936 exprese que "de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 78 de 1935, la sola inexactitud en la declaración hace incurrir en un recargo del ciento por ciento del impuesto", no quiere decir que ese recargo se liquide sobre todo el impuesto que resulte al sumar todos los renglones o partidas denunciadas por el contribuyente sino, únicamente, el recargo que corresponde a la partida o partidas en que se haya incurrido en ocultación, o inexactitud maliciosa, porque injusto sería hacer recaer la pena aun con relación a aquello en que no se faltó a la verdad ni hubo fraude alguno al Fisco.

3º Por otra parte, el doctor Noguera dice que había pagado impuesto en años anteriores sobre este crédito contra Dávila, según consta en sus declaraciones correspondientes a los años de 1937 y 1938 a que se hace referencia a folios 7 a 9 del cuaderno número 2.

La revisión de la liquidación correspondiente al año de 1939 del doctor Noguera la efectuó la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales por medio de la Resolución de 8 de mayo de 1941, que por reclamaciones sucesivas del ejecutado vino a quedar en firme por la de 10 de diciembre del mismo año. En estas condiciones, tampoco se podría hoy pronunciar un fallo adverso a aquél, pues si se acepta —como hay que aceptar— que el ejecutado había declarado como patrimonio ese crédito en los años de 1937 y 1938, sin objeción de parte de las oficinas recaudadoras, la revisión en contrario de esa liquidación era extemporánea, pues si procedía objetarla, debió hacerse antes.

En materia administrativa, como en materia judicial, la inestabilidad en las decisiones de los funcionarios encargados de proferirlas constituye un foco de intranquilidad social que conviene

evitar por los perjuicios que tal situación anómala puede ocasionar, tanto a los ciudadanos como al mismo Estado.

La Corte acoge la siguiente doctrina que sobre este particular ha establecido el Consejo de Estado en sentencia de 9 de diciembre de 1941. (*Anales* números 308 a 310):

“La presentación o no presentación de la respectiva declaración, es el criterio científico adecuado para señalar el término de revisión. Frente a las oficinas liquidadoras son muy distintas la situación jurídica del que hace declaración y la del que no la hace, no porque exista mala o buena fe en uno y no en otro, sino porque a quien presentó su declaración oportunamente, las oficinas liquidadoras tienen oportunidad de hacerle un estudio completo de su situación económica. El artículo 12 de la Ley 81 de 1931 otorga a los Administradores de Hacienda amplísimas facultades de revisión, de análisis de testigos, peritos, oficinas y libros, que significan un verdadero proceso fiscal. Los funcionarios de Hacienda tienen a su disposición todos los medios indispensables para la recta liquidación del tributo. *Surtido este proceso, debe haber firmeza y seguridad en la decisión que regula la situación tributaria del contribuyente, decisión que debe adquirir la fuerza de un acto administrativo, firme, que no puede revocarse sino dentro del plazo fijado por la ley a solicitud de parte. Excepcionalmente, los Inspectores de Impuestos podían revisar estas liquidaciones; pero esa revisión, disposición de excepción que debe interpretarse en forma restringida, fijó un término, que lo es el primero de septiembre del año siguiente al en que se hizo la declaración de renta*”.

En cuanto a la suma de doscientos ochenta y ocho pesos (\$ 288), en que excede la de quince mil pesos (\$ 15.000) denunciada por el excepcionante como monto del crédito que tuvo a cargo de P. M. Dávila, hay que repetir, de acuerdo con lo ya expuesto en otra parte de este fallo, que como las declaraciones de los contribuyentes hay que aceptarlas si no han sido desvirtuadas oportunamente y en la forma legal, no procede tampoco hacer recaer ningún recargo ni ninguna sanción por inexactitud contra el excepcionante y con motivo de esa diferencia de más, equivalente a \$ 288, pues aquél manifestó que para pagar honorarios al doctor Carlos Arango Vélez como vocero en el pleito de Dávila contra la Nación, rebajó su porcentaje del quince al trece por ciento, y que “por eso y gastos que había hecho, abono del valor de unas pruebas”, se le pagaron los \$ 15.000 y el “pico de más o menos \$ 200 que declara el señor Dávila”.

Lo dicho es bastante para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declare, como declaró, probada la excepción de “falta de causa en la liquidación y en la multa impuesta” al ejecutado y ordene, como ordena, cesar la ejecución y levantar el embargo de los bienes embargados en el presente juicio.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en el próximo número de la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

José M. Blanco Núñez, Anibal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Luis Francisco Martínez, Oficial Mayor.



Acción de responsabilidad civil por perjuicios.

La Nación colombiana, como todas las entidades de derecho público y en general las personas jurídicas, tiene la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones, y esa capacidad la ejerce por medio de sus agentes o representantes legales, los que al obrar pueden con sus actos beneficiarla o por el contrario originarle responsabilidad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, catorce de junio de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Anibal Cardoso Gaitán).

La señora Julia Villamil, por medio de apoderado demandó ante el Tribunal Superior de Bogotá, a la Nación, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, para que por el trámite de un juicio civil ordinario de mayor cuantía se declare en sentencia lo siguiente:

Primero. La responsabilidad civil de la Nación por la muerte del menor Jorge E. Villamil a consecuencia del accidente férreo acaecido el 3 de junio de 1938 en la ciudad de Chiquinquirá; y

Segundo. Que se condene a la Nación a pagar a Julia Villamil, en su condición de madre natural de Jorge E. Villamil, la cantidad de \$ 15.000, valor en que se estiman los perjuicios materiales y morales causados por su muerte, o en subsidio, la suma que se fije por medio de peritos en el curso del juicio.

Los hechos de la demanda se sintetizan así:

1º Jorge E. Villamil, de nueve años de edad, se encontraba en la estación del ferrocarril en Chiquinquirá el día 3 de junio de 1938 a las cinco y media de la tarde.

2º Villamil esperaba el paso de un tren de carga para poder pasar la carrilera, y al estar frente de él, el vagón que iba inmediatamente después de la locomotora, una varilla mal colocada que sobresalía de dicho carro, lo golpeó y lo arrojó debajo del convoy en forma que fue cogido por el resto de los carros, produciéndose heridas mortales que fueron la causa de su fallecimiento.

3º El accidente ocurrió por culpa de los empleados del Ferrocarril encargados de colocar

convenientemente la carga en los respectivos vagones.

4º Los empleados responsables lo eran del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, y por tanto de la Nación, la que debe responder civilmente.

5º La señora Julia Villamil es madre natural de Jorge E. Villamil, y en esa condición atendía a su crianza y educación, y bajo su cuidado se encontraba el menor.

6º Por la muerte de su menor hijo, la señora Villamil ha sufrido perjuicios tanto materiales como morales.

En derecho fundamentó la demanda en la relación existente entre los hechos enumerados y las disposiciones del Título XXXIV del Libro 4º del Código Civil y en los artículos 734 y siguientes del Código de Procedimiento.

Agotado el trámite legal correspondiente a la primera instancia, el Tribunal decidió la litis por sentencia absolutoria, basado en no haberse comprobado la muerte del accidentado Jorge E. Villamil.

Interpuesto el recurso de apelación contra dicha providencia, vino el negocio a esta Superioridad, la que procede a decidirlo por haber llegado la oportunidad legal de hacerlo.

La Nación colombiana, como todas las entidades de derecho público y en general las personas jurídicas, tiene la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones, y esa capacidad la ejerce por medio de sus agentes o representantes legales, los que al obrar pueden con sus actos beneficiarla o por el contrario originarle responsabilidad.

Trátase en el presente juicio de establecer la responsabilidad que corresponda a la Nación en el accidente férreo del 3 de junio de 1938, ya relacionado.

Como se dijo, el Tribunal absolvió a la Nación de los cargos de la demanda, porque durante la primera instancia no se comprobó la muerte de Jorge E. Villamil. Pero esa deficiencia fue subsanada de manera completa en la segunda, con el acta de defunción (folio 9 vuelto del cuaderno número 5), y con la diligencia de autopsia practicada por los señores médicos legistas de la Oficina Central de Medicina Legal (folio 10, cuaderno número 1), quienes conceptúan que

"la causa determinante de la muerte de Villamil se debió a un estado septicémico y anemia aguda, consecuencias a las lesiones recibidas en el brazo derecho y en la pierna derecha".

También queda establecido que Jorge E. Villamil era hijo natural de Julia Villamil, como se desprende de la partida de bautizo expedida por el Cura párroco de Chiquinquirá (folio 1 del cuaderno número 1).

Por las declaraciones de Jorge Silva, Germán Espitia y Flaminio Ortiz, se deduce que Julia Villamil es una mujer pobre y de buenas costumbres. Asimismo los testigos están de acuerdo en sus apreciaciones sobre las excepcionales condiciones de la víctima, pues según ellos Jorge E. Villamil era un muchacho vivo e inteligente (folios 6 vuelto, 7 vuelto; cuaderno número 3 y folio 13 vuelto; cuaderno número 5).

Sobre el modo como ocurrieron los hechos, obran en el expediente las declaraciones de los señores Ignacio Ortigón C., Heraclio García y Patricio Díaz, traídos por la parte actora, y por la contraparte, o sea por la Nación, las de los señores Marcos Bolívar, Miguel Chamúceró, Luis Pardo y Luciano Lancheros.

Del contexto de las exposiciones hechas por los testigos precitados, se desprende que Jorge E. Villamil no era empleado del Ferrocarril ni pasajero del tren que lo arrolló causándole las heridas que le produjeron la muerte.

Las declaraciones de los señores Heraclio García y Patricio Díaz, son claras y precisas en relación a la manera como se desarrolló el accidente. Refiriéndose el primero al punto segundo del interrogatorio, se expresa así: "Si es cierto y me consta por haberlo presenciado, que el día 3 de junio del año de mil novecientos treinta y ocho, siendo más o menos las cinco y media de la tarde, que un vagón que era arrastrado por una locomotora, cogió al menor Jorge Villamil dejándole gravemente herido. Los hechos sucedieron en la forma siguiente: Se encontraba el citado menor Jorge Villamil parado en el andén de la estación del ferrocarril, de esta ciudad; en ese momento una locomotora estaba haciendo cambio y arrastraba unos vagones; como el joven se encontraba muy a la orilla, la locomotora lo agarró y lo metió debajo del vagón; el muchacho alcanzó a pararse y pasó al andén y se paró en la pared de la estación, en la esquina; en la cabeza dejaba ver una herida muy grave y en un brazo, pudiéndosele ver perfectamente los tendones..." Y el segundo, señor Díaz, dice: "Si es cierto que el día viernes tres de junio del año de mil novecientos treinta y ocho, como a eso de las cinco y media de la tarde, un vagón del ferrocarril arrolló al menor Jorge Villamil; el accidente sucedió en la forma siguiente: yo me encontraba en la estación del ferrocarril de esta

ciudad (Chiquinquirá), pues tuve necesidad de bajar allí, con el objeto de recibir a un amigo que me traía un encargo y que debía llegar en el tren de la tarde; serían más o menos las cinco y media de la tarde; como anteriormente lo dije, cuando en un momento dado noté que el joven Jorge Villamil, a quien conocí personalmente por haberme hecho algunos pequeños servicios, se acercó demasiado a la orilla del andén en momento en que una máquina numerada con el número 55, que estaba haciendo cambios y venía de la bodega, pasaba por el frente; no alcancé a darme cuenta exacta de lo que sucedió en ese momento porque noté que este niño era arrojado violentamente bajo el tren y creo que el mismo asombro y la misma confusión obligó a los bodegueros Pinzón y otro señor que no lo conocí a volver la cara horrorizados ante el macabro espectáculo y sin que nadie se acordara de gritarle al conductor que parara, apenas pasó el tren, este mismo muchachito se levantó a saltos y como cojeando, se cogió la cabeza con las manos, se ajustó una cachuchita que llevaba y recostado contra la pared del edificio de la estación, pidió que le llamaran a su madre; nos acercamos a ver qué le había sucedido y le notamos además de una inmensa palidez, un sinnúmero de contusiones en la cabeza, los brazos y las piernas..."

A fin de apreciar mejor los hechos y fundamentar más la conclusión a que ha de llegar la Sala en este negocio, se transcriben los apartes pertinentes de las pruebas traídas al juicio por la Nación, las que están constituidas por las declaraciones de los señores Luis Pardo y Luciano Lancheros, al parecer empleados del Ferrocarril y quienes contestan los puntos c) y d) del interrogatorio, en la forma siguiente:

Pardo se expresa así: c) "Es un hecho cierto y evidente que en los momentos en que el tren estaba haciendo los correspondientes cambios de patio, yo advertí a todos los niños que se estaban prendiendo a los carros, especialmente al niño Jorge E. Villamil, le hice saber que era un peligro que se prendiera a los vagones y que en caso de que me desobedeciera, lo lavaba en el tanque del agua de la estación, advertencia esta, que se la hice por tres veces consecutivas". Al punto d) "Cuando el tren hacía el cambio de la estación al pasa-nivel del Sur, me entré a mi oficina y salí momentos después cuando ya regresaba el tren de hacer ese cambio, fui informado por los empleados subalternos que el citado niño se había prendido al vagón, burlando mis prohibiciones, y lo vi que estaba herido sobre el andén de la estación". El declarante señor Lancheros dice sobre los mismos puntos del interrogatorio lo que sigue: c) "Es un hecho cierto y evidente por lo que dejo expuesto, que advertí a los niños que se encontraban prendidos a los carros de

carga que hacían maniobras de patio, que no continuaran agarrándose y soltándose de los carros o vagones que estaban en movimiento haciendo cambios, pues era peligroso, y por eso algunos de los niños que hacían esto, se desprendieron y le prohibieron también al niño Jorge E. Villamil que no continuara agarrado en los carros, pero éste, lejos de hacerlo continuaba agarrado e incitaba a los otros compañeros a que hicieran lo mismo, por lo cual algunos le obedecieron y otros nó, estando los carros en movimiento.”

d) “Por lo que dejo expuesto y por haberlo visto y presenciado, es un hecho cierto y evidente que el niño Jorge E. Villamil, a pesar de las prohibiciones que le hacían los empleados del Ferrocarril se prendió a uno de los vagones de carga que fue hasta el paso-nivel del Sur, y al regresar, cuando llegaba el tren a la esquina de la estación, el niño se soltó del carro en que venía y cayó entre la línea y el andén, y en esa forma se hirió en la cabeza y sufrió en una pierna un desgarramiento.”

La Sala observa que ninguno de los testigos traídos por la parte demandante hace alusión al hecho afirmado en el libelo de que la causa del accidente se debió a la mala colocación de la carga, pues se alega fue una varilla la que por sobresalir del cuerpo de uno de los vagones golpeó al joven Villamil y a consecuencia de este choque fue arrojado debajo de los carros. Este hecho, en el supuesto de ser cierto, habría constituido la causa del accidente y dejaría la respon-

sabilidad del mismo exclusivamente en el Ferrocarril. Mas como no está acreditado, debe descartarse.

En cambio, por los apartes transcritos de las declaraciones de los testigos traídos por la actora Julia Villamil, como por los de la parte demandada, se deduce que, sea porque el niño Jorge E. Villamil estaba muy cerca de la orilla del andén por donde debía pasar la máquina férrea, como lo declaran los primeros, o porque se estuviera prendiendo de los vagones de carga del convoy, como lo afirman los deponentes de la contraparte, siempre recae la culpa sobre la víctima del accidente, quien se expuso al peligro.

Las relacionadas constituyen las únicas pruebas allegadas durante el juicio. Por otra parte, el señor apoderado de la demandante no presentó en esta segunda instancia alegato de conclusión, derecho éste que le concede la ley y que al ejercitarse habría contribuido probablemente a ilustrar más el juicio de la Corte.

Debe, por tanto, confirmarse la sentencia de primera instancia, no por la deficiencia probatoria que en ella se anotó, sino por las razones aquí expuestas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, devuélvase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Anibal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Acción de liquidación y disolución de una sociedad anónima. Cesión de obligaciones. - Sociedades anónimas. - Embargo de aportes de los socios de sociedades anónimas. - Pérdida del cincuenta por ciento del capital social de las sociedades anónimas.

1. Aunque es cierto, en tesis general, que las obligaciones y, especialmente las que se crean intuitu personae, no pueden cederse sin el consentimiento de la parte en cuyo favor se contrajeron, ya que es la falta de consentimiento de esta parte lo que hace ineficaz la cesión, no se necesita que ese consentimiento sea expreso. Puede ser tácito y nada se opondrá, en este caso, a que se convalide la cesión así efectuada, siempre que, como en el caso de autos, no exista prohibición expresa de la ley, ni que se trate de un asunto en que esté interesado el orden público o las buenas costumbres. Debe entenderse entonces que el acreedor ha aceptado la sustitución o cambio de la persona de su deudor por la del otro a quien aquél traspasó sus obligaciones.

2. Las consecuencias de que una sociedad es una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (artículo 2079 del Código Civil), y de que las sociedades anónimas son sociedades de capitales y no de personas (sociedades intuitu personae), tienen que ser, y son necesariamente, las siguientes: Primera. Cuando la Nación, un Departamento o algún Municipio, contribuye como accionista a la formación de una compañía anónima comercial, ésta no deja de conservar el carácter que tiene de empresa particular, de entidad de derecho privado, para convertirse, por ese hecho, en entidad oficial, en persona de derecho público. No debe confundirse en este caso el ser jurídico particular que resulta del aporte hecho con fondos oficiales de la respectiva entidad nacional, departamental o municipal, con el ente de derecho público —Nación, Departamento o Municipio— que contribuyó con sus recursos a la formación de aquel ser, ni más ni menos que como contribuyeron los accionistas particulares. El carácter oficial del accionista Nación, Departamento o Municipio, es intransmisible a la empresa comercial a cuya formación o a cuyo sostenimiento contribuyó

como accionista. Cada uno de los accionistas, como la compañía misma, conserva su propia individualidad o su propia personalidad independiente. Segunda. A las acciones judiciales que contra esa compañía particular correspondan, no puede vincularse al accionista Nación, Departamento o Municipio, porque ello sería confundir al socio, individualmente considerado, con la sociedad, lo que es legalmente imposible, y Tercera. Tratándose de una persona de derecho privado —la compañía mercantil así formada— la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia carece de competencia para conocer de las acciones que correspondan contra esa entidad.

3. Si cuando se trata de una sociedad mercantil colectiva los acreedores personales de un socio no pueden embargar durante la sociedad el aporte que éste haya introducido, aunque sí les es permitido solicitar la retención de la parte de interés que en la sociedad tuviere el socio para percibirla al tiempo de la división social (Código de Comercio, artículo 505), menos podrían, en tratándose de una compañía anónima, obtener tal embargo con efectos distintos de los señalados en el artículo 578 del mismo Código, a saber: la adjudicación o venta de las acciones embargadas para que al adjudicatario o al comprador pase el carácter de accionista que tenía el deudor.

4. No hay que confundir las obligaciones de una sociedad con las de los socios o accionistas. De las obligaciones contraídas por una sociedad a favor de terceros responde la sociedad, y si ésta se ha disuelto y liquidado, aun si se trata de una compañía anónima, los accionistas responderán de tales obligaciones hasta concurrencia de lo que hubieren recibido en la división del haber social. Los actos de disolución y liquidación de la sociedad, por sí mismos, no extinguen las obligaciones a cargo del ente social. Los socios o accionistas responderán con sus

demás bienes hasta concurrencia del valor de sus acciones o del monto de lo que hubieren recibido en la distribución del activo social, pues éste no debe distribuirse entre los accionistas mientras haya deudas sociales insolutas. Si así no fuese, al amparo de los actos de disolución y de liquidación de una sociedad podrían cometerse abusos, injusticias y aun fraudes en perjuicio de los acreedores, faltándose así al principio de que ninguno debe enriquecerse a costa ajena. Los actos de disolución y liquidación de una sociedad, provocados o ejecutados irregularmente por los socios o accionistas con violación de las leyes o de los estatutos sociales, no son actos de la sociedad, sino actos directos o personales de los accionistas, y en consecuencia, de ellos deben responder, únicamente, los accionistas que los llevaron a cabo, si de tales actos se ha seguido perjuicio a terceros, a los otros accionistas o a la misma sociedad.

5. La escritura pública debidamente registrada es formalidad indispensable tanto para tener como legalmente constituida la sociedad mercantil, como para tenerla por legalmente disuelta. No basta que el acto de la constitución ni, en su caso, el de disolución de la sociedad antes del término estipulado se hagan por escritura pública; es preciso que este acto se haya complementado con los necesarios de publicidad que la ley determina, uno de los cuales es el registro de la escritura en que se haya hecho constar la resolución sobre extinción de la sociedad. Y ello es así, porque está en interés de los terceros conocer desde cuándo ha quedado disuelta la sociedad, si la disolución se efectúa antes del plazo determinado en la escritura de constitución (artículos 465, 472, 480, 567, 589 del Código de Comercio). Que el artículo 480 diga que la omisión de esos actos no produce efectos "contra terceros", no induce a aceptar que deba tenerse ni aun por lo que se refiere a los socios, como legalmente disuelta una sociedad en que se ha omitido el cumplimiento de esas formalidades, que no se han establecido únicamente ad probationem, sino ad solemnitatem.

6. La ley no permite que una sociedad anónima continúe operaciones después de haber perdido el cincuenta por ciento del capital social. La disposición del artículo 589 del Código de Comercio es de orden público, y, por tanto, no puede ser derogada por la voluntad de las partes. Llegado ese evento —la pérdida del cincuenta por ciento del capital social, que es el mínimo fijado— los gerentes deben hacer constar ese hecho por instrumento público, debidamente regis-

trado, cumplir las demás formalidades allí indicadas y proceder inmediatamente a la liquidación de la sociedad, bajo obligación de sufrir en caso de omisión, las graves sanciones que en tal artículo se determinan. Cualquiera estipulación en el sentido de que la sociedad que se encuentre en esas condiciones continúe, no opera, y es nula por contraria a la ley.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio quince de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

En escrito de fecha 20 de mayo de 1935, el señor Hans J. Dryander, por medio de apoderado, promovió demanda ordinaria contra el Departamento del Valle del Cauca, contra el Municipio de Zarzal y contra la sociedad "Acueducto Municipal del Zarzal, S. A." para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª La disolución y la liquidación de la sociedad Acueducto Municipal del Zarzal, S. A., decretada por la Asamblea General de Accionistas con la mayoría de los votos formados por el Departamento del Valle del Cauca, y el Municipio del Zarzal en las asambleas verificadas en los salones de la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca, durante los días diez (10) y 26 de abril de 1935, es nula de pleno derecho por carecer de los requisitos exigidos por la ley comercial y por contravenir las disposiciones de los mismos estatutos de la sociedad y a los contratos celebrados entre el Municipio de Zarzal y el contratista o contratistas para la construcción de la obra del acueducto municipal del Zarzal.

"2ª Los accionistas de la Sociedad Acueducto Municipal del Zarzal deben integrar o pagar a la sociedad el valor pendiente de sus aportes, o sea la diferencia entre el capital suscrito y pagado de acuerdo con la escritura social número 239, de 1º de marzo de 1929, y las sumas entregadas de manera efectiva y directa a las cajas o al fondo de dicha Sociedad.

"3ª Los accionistas deben pagar a la Sociedad Acueducto Municipal del Zarzal, S. A., los intereses legales, por las sumas dejadas de pagar desde la fecha en que dichos accionistas se constituyeron en mora para con la Sociedad, hasta el día del pago efectivo, por razón de sus aportes.

"4ª La Sociedad Acueducto Municipal del Zarzal, S. A., está en la obligación de pagar al contratista encargado de la construcción de la obra acueducto municipal del Zarzal, la suma de cincuenta y dos mil quinientos pesos moneda colombiana (\$ 52.500) por razón de las cuotas men-

suales dejadas de pagar según el contrato de construcción de la obra del acueducto, más los intereses sobre dichas cuotas vencidas, computados a partir de las fechas de los respectivos vencimientos hasta el día del pago efectivo a razón del doce por ciento anual (12%).

"5° El Departamento del Valle del Cauca, y el Municipio del Zarzal, de manera solidaria deben pagar al contratista, señor Hans J. Dryander, como subrogatario la suma de veintidós mil quinientos pesos (\$ 22.500) por concepto de las acciones suscritas y pagadas por el accionista y contratista a favor de la Sociedad Acueducto Municipal del Zarzal, S. A., más los intereses sobre esta suma al tipo legal computados a partir de la fecha en que se decretó la disolución y liquidación de la Sociedad, o sea desde el 26 de abril de 1935, hasta el día del pago efectivo.

"6° El Departamento del Valle del Cauca y el Distrito Municipal del Zarzal, deben pagar al mismo contratista, los perjuicios causados por dicha disolución.

"7° La Sociedad Acueducto Municipal del Zarzal, S. A., debe pagar al contratista los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato sobre construcción del Acueducto Municipal del Zarzal.

"8° Los demandados deben pagar las costas de este juicio si lo afrontan."

Con respecto al derecho se dijo lo siguiente: "La presente demanda se funda en los artículos 6° del Código Civil, 38 de la Ley 153 de 1887, 16, 62, 86, 633, 1494, 1495, 1498, 1501, 1502, 1505, 1527, 1551, 1602, 1603, 1608, 1613, 1618, 1625, 1630, 1634, 1645, 1648, 1687 y siguientes, 1757 y siguientes, 1973 y siguientes, sobre arrendamientos de servicio y conceción (sic) de obras; 2079 y siguientes sobre sociedades, disposiciones todas que corresponden al Código Civil.

"Esta demanda se funda igualmente en los artículos 1°, 9°, 20, 182, 183, 187, 463, 464 y siguientes, 551 a 595 del Código de Comercio Terrestre; artículo 4° de la Ley 26 de 1922; artículo 1° de la Ley 42 de 1898, y artículos 2° y 3° de la misma; artículo 4° de los Decretos número 2, y 37 de 1906; artículos 39 y 40 de la Ley 28 de 1931.

"El procedimiento de esta demanda como juicio ordinario de mayor cuantía se funda en lo dispuesto por los artículos 734 a 763, del Título 18 del Libro 2° del Código Judicial.

"La competencia es de ustedes, no sólo por tratarse de una demanda en que están comprometidos e interesados el Departamento del Valle del Cauca, el Distrito Municipal del Zarzal, y la sociedad Acueducto Municipal del Zarzal, S. A., en que están interesadas estas dos entidades públicas, sino también por razones de domicilio, tanto por corresponder a la cabecera del Dis-

trito Judicial en cuanto al Departamento se refiere, sino también por tratarse del domicilio de la sociedad demandada que corresponde a la ciudad de Cali y por razón de la cuantía de esa demanda que determino en la suma de ciento cincuenta mil pesos (\$ 150.000) moneda colombiana."

* * *

Finalizó el juicio con sentencia de fecha 12 de noviembre de 1938 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, sentencia cuya parte resolutive dice así:

"Por las razones que se dejan expuestas, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, absuelve al Departamento del Valle del Cauca y al Municipio de Zarzal y a la sociedad anónima 'Acueducto Municipal del Zarzal, S. A.' de todos y cada uno de los cargos formulados contra dichas entidades por el actor Hans J. Dryander, representado por su apoderado doctor Leonardo Tafur Garcés en su escrito de demanda de fecha veinte (20) de mayo de mil novecientos treinta y cinco (1935).

"Con costas a cargo del actor".

Para absolver a las entidades demandadas, el Tribunal partió, en síntesis, del hecho de que el demandante Dryander, quien funda su demanda en el carácter de accionista de la Compañía "Acueducto Municipal del Zarzal, S. A." y de cesionario de todos los derechos y obligaciones que correspondían al contratista de las obras para el acueducto del Municipio del Zarzal, carece de la personería sustantiva que ostenta, por cuanto, en sentir del Tribunal, ni apareció comprobada la representación legítima "de la entidad cedente y sus modificaciones y reorganizaciones posteriores" y "en segundo lugar —añade— porque tratándose de derechos y obligaciones estipulados en un contrato bilateral como fue el constitutivo de la Sociedad Acueducto Municipal del Zarzal, S. A., en que los socios contrajeron y estipularon relaciones recíprocas, jurídicamente esos derechos no podrán ser materia de una cesión en la forma en que se pretende como si se tratara de derechos meramente personales. Y porque es principio elemental y básico en derecho que en materia de contratos bilaterales, como es el de sociedad, ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla a su vez o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. (Artículo 1609 del Código Civil).

En la presente instancia, el señor Procurador Delegado en lo Civil ha compartido el concepto del Tribunal de la causa, en la forma que lo expresan los siguientes párrafos de su alegato:

"Del estudio de la demanda se desprende con toda claridad que el demandante Dryander se presenta en calidad de *cesionario* del contrato a que se refiere el hecho primero fundamental de la acción, enunciado así:

"El siete (7) de noviembre de mil novecientos veintiocho, se celebró entre los señores Personero Municipal del Distrito del Zarzal, en nombre del Distrito de este nombre debidamente facultado por el honorable Concejo Municipal del Zarzal, según Resolución número diez (10) de fecha 1º de noviembre del citado año, por una parte, y los señores 'Bohmer & Linzen & Cia., S. A., Sección Técnica, Oficina Boldt', un contrato sobre construcción de un acueducto metálico de presión constante para el servicio de la población del Zarzal, de acuerdo con las especificaciones que se establecen en las letras A, B, C, D, E, F, G, H, H bis, I, J, K, L, Ll y M, del referido contrato."

"Tal calidad de cesionario se ostenta por el demandante en el hecho 17º de la demanda, en los siguientes términos:

"Décimoséptimo. Por medio de la escritura pública número 576 de 12 de agosto de 1931, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Cali, J. C. Boldt & Cia. en liquidación, transfirieron al señor Hans J. Dryander, todos los derechos relacionados con la instalación de una planta eléctrica en la población del Zarzal, todos los equipos de construcción, todas las instalaciones, todos los contratos y todos los derechos, acciones, obligaciones, y demás vínculos jurídicos relacionados con el contrato sobre construcción del Acueducto para el Municipio del Zarzal, y relacionados igualmente con la sociedad denominada Acueducto Municipal del Zarzal, S. A."

"Y al efecto, obra entre las pruebas producidas por el demandante la escritura número 576 de 12 de agosto de 1931, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Cali, por medio de la cual se dijo hacerse la cesión a que alude el demandante.

"Pero es elemental en derecho que un contrato no puede cederse a otra persona por una sola de las partes contratantes, mucho menos los contratos sobre construcción de obras, que generalmente se celebran *intuitu personae*. Solamente por la voluntad unánime de los contratantes puede sustituirse a uno de ellos en la situación jurídica emanada del contrato.

"De lo anterior se desprende que la calidad con que se presenta el demandante no le da *personería sustantiva* para ejercitar acciones de origen contractual que sólo pertenecen a las partes o a quienes las hayan sustituido por unánime declaración de voluntad, como son todas las que ejercita en la demanda.

"Por lo expuesto considero inoficioso entrar en el examen del fondo mismo de las acciones ejercitadas, pues basta lo dicho para pedir muy atentamente la plena confirmación de la sentencia, materia del recurso."

El concepto de la Corte.

Un resumen de los hechos en que se apoya la extensa demanda promovida por el señor Hans J. Dryander y de las pruebas presentadas en ambas instancias para fundarlos, resumen que es necesario hacer para deducir las conclusiones que proceden, da cuenta de lo siguiente:

1º En siete de noviembre de 1928 *el Municipio del Zarzal* celebró con "Bohmer & Linzen & Cia., S. A., Sección Técnica, Oficina Boldt", un contrato sobre construcción de un acueducto para el servicio de la población de Zarzal (cuaderno número 3, folios 1 a 5).

2º Entre las partes mencionadas —Municipio de Zarzal y la firma Bohmer & Linzen & Cia., S. A., Sección Técnica, Oficina Boldt— se convino, además, en constituir una sociedad anónima, cuyo objeto sería la construcción de ese acueducto, compañía cuyo nombre o razón social sería la de "Acueducto Municipal del Zarzal, S. A.". De esta Compañía serían accionistas las dos partes precitadas —el Municipio del Zarzal y la firma Bohmer— y, además, el Departamento del Valle.

3º Constituida la sociedad anónima "Acueducto Municipal del Zarzal, S. A." como lo fue por escritura número 239 de 1º de marzo de 1929, de la Notaría 3ª de Cali (cuaderno número 2, folio 10), con un capital de ciento veinte mil pesos (\$ 120.000), dividido en dos mil acciones de sesenta pesos cada una, de las cuales suscribieron el Municipio del Zarzal mil acciones, quinientas la firma Bohmer, y quinientas el Departamento del Valle, quedó incorporado en tal escritura el contrato para la construcción del acueducto de la población del Zarzal, dándose principio a los trabajos de construcción de tal obra.

4º Los accionistas mencionados hicieron por sus aportes los siguientes pagos, según este dato, que da en su alegato el señor Fiscal del Tribunal de Cali:

"Municipio del Zarzal suscribió \$ 60.000, pagó \$ 24.666.40. Departamento del Valle suscribió \$ 30.000, pagó \$ 20.200. Hans J. Dryander suscribió \$ 30.000, pagó \$ 22.500."

O sea, de los \$ 120.000 del capital social, sólo fue pagada la suma de \$ 67.366.40.

Según lo que se afirma en el acta número 4 de la asamblea de accionistas de la sociedad Acueducto Municipal del Zarzal, S. A., ya para el 7 de marzo de 1931 se habían desembolsado por cuenta de las acciones suscritas, \$ 64.666.40, y

la obra del acueducto, que estaba suspendida "desde el principio del año de 1930, no representaba —según allí se dice— sino un valor aproximado de veinticinco mil pesos (\$ 25.000)".

5º La Asamblea General de Accionistas de la Sociedad "Acueducto Municipal del Zarzal, S. A." decretó la disolución y liquidación de esta Sociedad (acta número 8, de fecha 10 de abril de 1935, cuaderno número 10, folios 119 a 129 vuelto; cuaderno número 11, folios 38 a 44), por "dificultades de orden económico" que no permitían la continuación de la obra, y "por pérdida de la mayor parte del capital". A la sesión de que se trata, como a otras anteriores de la misma Sociedad, asistió el actual demandante señor Hans J. Dryander, y en ella se dejó constancia de lo siguiente: "La Compañía, en todo momento, ha querido negociar el destrate con el contratista señor Dryander en una forma amigable, y para ello a ofrecerle (sic) hasta la suma de \$ 6.000 moneda legal, que la Compañía pagaría de contado con la ayuda pecuniaria que le prestaría el socio Departamento".

6º El señor Dryander, por considerar que era irregular y que le perjudicaba, no estuvo de acuerdo con la decisión de la Asamblea General sobre disolución y liquidación de la Sociedad Acueducto Municipal del Zarzal, S. A., ni quiso aceptar las propuestas que tal Compañía le hizo para "negociar el destrate", porque él exigía \$ 12.500, esto es, una suma mayor de la que se le ofrecía.

7º Conviene decir que antes de que el señor Dryander hubiese tenido estas intervenciones en la sociedad denominada "Acueducto Municipal del Zarzal, S. A.", se habían realizado varios actos que él alega, además, como originarios de su interés jurídico o de su personería sustantiva para promover el presente juicio tanto como accionista, como cesionario o subrogatario de todos los derechos y obligaciones que correspondían a la entidad con quien se había contratado originalmente la construcción del acueducto para la población de Zarzal.

Tales actos son los que menciona el apoderado del señor Dryander del siguiente modo, en su alegato de esta instancia:

"a) En la escritura social de 'Acueducto Municipal de El Zarzal, S. A.' número 239, de 1º de marzo de 1929, Notaría 3ª de Cali (folio 38, cuaderno número 10), obra Nicolás Bensmann, en su carácter de Gerente de la sociedad civil denominada 'Bohmer & Linzen & Cia., S. A., Sección Técnica, oficina Boldt', en virtud de poder de 18 de junio de 1928, otorgado ante el Notario 1º del Circuito de Cali, bajo número 536.

"b) Posteriormente, el 7 de junio de 1929, por instrumento público 714, otorgado en la Notaría 1ª de Cali (folio 63, cuaderno número 10),

el señor Nicolás Bensmann hace la siguiente declaración: Que por cuanto la Sociedad que anteriormente funcionaba con la razón social de Bohmer & Linzen se ha organizado de nuevo modificando los estatutos que tenía, en cumplimiento a lo dispuesto en ellos, procedo a elevar a escritura pública las dichas reformas, tales como quedaron aprobadas en la Asamblea General de Accionistas, habida el 22 de mayo en curso; a continuación protocoliza, en el mismo instrumento los estatutos, el artículo 1º de los cuales dice lo siguiente: 'La Sociedad que se organiza por estos estatutos es una sociedad comercial anónima que girará bajo la razón social de "Bensmann & Linzen y Cia., S. A., Sucesores de Bohmer & Linzen & Cia., S. A.'" Aquí figura como Gerente el mismo Nicolás Bensmann, y este acto fue registrado en la Cámara de Comercio de Cali, como aparece del certificado expedido por ella y que obra al folio 83 del cuaderno 10.

"c) Después, por escritura número 5, de fecha 2 de enero de 1930, de la Notaría 1ª de Cali, los señores J. C. Boldt, obrando en su propio nombre y Nicolás Bensmann, en su carácter de Gerente de 'Bensmann & Linzen y Cia., S. A., Sucesores de Bohmer & Linzen y Cia., S. A.', constituyeron una sociedad en comandita simple, que girará bajo la razón social de 'J. C. Boldt & Cia.', por cinco años, desde el 31 de diciembre de 1929; capital íntegramente pagado en efectivo, en acciones, en el valor de contratos de construcción con Municipios, en enseres y útiles para el servicio de plantas y aportando en la proporción del 50% por los dos contratantes; el socio J. C. Boldt es el único que tiene el carácter de colectivo o gestor, con derecho al uso de la firma social y a la representación activa y pasiva de la Sociedad ante terceros y ante las autoridades. Este acto notarial obra al folio 61 vuelto del cuaderno número 10, y consta en el certificado de la Cámara de Comercio, folio 83 vuelto.

"d) Por escritura número 187 de 16 de marzo de 1931, otorgada en la Notaría 1ª de Cali, obra al folio 68 del cuaderno 10, el señor Clemens Linzen, 'en su condición de administrador actual de la firma Bensmann & Linzen & Cia., S. A.', protocolizó en copia registrada en la Secretaría del Juzgado 1º del Circuito de Cali, el acta número 16 de la sesión extraordinaria de la Asamblea General de Accionistas, en la que se decretó la disolución y liquidación de dicha Sociedad; allí se acordó designar y posesionar como liquidador principal al señor Clemens Linzen, quien debía continuar y concluir las operaciones pendientes el día 12 de marzo de 1931. A dicho liquidador se le otorgaron las amplias facultades que allí constan y además se dijo que firmaría con la razón social sucedida de la expresión 'en liquidación'.

"e) Con base en lo anterior, el 1º de abril de 1931 otorgóse la escritura número 220, de la Notaría 3ª de Cali, obra al folio 51 vuelto del cuaderno número 10, en la que aparecen compareciendo Helmut Gripp y Clemens Linzen, en representación de 'Bensmann & Linzen & Cia., S. A., sucesores de Bohmer & Linzen en liquidación'. El primero obra a nombre y representación de su legítima esposa Elisabeth Boldt de Gripp, heredera universal del señor J. C. Boldt, fallecido días antes. Allí se dice que por el fallecimiento del señor Boldt, la Sociedad comanditaria simple 'J. C. Boldt & Cia.', de que antes se ha hablado, 'quedó disuelta, por cuyo motivo las dos partes que intervinieron en su formación, decretan la liquidación de dicha Sociedad y designan como liquidador principal al señor Helmut Gripp', y se agrega en la cláusula D): Por medio del presente instrumento, las partes declaran a los liquidadores en posesión de sus cargos y plenamente autorizados para ejercerlos, admitiendo como válidos con efecto retroactivo todos los actos y contratos y diligencias ejecutados y practicados por los señores Helmut Gripp y Hans Dryander, desde la fecha del fallecimiento del señor Jonh Claus Boldt, hasta hoy, y con la aclaración de que todos los bienes de la referida Sociedad quedan en poder y bajo la administración de los liquidadores. Además díoseles las facultades de la ley.

"f) Y seis días después, esto es, el 7 de abril de 1931, otorgóse la escritura pública número 230, en la Notaría 3ª de Cali, obra al folio 53 del cuaderno número 10, en la que aparecen compareciendo los señores Helmut Gripp, la señora Elisabeth Boldt de Gripp y el señor Clemens Linzen e invocando todas las calidades que quedan mencionadas y de que están revestidos, como se ve en la enumeración que de ellos se hace en tal instrumento relacionado en el párrafo precedente, en el sentido de autorizar al liquidador 'para ejecutar actos de administración y de disposición' y al efecto, se hace allí una larga enunciaci6n de todas las facultades por demás amplísimas que se otorgan al liquidador.

"g) Y con base en todo lo anterior fue como se celebró el contrato que consta en escritura pública 576 de 12 de agosto de 1931, de la Notaría 1ª de Cali, obra al folio 70 vuelto del cuaderno número 10, citado al comienzo de la presente relación de títulos, por medio de la cual el doctor Hans J. Dryander adquirió los derechos y obligaciones que aquí hace valer, escritura que, como quedó dicho antes, fue copiada fragmentariamente en la sentencia, en donde sólo se transcribe en parte inoperante, pero cuya parte pertinente he traído anteriormente."

La parte omitida de la escritura de cesi6n número 576, de 12 de agosto de 1931, a que alude el apoderado del demandante, dice así:.....

"J) Dryander se compromete a prestar sus servicios para arreglar con el Municipio de El Zarzal, por su parte, los contratos y condiciones, con el fin de que las obligaciones mutuas de Boldt a Zarzal y de Zarzal a Boldt, quedarán eliminadas por medio del presente contrato. Con este motivo la Casa Boldt en liquidaci6n, transfiere de común acuerdo al señor Dryander todos los derechos, acciones y obligaciones que resultan o puedan resultar del contrato de construcci6n de dicha Casa con la Sociedad 'Acueducto Municipal de El Zarzal, S. A.' como materiales de construcci6n, edificios y obras construidas, toda clase de planos, los derechos resultados de la cuota parcial pagada para el filtro 'Reisert', las acciones pagadas en cuenta con la Sociedad Acueducto Municipal de El Zarzal, tanto como la obligaci6n de terminar la obra del acueducto por el precio contratado, y la obligaci6n de comprar a la Sociedad del Acueducto Municipal de El Zarzal todavía un saldo de acciones. Dryander y Gripp declaran que están conformes con el traspaso de derechos y obligaciones arriba formula-dos...."

De lo expuesto deducen tanto el Tribunal *a quo*, como el señor Procurador, que fue y es ineficaz esa cesi6n en la persona del demandante Dryander, porque no se le podían ceder *obligaciones*, ya que celebrándose el contrato de arrendamiento de obra *intuitu personae*, no puede ser materia de cesi6n.

La Corte examinará esta misma cuesti6n, pero contemplándola por otros aspectos en sus relaciones procesales con el caso particular de que aquí se trata, tal como ella debe fallarlo.

Cierto es, en tesis general, que las *obligaciones*, y, especialmente las que se crean *intuitu personae*, no pueden cederse sin el consentimiento de la parte en cuyo favor se contrataron. Es la falta de consentimiento de esta parte lo que hace ineficaz la cesi6n. Pero no se necesita que ese consentimiento sea expreso. Puede éste ser tácito y nada se opone, en este caso, a que se convalide la cesi6n así efectuada, siempre que, como en el presente caso, no exista prohibici6n expresa de la ley, ni que se trate de un asunto en que esté interesado el orden público o las buenas costumbres. Debe entenderse entonces que el acreedor ha aceptado la sustituci6n o cambio de la persona de su deudor por la del otro a quien aquél traspasó sus obligaciones.

Y es esto, a juicio de la Sala, lo que sucede en la presente controversia, pues en el expediente hay varias pruebas que acreditan que la "Sociedad Acueducto Municipal del Zarzal, S. A.", reconoció al demandante señor Hans J. Dryander, como ingeniero constructor de la obra del acueducto mencionado, después de ocurrida la muerte trágica del señor J. C. Boldt, Gerente de la firma J. C. Boldt & Cia., firma que, como se ha

visto, por la relación que ya se dejó hecha, sucedió a las que le habían precedido, a partir de la denominada "Bohmer & Linzen & Cia., S. A., Sección Técnica, oficina Boldt", hasta cuando por la escritura 576 de 12 de agosto de 1931 Hans J. Dryander adquirió los derechos y obligaciones que ahora invoca en su demanda.

Las constancias que figuran en las actas de las sesiones de la Asamblea de Accionistas de la Sociedad "Acueducto Municipal del Zarzal, S. A.", sobre todo, las correspondientes a los días once de abril de 1934 y 21 de febrero de 1935 (cuaderno número 11, folios 4 a 6), dejan en claro suficientemente, que por esa Compañía se reconoció al demandante, Dryander como accionista y "constructor" de la obra del acueducto del Zarzal, y que en ese concepto ella vino hasta ofrecerle la suma de seis mil pesos (\$ 6.000), "por el destrate".

¿Pero puede legalmente el señor Dryander, como accionista de la compañía "Acueducto Municipal de Zarzal, S. A." o como constructor de esa obra promover la demanda materia del presente juicio?

No lo cree así la Sala, en vista de todo lo que se ha dejado examinado.

Como subrogatario o cesionario en la construcción del acueducto, no tiene acción el señor Dryander para pedir que paguen a la Sociedad Acueducto Municipal de Zarzal, S. A. el Municipio de ese nombre y el Departamento del Valle los saldos que no pagaron como accionistas, porque de acuerdo con el artículo 581 del Código de Comercio, sólo "a la Sociedad" o a los terceros a quienes se hubiere hecho "una cesión en forma", de las acciones (se entiende) corresponde esa acción judicial; y si se considera que el actor demanda igual cosa como *accionista* de la Sociedad Acueducto Municipal del Zarzal, S. A., también carece de esa acción, de conformidad con el precitado artículo 581, porque sólo a esa Compañía, o a los terceros a quienes se hubiera hecho una cesión en forma, correspondería esa acción judicial.

Comentando este artículo el profesor Félix Cortés en su obra "Comentarios al Código de Comercio Terrestre", se expresa así:

"En punto a quien tiene el derecho para recaudar el valor de las acciones, dada la personalidad ficticia de la compañía anónima, a ella se le atribuye ese derecho: el accionista debe el precio de las acciones que suscriba, y lo debe a su acreedor, esto es, a la sociedad; por consiguiente los acreedores sociales no tienen acción directa contra el suscriptor: tienen sí la acción útil para que la compañía les ceda sus derechos contra el dueño de ellas."

De otro lado, no está de más anotar que el mismo demandante Dryander tampoco pagó el total del valor de sus acciones (véase Código Civil, artículo 1609) y, que desde que se constituyó la Sociedad "Acueducto Municipal del Zarzal, S. A." esta Sociedad fue la que se obligó con "el contratista" o constructor, a la construcción del acueducto para la población del Zarzal. Tanto el Municipio de este nombre como el Departamento del Valle, quedaron siendo desde entonces meros accionistas de esta Sociedad, es decir, entidades distintas de la Compañía de que se trata, y, por tanto, como tales, ajenas al cumplimiento de las obligaciones contraídas por esta Sociedad que, como ya se dijo también, era y quedó siendo una entidad particular o de derecho privado, y adquirió, por el objeto y demás modalidades de su constitución, todos los derechos y obligaciones de los primitivos contratantes: Municipio del Zarzal y Bohmer en el contrato que habían éstos celebrado para la construcción de esa obra.

Ahora, las consecuencias de que una Sociedad es una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (artículo 2079 del Código Civil), y de que las sociedades anónimas son sociedades de capitales y no de personas (sociedades *intuitu pecuniae*), tienen que ser, y son, necesariamente, las siguientes:

Primera. Cuando la Nación, un Departamento o algún Municipio contribuye como accionista a la formación de una compañía anónima comercial, ésta no deja de conservar el carácter que tiene de empresa particular, de entidad de derecho privado, para convertirse, por ese hecho, en entidad oficial, en persona de derecho público. No debe confundirse en este caso el ser jurídico particular que resulta del aporte hecho con fondos oficiales de la respectiva entidad nacional, departamental o municipal, con el ente de derecho público —Nación, Departamento o Municipio— que contribuyó con sus recursos a la formación de aquel ser, ni más ni menos que como contribuyeron los accionistas particulares. El carácter oficial del accionista Nación, Departamento o Municipio, es intransmisible a la empresa comercial a cuya formación o a cuyo sostenimiento contribuyó como accionista. Cada uno de los accionistas, como la compañía misma, conserva su propia individualidad o su propia personalidad independiente.

Segunda. A las acciones judiciales que contra esa compañía particular correspondan, no puede vincularse al accionista Nación, Departamento o Municipio, porque ello sería confundir al socio, individualmente considerado, con la sociedad, lo que es legalmente imposible; y

Tercera. Tratándose de una persona de derecho privado —la compañía mercantil así formada— la Sala de Negocios Generales de la Corte Supre-

ma de Justicia carece de competencia para conocer de las acciones que correspondan contra esa sociedad.

Es éste, precisamente, el caso de autos, y para llegar a estas conclusiones, la Sala consideró que era necesario hacer el detallado examen que ha dejado hecho de todos los antecedentes y cuestiones de la presente controversia, ya que tanto por parte del actor, y de los demandados, como por parte del Tribunal *a quo*, y del señor Procurador, se han planteado soluciones distintas de las que la Sala contempla frente a este caso, conforme a las disposiciones legales pertinentes.

Con efecto, según se ha visto, después de celebrado el contrato entre el Municipio de Zarzal y la sociedad mercantil "Bohmer & Linzen & Cia., S. A., Sección Técnica, Oficina Boldt", de fecha 7 de noviembre de 1928 para construir el acueducto para la población de Zarzal, se constituyó, con el mismo objeto, formando parte integrante de sus estatutos el mencionado contrato y con el fin de repártese proporcionalmente las utilidades que resultaran, la Compañía anónima denominada "Acueducto Municipal de Zarzal, S. A."

La circunstancia de que, además de la firma Bohmer, hubieran sido accionistas fundadores de esta última Compañía, el mismo Municipio de Zarzal, y el Departamento del Valle y la de que a la Sociedad se le hubiera dado el nombre de Acueducto *Municipal*, no le quitaban su carácter de empresa comercial particular, su índole de entidad de derecho privado, para convertirla en una persona de derecho público.

El ser jurídico así formado, permanecía con su propia individualidad de sociedad mercantil, y del mismo modo, todos sus accionistas conservaban la suya, independientemente, sin confundirse con la de aquella.

Siendo esto así, como lo es, ni el Departamento del Valle ni el Municipio del Zarzal pueden ser responsables ante el demandante, porque entre éste y ellos, desde el punto de vista que se examina, no aparece contraído ningún vínculo contractual. Como accionistas de la Compañía "Acueducto Municipal del Zarzal, S. A.", ni responderían por más del valor de sus acciones, ni por el saldo que de éstas no hubieran pagado podría ninguno exigírselo, fuera de la misma citada Sociedad o de aquel tercero a quien se le hubiera hecho cesión de ellas en debida forma.

No debe perderse de vista, que aunque en la escritura número 576 de 12 de agosto de 1931 se expresó que Dryander se comprometía a prestar sus servicios para arreglar con el Municipio del Zarzal "los contratos y condiciones, con el fin de que las obligaciones mutuas de Boldt a Zarzal y de Zarzal a Boldt quedarán (sic) eliminadas por medio del presente contrato" (el de cesión), allí mismo se dice que "Con este motivo la Casa

Boldt, en liquidación, transfirió de común acuerdo al señor Dryander, todos los derechos, acciones y obligaciones que resultan o puedan resultar del contrato de construcción de dicha Casa *con la Sociedad* —subraya la Corte— *Acueducto Municipal del Zarzal, S. A.*, como materiales de construcción, edificios y obras construidas.... tanto como la obligación de terminar la obra del acueducto por el precio contratado y la obligación de comprar a la *Sociedad Acueducto Municipal del Zarzal* todavía un saldo de acciones...."

¿Quién era la entidad en cuyo favor había contraído la Casa Boldt las "obligaciones" que éste cedía a Dryander y en cuyo favor éste las aceptaba?

Lo expresa bien claramente la cláusula de la escritura en que el demandante Dryander apoya su carácter de cesionario, y que se acaba de citar: la Sociedad denominada Acueducto Municipal del Zarzal, S. A. Acaso por esto, en la petición séptima de su demanda, dice lo siguiente: "La Sociedad Acueducto Municipal del Zarzal, S. A., debe pagar al contratista los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato sobre construcción del Acueducto Municipal del Zarzal".

¿Que de esta Compañía eran accionistas el Departamento del Valle y el Municipio del Zarzal?

Esto nada importa, porque como accionistas, estas entidades de derecho público, lo mismo que cualquier accionista particular, nada tienen que ver con el ente de derecho privado cuyo capital contribuyeron a formar.

¿Que de este capital las entidades mencionadas no pagaron todo lo que suscribieron, como tampoco lo pagó el demandante?

Tampoco esto importa, porque ninguno, sino la Sociedad de que se trata, o el tercero a quien se le hubiera hecho cesión en debida forma, podría demandar la entrega de esos saldos insolutos por concepto de las acciones suscritas y no pagadas en su totalidad a la Sociedad.

Si aun cuando se trata de una sociedad mercantil colectiva, los acreedores personales de un socio no pueden embargar durante la sociedad el aporte que éste hubiere introducido, aunque si les es permitido solicitar la retención de la parte de interés que en la sociedad tuviere el socio, para percibirla al tiempo de la división social (Código de Comercio, artículo 505), menos podría, en tratándose de una compañía anónima, obtener tal embargo con efectos distintos de los señalados en el artículo 578 del mismo Código, a saber: la adjudicación o venta de las acciones embargadas para que al adjudicatario o al comprador pase el carácter de accionista que tenía el deudor.

Pero no está de más advertir que el demandante Dryander no es siquiera acreedor del Depart-

tamento del Valle ni del Municipio del Zarzal, porque sus respectivas reclamaciones no les han sido reconocidas por estas entidades, ni se halla preestablecida a cargo de ellas y a favor de Dryander ninguna obligación que le otorgue ese título de acreedor.

Constituida posteriormente a la celebración del contrato de 7 de noviembre de 1928, la sociedad anónima "Acueducto Municipal de Zarzal, S. A." (cuaderno número 2, folio 10), con el mismo Municipio de Zarzal y con la firma "Bohmer & Linzen & Cia., S. A., Sección Técnica, Oficina Boldt" y con el mismo objeto de construir ese acueducto, debe entenderse que quien quedó propiamente como entidad constructora de esa obra no fue ya la primera Compañía que había contratado con el Municipio, sino la segunda, la denominada "Acueducto Municipal de Zarzal, S. A.", cuyo objeto social era ese, y en cuyos estatutos fue "incorporado como parte integrante y especial" de éstos, según consta y lo reconoce el apoderado del actor en su alegato de esta instancia, "el contrato sobre construcción de dicho acueducto, concertado entre el Municipio del Zarzal y la Casa extranjera mencionada entre los accionistas, contrato que lleva fecha de 7 de noviembre de 1928".

El contrato sobre constitución de la nueva Sociedad y el primitivo de construcción del acueducto, quedaron formando un todo inseparable por cuanto el objeto de la sociedad "Acueducto Municipal de Zarzal, S. A." era el de construir ese acueducto; o mejor dicho, desde que se constituyó esta Sociedad con tal fin, las obligaciones y derechos inherentes a ese contrato de construcción del acueducto se desplazaron de la firma Bohmer y del Municipio de Zarzal a la nueva entidad, pues no podían coexistir a la vez las dos Sociedades constructoras de la misma obra y por razón del mismo contrato. Por lo mismo que "primero en el tiempo fue la celebración del contrato con el Municipio sobre construcción del acueducto y que cuatro meses después fue la constitución de la Sociedad "Acueducto del Zarzal", por lo mismo, se repite, ese contrato dejó de existir tácitamente para las partes que lo habían celebrado primitivamente, pues como lo reconoce también el apoderado del actor, en la Sociedad Acueducto Municipal de Zarzal, S. A., quedó incorporado ese contrato "por el querer de los socios accionistas y a virtud de que en el mismo contrato se había estipulado ya, entre el Municipio y el contratista, la futura constitución de la Sociedad nombrada", cuyo objeto no era otro que ese mismo: la construcción del mencionado acueducto. (Véase acta número 1, cuaderno número 11, folio 33).

La cláusula 2ª de la escritura constitutiva de esa Sociedad dice así:

"Artículo 2º El objeto principal de la Sociedad es el de construir en el Municipio de Zarzal, para el servicio de la población del Zarzal y de sus habitantes, un acueducto metálico de presión constante, conforme a las especificaciones del contrato firmado entre el Personero Municipal del Zarzal y el representante de la casa comercial de Bohmer & Linzen Cia., S. A., Sección Técnica, Oficina Boldt, el día 7 de noviembre de 1928, contrato que se inserta al final de este instrumento para que se tenga como parte integrante y especial de estos estatutos, de modo que sus estipulaciones se apliquen y cumplan en cuanto digan relación a las obligaciones y derechos de las partes que los suscribieron..."

La acción de nulidad.

Mas, se pregunta: ¿Si el demandante Dryander, por lo que se deja visto, carece de acción contra el Departamento del Valle y el Municipio del Zarzal, y esta Sala de Negocios Generales de la Corte, de competencia para fallar esa acción, en cuanto se relacione con las obligaciones que en favor de Dryander pudieran haber nacido a cargo de la Sociedad de carácter particular denominada "Acueducto Municipal de Zarzal, S. A.", el mencionado demandante carecería de acción y esta Sala de competencia en lo relativo a examinar y a calificar el comportamiento del Departamento del Valle y del Municipio de Zarzal para deducir de ese examen y de tal calificación si los actos de disolución y liquidación de la prenombrada Sociedad están afectados de nulidad, y, si en consecuencia, el Departamento y Municipio citados deben responder por los perjuicios que un comportamiento irregular en tales actos hubiere ocasionado al demandante Dryander?

La Corte considera que el demandante, en principio, si tendría acción para pedir esto, y ella, competencia para entrar a examinar y a decidir este aspecto de la controversia, porque entonces se trataría de que el Departamento y el Municipio mencionados respondan por actos propios, personales o directos, con base en el cargo de culpa que se les hace en su carácter de accionistas de la "Sociedad Acueducto Municipal de Zarzal, S. A." al haber decretado la disolución y liquidación de la Sociedad contraviniendo, según se afirma, a la ley y a lo dispuesto en los Estatutos, acto culposo que no sería acto de la Sociedad, sino de los accionistas personalmente considerados.

Y es que conviene no confundir las obligaciones de una sociedad con las obligaciones de los socios o accionistas.

De las obligaciones contraídas por una sociedad a favor de terceros responde la sociedad, y si ésta se ha disuelto y liquidado, aun si

se trata de una compañía anónima, los accionistas responderán de tales obligaciones hasta concurrencia de lo que hubieren recibido en la división del haber social. Los actos de disolución y liquidación de la sociedad, por sí mismos, no extinguen las obligaciones a cargo del ente social. Los socios o accionistas responderán con sus demás bienes hasta concurrencia del valor de sus acciones o del monto de lo que hubieren recibido en la distribución del activo social, pues éste no debe distribuirse entre los accionistas mientras haya deudas sociales insolutas. Si así no fuera, al amparo de los actos de disolución y de liquidación de una sociedad, podrían cometerse abusos, injusticias y aun fraudes en perjuicio de los acreedores, faltándose así al principio de que ninguno debe enriquecerse a costa ajena.

Los actos de disolución y liquidación de una sociedad, provocados y ejecutados irregularmente por los socios o accionistas con violación de las leyes o de los estatutos sociales, no son actos de la sociedad, sino actos directos o personales de los accionistas y, en consecuencia, de ellos deben responder, únicamente, los accionistas que los llevaron a cabo, si de tales actos se ha seguido perjuicio a terceros, a los otros accionistas o a la misma sociedad.

Esto, en tesis general. Pero en el caso de autos se observa lo siguiente: no se encuentra en el expediente la prueba suficiente para aceptar que en realidad la Sociedad de que se trata se disolvió, ya que aunque se ha acompañado en esta instancia por la parte actora copia de la escritura contentiva del acta en que se decretó la disolución (escritura número 439 de 5 de junio de 1935 de la Notaría Segunda de Cali), no se ha encontrado que esa escritura tenga la correspondiente nota de registro, por lo cual no hace fe en juicio a tenor de los artículos 2673 y 2637, numeral 3º, del Código Civil.

La escritura pública debidamente registrada es formalidad indispensable tanto para tener como legalmente constituida la sociedad mercantil, como para tenerla como legalmente disuelta.

No basta que el acto de la constitución ni, en su caso, el de disolución de la sociedad antes del término estipulado se hagan por escritura pública; es preciso que este acto se haya complementado con los necesarios de publicidad que la ley determina, uno de los cuales es el registro de la escritura en que se haya hecho constar la resolución sobre extinción de la sociedad. Y ello es así, porque está en interés de los terceros conocer desde cuándo ha quedado disuelta la sociedad, si la disolución se efectúa antes del plazo determinado en la escritura de constitución (artículos 465, 472, 480, 567, 589 del Código de Comercio).

Que el artículo 480 diga que la omisión de esos actos no produce efectos "contra terceros", no induce a aceptar que deba tenerse ni aun por lo que hace relación entre los socios, como legalmente disuelta una sociedad en que se ha omitido el cumplimiento de esas formalidades, que no se han establecido únicamente *ad probationem*, sino *ad solemnitatem*.

A los folios 28 y siguientes del cuaderno número 11 se halla el acta de una inspección ocular practicada en Cali el 27 de noviembre de 1940, en esta segunda instancia con intervención del Juzgado 2º del Circuito y los peritos Isaac Berón y Luis Carlos Carvajal.

Tal acta dice así, en lo pertinente:

"... Examinado uno de los legajos presentados que contiene doce fojas, se encontró en él lo siguiente: Que contiene el *extracto* de la escritura pública número doscientos treinta y nueve (239); una nota dirigida por don Gonzalo Echeverri, Gerente del Acueducto, al señor Hernando Soto M., nombrándolo liquidador de la Compañía; una copia de la respuesta del señor Hernando Soto M., aceptando el nombramiento; un certificado de la Cámara de Comercio de Buga; la escritura número cuatrocientos treinta y nueve (439) de la disolución de la Sociedad; un extracto de la Notaría 2º; copia de la escritura número seiscientos treinta y siete (637) de liquidación de la sociedad anónima denominada 'Acueducto Municipal del Zarzal'; y un extracto de la Notaría 2º de Cali.

"Otro de los legajos, con cuarenta y siete (47) folios, contiene lo siguiente: Un borrador de un contrato; una carátula indicativa de escrituras sobre Acueducto Municipal del Zarzal, S. A., y sobre empresa de luz eléctrica del mismo Municipio; una carátula de la escritura de sociedad de la empresa denominada 'Acueducto Municipal del Zarzal', con domicilio en el Zarzal (Valle); copia del Acuerdo número 2º, de 7 de febrero de 1929, 'por el cual se aprueba una póliza'; copia del instrumento número 119 sobre luz y energía eléctrica del Zarzal; una hoja impresa de tarifas y condiciones sobre luz y energía eléctrica; una copia del Acuerdo número 9, de septiembre 11 de 1931; una hoja impresa de extracto de escrituras relativas al acueducto, energía y luz eléctrica del Municipio del Zarzal; una proposición 'por la cual el Gerente de la Sociedad rendirá al liquidador las cuentas durante el periodo de su cargo'; una copia del Acuerdo número 6 de abril 16 de 1935; una constancia; una resolución 'por la cual se revoca la aprobación dada a la proposición sobre disolución y liquidación de la Sociedad'; varias anotaciones de la Secretaría; varias proposiciones; una resolución 'por la cual los accionistas deben reintegrar a la Sociedad el valor de los aportes debidos'; una

proposición; una boleta de don Gonzalo Echeverri A. a don Hernando Soto; una copia de la respuesta del señor Hernando Soto a don Gonzalo Echeverri A.; un sobre con el cual se envió la boleta al señor Soto y una carátula sin contenido”.

Y después, en la diligencia por medio de la cual el mencionado Juez 2º del Circuito de Cali recibió la exposición de los peritos Berón y Carvajal, se lee lo siguiente:

“... resulta de los documentos que se han examinado, presentados por el señor Hernando Soto Mazuera, liquidador de la sociedad ‘Acueducto Municipal del Zarzal, S. A.’... Extracto notarial de 8 de marzo de 1939; nota del Gerente, de abril 26 de 1935; nota de mayo 4 de 1935; certificado de la Cámara de Comercio de Buga, de 3 de junio de 1935; escritura número 439 de 5 de junio de 1935; extracto del Notario 2º de Cali de 5 de junio de 1935; escritura número 637 de 17 de junio de 1936; extracto notarial de 22 de junio de 1936....”

De nada de lo anterior se deduce que hubiera sido debidamente registrada en el correspondiente lugar la escritura número 439 de 5 de junio de 1935 sobre disolución de la sociedad “Acueducto Municipal de Zarzal, S. A.”, ni la número 637 de 17 de junio de 1936 sobre inventario, avalúo, liquidación y reparto del activo de esa Sociedad por el señor Hernando Soto M., a quien se menciona como liquidador en esas escrituras.

A folios 77 vuelto y 78 del cuaderno de pruebas número 10 de esta segunda instancia, consta, por certificación del Registrador de Cali, que no aparecen registradas allí ni la escritura número 439 de 5 de junio de 1935 de la Notaría Segunda de Cali sobre disolución de la “Sociedad Acueducto Municipal de Zarzal, S. A.” ni la escritura número 637 de 17 de junio de 1936 de esa misma Notaría, escritura que contiene la declaración de Hernando Soto, según la cual afirma que como liquidador nombrado formó el inventario e hizo liquidación y distribución del activo de esa Sociedad, avaluado judicialmente por los peritos Antonio J. Angel y Jerónimo Castillo, haciendo constar además que los tres socios pagaron por sus acciones \$ 67.366.40 “por lo que aparece perdido más de un 68% del capital aportado”.

En la primera instancia, el testigo Oscar Colmenares (folio 24 vuelto, cuaderno número 6), había expuesto que la declaración notarial de liquidación de la Sociedad de que se trata, la hizo el Gerente el 5 de junio de 1935, por escritura 439 de la Notaría 2ª de Cali, registrada en Tuluá y en la Cámara de Comercio de Buga “donde se encuentran con el mismo requisito —agregó— las actas importantes de la extinta sociedad”,

pero ni esta declaración es prueba idónea de tales hechos, ni en la presente instancia se pidió ni aportó la prueba de ellos.

Mas ni aun en el caso de que pudiera aceptarse como legalmente disuelta y liquidada la Sociedad de que se trata, podría decretarse favorablemente por la Corte la solicitud de que son nulos los actos de disolución y liquidación de tal Sociedad por los motivos que invoca el actor, por cierto que en forma bastante imprecisa en el libelo. Véase por qué:

1º Alega el demandante que la Sociedad Acueducto Municipal del Zarzal, S. A., de la cual era accionista el Municipio de Zarzal, no podía disolverse sin obtener de éste su consentimiento previo. En efecto, el artículo 27 de los Estatutos reza lo siguiente:

“Artículo 27. La prórroga del término de duración de la Sociedad o de la disolución voluntaria antes del término obligado, no podrán ser considerados por la Asamblea General de Accionistas sin obtener antes para ello el consentimiento del Municipio del Zarzal, puesto que cualquiera de esas determinaciones significa una novación del contrato de 7 de noviembre de 1928, que sirve de base a los presentes estatutos.”

Consta que en la sesión que tuvo la Asamblea General de Accionistas el día diez de abril de 1935 (cuaderno número 11, folio 39), y en la cual se tomó el acuerdo de disolver y liquidar la Sociedad, se observó que el Personero Municipal de Zarzal, allí presente como representante de ese Municipio, no había presentado esa previa autorización, pero consta también que se comprometió a traerla en la segunda sesión, la cual tuvo efecto el día 26 de abril de 1935 (folio 41).

En esta sesión, en la cual se dio segundo debate al acuerdo sobre disolución y liquidación de la Sociedad de que se trata, se transcribió en el acta el siguiente documento emanado del Concejo Municipal de Zarzal:

“Acuerdo número 6 de 1935 (abril 16). Por el cual se autoriza al señor Personero Municipal para una negociación. El Concejo Municipal del Zarzal, en uso de sus atribuciones legales y considerando: 1º Que desde hace algún tiempo el Municipio y el Departamento, como socios de la Sociedad “Acueducto Municipal del Zarzal” en Asambleas consecutivas viene gestionando la manera de llegar a un acuerdo favorable con el socio y contratista señor Hans J. Dryander, sin lograr llegar a un acuerdo que satisfaga las aspiraciones del Municipio en dicha obra; 2º Que en la última Asamblea de Accionistas de dicho acueducto, reunida en la ciudad de Cali el cinco de los corrientes, vista la imposibilidad de llegar a un acuerdo formal con el señor Dryander,

ya por medio de un destrate, para lo cual el socio Departamento le reconocía la suma de seis mil pesos (\$ 6.000), se aprobó una proposición por medio de la cual se procede a la disolución de la ameritada Sociedad; y 3º Que según los estatutos de la Sociedad en referencia, para poder proceder a su liquidación, debe mediar autorización expresa del socio Municipio, *acuerda*: Artículo 1º Autorízase ampliamente al señor Personero Municipal para que, en representación del Municipio, dé su aprobación a la proposición sobre liquidación de la Compañía, de la cual es socio el Municipio del Zarzal, y para que intervenga en alguna otra negociación que en la Asamblea de Accionistas se suscite en relación con el acueducto. Artículo 2º Este Acuerdo regirá desde su sanción. Dado en El Zarzal, en el salón de sesiones del Concejo Municipal, a los diez y seis días (16) del mes de abril de mil novecientos treinta y cinco (1935). El Presidente, *Agustín Peña*—El Secretario, *Manuel de J. Madrid*. Sello. Concejo Municipal—Secretaría—Zarzal, abril diez y siete de mil novecientos treinta y cinco. El suscrito Secretario del Concejo Municipal, certifica: Que el presente Acuerdo fue discutido y aprobado por el Concejo en dos sesiones distintas verificadas en los días 15 y 16 de los corrientes. *Manuel de J. Madrid*, Secretario.—Alcaldía Municipal—Zarzal, abril 17 de 1935. Recibido en la fecha y al despacho del señor Alcalde, *César Muñoz L.*—Alcaldía Municipal—Zarzal, abril diez y siete de mil novecientos treinta y cinco. Publíquese y ejecútense; en consecuencia, remítanse originales al señor Gobernador del Departamento para su exequibilidad. Cúmplase. *Francisco Cuchalón*, Secretario.—El suscrito Secretario de la Alcaldía Municipal del Zarzal, certifica: Que el presente Acuerdo fue publicado por bando en dos días de mayor concurrencia en la localidad. Abril veinte de mil novecientos treinta y cinco. El Secretario, *César Muñoz L.*"

No podría, pues, prosperar el cargo de que no haya dado previamente su consentimiento el Municipio de Zarzal para las proyectadas disolución y liquidación de la "Sociedad Acueducto Municipal de Zarzal, S. A.", caso de que pudiera aceptarse como legalmente consumadas dichas disolución y liquidación.

2º Alégase, igualmente, que tampoco la Sociedad podía disolverse y liquidarse sin el consentimiento del demandante porque ello habría implicado novación de los contratos celebrados entre el Municipio de Zarzal y "el contratista" para la construcción del acueducto de la población de Zarzal.

Ya se dejó expuesto extensamente en otra parte de este fallo, el concepto de la Sala en relación con el contrato que primitivamente se había celebrado para la construcción de esa obra, y en

relación con la Compañía que luego se organizó y constituyó con ese mismo objeto: la "Sociedad Acueducto Municipal de Zarzal, S. A."

Vióse también cómo para disolver y liquidar esa Sociedad antes del término estipulado, sólo era indispensable el consentimiento del Municipio en cuyo favor debía construirse tal obra, pero si la Corte debiera concederle mérito probatorio a los documentos que se han presentado para acreditar la disolución y liquidación de la Sociedad mencionada, deduciríase de ellos, en conclusión, que habiendo perdido la Sociedad, como en esos documentos se afirma, más de un sesenta y ocho por ciento (68%) del capital aportado, porque el activo sólo valía \$ 20.320 y los accionistas habían pagado por sus acciones \$ 67.366.40, siendo el capital social de \$ 120.000, la Sociedad quedaba disuelta y en estado de liquidación a tenor del artículo 589 del Código de Comercio, aunque los accionistas hubieran dispuesto o querido lo contrario. La ley no permite que una sociedad anónima continúe operaciones después de haber perdido el cincuenta por ciento del capital social. La disposición del artículo 589 del Código de Comercio es de orden público, y, por tanto, no puede ser derogada por la voluntad de las partes. Llegado ese evento —la pérdida del cincuenta por ciento del capital social, que es el mínimo fijado— los Gerentes deben hacer constar ese hecho por instrumento público, debidamente registrado, cumplir las demás formalidades allí indicadas y proceder inmediatamente a la liquidación de la Sociedad, bajo obligación de sufrir en caso de omisión, las graves sanciones que en tal artículo se determinan. Cualquiera estipulación en el sentido de que la sociedad que se encuentre en esas condiciones continúe, no opera, es nula por contraria a la ley.

Debe agregarse, por último, que con motivo de la inspección ocular practicada en la presente instancia (folio 30 vuelto, cuaderno número 11), los peritos Isaac Berón y Luis Carlos Carvajal contestaron en la siguiente forma la pregunta hecha por el apoderado del actor para que establecieran si la Sociedad mencionada había perdido el cincuenta por ciento de su capital:

"...Con relación a la pérdida del 50% del haber social, no podemos responder sobre la base de balances parciales y la contabilidad, por no tener en nuestro poder los libros correspondientes, pero si en el acta número 4 figura haber pagado al Contratista la cantidad de \$ 62.500, es de presumir que la obra en construcción representaba dicho valor, pero en la escritura de liquidación aparece avaluada, dicha obra, por un precio de \$ 20.000, y si ésta se ameritó por el verdadero y justo valor, se sobreentiende que si se perdió más del 50% del haber social."

Tampoco por este aspecto podría, pues, prosperar la tacha del actor sobre nulidad de los actos de disolución y liquidación de la "Sociedad Acueducto Municipal de Zarzal, S. A." para que se tenga como legalmente existente esta Sociedad.

Fallo:

Todo lo que queda expuesto, es suficiente para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falle del siguiente modo la presente controversia:

a) No es el caso de hacer ninguna de las declaraciones pedidas en la demanda contra el Departamento del Valle y contra el Municipio de Zarzal, y, por tanto, se absuelve a estas entidades de todos los cargos de dicha demanda;

b) No se accede a declarar que son nulos los actos de disolución y liquidación de la Sociedad "Acueducto Municipal del Zarzal, S. A." por las razones que ya se expusieron en la parte motiva del presente fallo;

c) No es de la competencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, fallar sobre ninguno de los pedimentos de la demanda contra la Compañía denominada "Acueducto Municipal del Zarzal, S. A.", por tratarse de una sociedad de carácter particular por más que el Departamento del Valle y el Municipio del Zarzal hubieran sido accionistas de ésta.

No se condena en costas.

Publiquese, notifiquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Excepciones en juicios seguidos por jurisdicción coactiva.

Esta Sala de la Corte ha reiterado claramente su doctrina y jurisprudencia de que en los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva no son aceptables todas las excepciones, sino solamente aquellas que por la naturaleza del hecho no pudieron ser aducidas en el juicio de cuentas, y luégo en el contencioso-administrativo a que dan lugar las decisiones que tienen origen en funcionarios que llevan a su cargo el control fiscal. Sobre tales providencias de las entidades correspondientes es preciso ejercitar las defensas por los particulares ante los Tribunales Administrativos que gozan de una competencia especial y privativa.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio diez y ocho de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Anibal Cardoso Gaitán).

La Auditoría Fiscal del Departamento de Cundinamarca feneció la cuenta de la administración del “Asilo de Indigentes Mujeres”, correspondiente al mes de diciembre de 1938, con un alcance de noventa y cinco pesos con treinta centavos (\$ 95.30) moneda corriente, a cargo del señor Luis Mallarino Child como Administrador del Asilo mencionado. El ejecutado elevó al señor Juez de Ejecuciones Fiscales, con fecha 26 de julio de 1941, un libelo de excepciones que fueron remitidas al Tribunal Superior de Bogotá, en donde se resolvió desfavorablemente a las pretensiones del excepcionante, quien oportunamente apeló, por lo cual llegó el negocio al conocimiento de la Corte.

La tramitación legal de rigor está surtida en su totalidad, por lo cual se pasa a resolver lo procedente, haciendo antes las consideraciones que a continuación se expresan.

Las excepciones se fundamentan en los siguientes hechos:

“Primero. El alcance de noventa y cinco pesos con treinta centavos (\$ 95.30), deducido contra mi mandante por la Auditoría Fiscal de Beneficencia, mediante el auto de fenecimiento número 525 de fecha 11 de mayo de 1939, que sirve de recaudo ejecutivo, tiene por *causa* —según lo

expresa el mencionado auto— haber el cuenta-dante omitido anotar en el cuadro destinado a anotar las entradas y el consumo de viveres, los artículos alimenticios suministrados al Asilo de Indigentes Mujeres en el mes de diciembre de 1938. En otros términos: el alcance se ha hecho deducir de la simple inobservancia de una *formalidad estadística* en la formación y rendición de la cuenta respectiva, lo cual no lo erige la ley ni ninguna disposición legal en motivo generador de responsabilidad fiscal o civil.

“Segundo. Los artículos alimenticios aludidos tuvieron ingreso efectivo al Asilo de Indigentes Mujeres en el mes de diciembre de 1938 y se gastaron y consumieron en las necesidades de ese establecimiento, de manera que el patrimonio de la Beneficencia no sufrió ningún quebranto o menoscabo por razón del manejo de mi poderdante, y, por consiguiente, el alcance cuestionado carece de justa causa y, por lo mismo, no tiene existencia jurídica y es indebido o injusto su cobro ejecutivo.

“Tercero. Mi poderdante, señor Mallarino Ch., por haber omitido llenar aquella formalidad estadística en la formación y rendición de la cuenta materia del juicio de donde proviene el alcance, podría haberse hecho merecedor a una multa como sanción, pero ésta no puede consistir en la obligación de pagar el valor de los mismos viveres, que fueron consumidos en las necesidades del servicio social para que estaban destinados por la entidad ejecutante. Lo contrario quebrantaría el principio universal prohibitivo de enriquecimiento sin causa.

“Cuarto. La jurisdicción coactiva está establecida por la ley para el cobro de deudas fiscales. La deuda que se quiere hacer efectiva —suponiéndole existencia jurídica— no tiene esa calidad o condición, ya que no pertenece a ninguno de los Fiscos Nacional, Departamental o Municipal.

“Quinto. El Juez Departamental de Ejecuciones Fiscales sólo tiene competencia para cobrar, haciendo uso de la jurisdicción coactiva de que está investido, las deudas fiscales a favor del Departamento y de los Municipios de Cundinamarca.

“Sexto. El propio Juez de Ejecuciones Fiscales sólo puede cobrar ejecutivamente los alcances líquidos y definitivos deducidos contra los res-

ponsables del Erario Departamental y Municipal por la entidad o juez de cuentas de que habla el artículo 1059, numeral 1º del Código Judicial, y en esta disposición para nada se menciona a la entidad "Auditoria Fiscal de Beneficencia", que es la que deduce el alcance que se quiere hacer efectivo por el presente juicio."

La Sala considera:

En cuanto a los tres últimos hechos exceptivos que presenta el apoderado del señor Mallarino Ch., o sea los que hacen relación a la competencia del Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales para cobrar la deuda y al carácter de la misma, la Sala advierte que no puede aceptarse como tales por cuanto el hecho exceptivo que se alega debe ser de tal naturaleza que posea una virtualidad capaz de demostrar la inexistencia de la obligación o su caducidad si alguna vez existió. La incompetencia de jurisdicción produce un vicio en el procedimiento que no se puede apreciar como un hecho exceptivo de la obligación que se cobra.

Por lo que respecta a la calidad de la deuda, debe observarse que si es de carácter fiscal, puesto que fue deducida por el Departamento de Contraloría de Cundinamarca, circunstancia que la coloca entre las comprendidas por el numeral 1º del artículo 1059 del Código Judicial.

Acerca de los tres primeros hechos presentados en el memorial de excepciones, se observa que ellos se refieren, como allí se expresa, a comprobaciones sobre las circunstancias de haberse realmente suministrado por el señor Mallarino al Asilo de Indigentes Mujeres los artículos alimenticios que se mencionan, y a haberse incurrido en un error de cuenta al anotar en forma inadecuada los datos sobre entradas y consumo de los víveres. Ahora se pretende aducir la prueba de ese suministro y explicar cómo un error de imputación ha originado el alcance por la partida a la cual se contrae la excepción.

Esta Sala de la Corte claramente ha reiterado su doctrina y jurisprudencia de que en los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva no son aceptables todas las excepciones, sino solamente aquellas que por la naturaleza del hecho no pudieron ser aducidas en el juicio de cuentas, y luego en el contencioso-administrativo a que dan lugar las decisiones que, como la que motiva este pleito, tienen origen en funcionarios que llevan a su cargo el control fiscal. Sobre tales providencias de las entidades correspondientes es preciso ejercitar las defensas por los particulares ante los Tribunales Administrativos, que gozan de una competencia especial y privativa. Estas mismas ideas, ampliamente expuestas, pueden verse en fallos anteriores de la Sala, particularmente en sentencia del 23 de octubre de 1942, en el ejecutivo de la Nación contra Alberto Escobar Camargo. "Las únicas excepciones viables en ejecuciones por alcances deducidos en juicios de cuentas —se dijo allí— son las que se basan y tengan origen en hechos que por su naturaleza fueron ajenos a la controversia administrativa, y que encarnen cuestiones de mero derecho privado. Con ese fin, la ley autoriza el incidente de excepciones ante la justicia ordinaria."

Carece, por tanto, de competencia el Órgano Judicial para conocer de las excepciones propuestas en el presente juicio, y así ha de declararse.

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, revoca la sentencia pronunciada en este asunto por el Tribunal Superior de Bogotá y declara que él y la Corte carecen de jurisdicción para conocer y fallar en las excepciones propuestas.

Publíquese, notifíquese, devuélvase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

José M. Blanco Núñez, Anibal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.



Competencia para conocer de las acciones de dominio y propiedad ejercitadas por la vía ordinaria respecto del subsuelo de globos de terreno en que puedan encontrarse yacimientos de petróleo, cuando en esas acciones es parte demandada o demandante la Nación.

1. La competencia para conocer de las acciones de dominio y propiedad ejercitadas por la vía ordinaria, respecto del subsuelo de globos de terreno en que puedan encontrarse yacimientos de petróleo, cuando en esas acciones es parte demandada o demandante la Nación, se regula por los artículos 152, ordinales 2º y 12, y 155 del Código Judicial.

2. El juicio ordinario que se promueva sobre la propiedad del subsuelo petrolífero de los terrenos a que se contrajo el juicio sumario no puede ser detenido por la excepción de cosa juzgada, proveniente de la sentencia dictada en ese juicio. Podrá ser detenido únicamente al transcurrir los dos años que la Ley de Petróleos concede para promover las acciones de derecho común que crean tener la Nación o el particular vendido en el juicio sumario, debido a la caducidad o extinción de dichas acciones, pero éste no es, en manera alguna, un fenómeno de cosa juzgada, sino de prescripción. La acción se declara extinguida por el transcurso del tiempo. No por la sola virtualidad de un fallo anterior que reuniendo las cualidades legales hubiera hecho tránsito por sí mismo a cosa juzgada en vía ordinaria.

3. El artículo 209 del Código Judicial, en armonía con el 398, ordinal 4º, autorizan a un demandante para dirigirse en la misma demanda contra los distintos dueños singulares del globo de tierra general compuesto de varias fincas. La palabra acumulación, envuelve en derecho procesal dos conceptos distintos, pero estrechamente relacionados entre sí: o significa la agregación de dos o más procesos con el fin de sustanciarlos y decidirlos bajo una misma cuerda; o significa el ejercicio en una misma demanda de varias acciones por parte del demandante. El primer concepto lo desarrolla el artículo 398 y el segundo el artículo 209, citados. La acumulación de procesos reglamentada en el artículo 398 tiene por objeto fa-

cilitar también la acumulación de acciones. De manera que una y otra disposición miran a propender por la acumulación de acciones, a fin de evitar que se divida la continencia de la causa en los pleitos. El concepto de continencia en los juicios implica la unidad que necesariamente debe haber en ellos desde su iniciación hasta su decisión por la sentencia. Esta unidad exige que las causas no se dividan, con el fin de que la cosa juzgada tenga mayor alcance tanto respecto de las personas como de las cosas. Y hay división de la unidad de las causas cuando una misma acción o varias acciones conexas se someten al conocimiento y fallo de Tribunales diferentes. Deducidas en juicios distintos la misma acción o varias acciones afines que integran un problema global, corren el peligro de terminar con fallos inarmónicos y contradictorios, porque su examen tiene que ser deficiente por no abarcar en conjunto los datos dispersos en los diferentes procesos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio veintiuno de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

En la presente providencia se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto del Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, por medio del cual declaró no probadas las excepciones dilatorias de *declinatoria de jurisdicción, cosa juzgada, ilegitimidad de la personería del representante de la Nación e inepta demanda*, opuestas contra la acción.

Excepción declinatoria de jurisdicción.

Como consecuencia de la excepción de *declinatoria de jurisdicción* se plantea el siguiente interrogante: ¿cuál es el Tribunal competente para conocer de las acciones de dominio y propiedad

ejercitadas por la vía ordinaria, respecto del subsuelo de globos de terreno en que puedan encontrarse yacimientos de petróleos, cuando en esas acciones es parte demandada o demandante la Nación?

En el parecer de la Corte el interrogante lo resuelve únicamente el actual Código Judicial en sus artículos 152, ordinales 2º y 12, y 155.

El artículo 155 complementa, por lo que hace relación a los juicios de la Nación o contra la Nación, el artículo 152 en su ordinal segundo. Este ordinal previene que en los asuntos contenciosos, *por regla general*, conoce el respectivo Juez del domicilio del demandado. Pero debiendo la Nación comparecer ante los Tribunales de Distrito Judicial, y no teniendo ella domicilio, el artículo 155 ordena entonces atender al domicilio del demandante o del demandado, según que la Nación demande o que sea demandada. Tal es la extensión del artículo 155. No es en manera alguna una regla aislada y absoluta, que implique el desplazamiento total de las demás normas de competencia estatuidas por el artículo 152, cuandoquiera que por motivos especiales, como la clase de juicio, haya que atender también a otros factores determinantes de la competencia, por razón del lugar en que debe ventilarse el juicio, que juegan igualmente, junto con el domicilio, en la fijación definitiva del Tribunal del conocimiento en cada caso.

Así la regla séxta del artículo 152, previene que en los negocios sobre división de bienes comunes conocen a prevención, el Juez del domicilio del demandado, o el del lugar en donde estén situados los bienes de la comunidad. Cuandoquiera que la Nación sea comunera, y haya de iniciarse el juicio de división, habrá que aplicar entonces en conjunción con esta regla la del artículo 155. De este modo, si la demanda se promueve en un Tribunal, en cuyo territorio tenga el domicilio el comunero demandado por la Nación, este Tribunal previene en el conocimiento al Tribunal en cuyo territorio están situados los bienes, que también hubiera sido competente de haberse promovido allí la demanda con antelación.

En los juicios en que se ejerciten acciones reales sobre bienes muebles por la Nación o contra la Nación, el problema de cuál sea el Tribunal competente para conocer de la acción, lo resuelve la regla séptima del artículo 152, en relación con el 155.

Y según la regla octava, en los juicios en que se ejercite meramente la acción hipotecaria, es también competente el Juez del lugar en que se halla ubicado el inmueble. De consiguiente, cuando la Nación tenga que ejercitar el juicio de venta o adjudicación de bienes a ella hipotecados, podrá proponer la demanda bien ante el

Tribunal correspondiente al domicilio del deudor, o ante el Tribunal de la ubicación del inmueble, entidades que tienen potestad para abocar, a prevención, el conocimiento, por razón de la regla mencionada en armonía con el artículo 155.

Por último, según la regla 12, en los juicios sobre reivindicación de inmuebles y sobre servidumbres, es también competente el Juez del lugar en donde los bienes se hallan ubicados. Lo que significa que además del Juez del domicilio del demandado, es igualmente competente el del lugar en donde los bienes se hallan ubicados. Y cuando la Nación es parte en un juicio de dominio, aplicando la regla expresada en combinación con la del artículo 155, habrá dos Jueces con igual competencia para conocer, a prevención, del juicio: el Tribunal de la ubicación de los bienes y el Tribunal a donde corresponda el domicilio del particular, según que éste sea demandante o demandado.

La circunstancia de que la regla doce hable sólo de los juicios de *reivindicación*, no excluye las demás acciones de dominio relativas a inmuebles, como las simplemente declarativas, por dos razones obvias: primero, porque toda acción reivindicatoria lleva implícita la acción de dominio, pues el decreto de reivindicación es el reconocimiento de que el reivindicante tiene el dominio sobre lo que reivindica, y esa la razón en que se funda toda orden de restitución; de manera que cuando la regla habla de *reivindicación* engloba en general la acción de dominio, así sea simplemente declarativa o restitutoria; y segundo, porque de dársele a la disposición de la regla *doce* el sentido literal y limitado que algunos pretenden, de referirse únicamente a la acción restitutoria, las acciones simplemente declarativas del dominio, promovidas entre particulares, se quedarían regidas únicamente por la regla segunda del artículo 152, y eso es irregular y anómalo, dado que la acción declarativa de dominio es también real sobre inmuebles, de manera que debe regirse por idénticas normas de competencia concernientes a las acciones de reivindicación.

Se ha sustentado la opinión de que siendo los debates sobre el dominio del subsuelo que se presume petrolífero, controversias alrededor de la propiedad de minas, la competencia para conocer de las respectivas acciones en juicio ordinario, rígesse exclusivamente por el artículo 385 del Código de Minas, según el cual el Juez donde esté ubicada la mina "es el único competente para conocer de los juicios sobre posesión y propiedad relativos a ella, o a los derechos reales constituidos en su favor."

Esta opinión es equivocada. Parte del supuesto de que hoy día, después de expedida una le-

gislación reguladora de todo lo concerniente al *petróleo*, los yacimientos que lo contengan aun descubiertos, quepan, técnica y legalmente, dentro del concepto de *minas*, gobernado por el Código de la materia.

La legislación del petróleo definió bien claro el alcance de sus disposiciones refiriéndolas a las mezclas naturales de hidrocarburos; y al deslindar así la noción jurídica de *petróleo*, haciéndola inconfundible con la de *minas*, bien claro aparece el propósito de hacer de los hidrocarburos una rama especial, gobernada por un estatuto que corresponda a la naturaleza verdadera de la cosa reglamentada, la que científicamente no guarda ninguna analogía con las situaciones previstas en el Código de Minas. De consiguiente, actualmente las disposiciones de esta codificación no tienen por qué aplicarse a las cuestiones legales derivadas del petróleo, a menos que medien disposiciones expresas que en casos particulares impongan su aplicación; tal sucede en lo tocante a servidumbres, en que fue menester el artículo 7º de la Ley 37 de 1931 para que a las explotaciones petrolíferas se puedan aplicar los Capítulos XII, XIII y XIV del Código de Minas, a falta de disposiciones expresas.

El derecho común procesal como derecho general es pues el que debe regir en orden a la competencia de los Jueces para conocer de las acciones de propiedad sobre el subsuelo petrolífero, o que se presume petrolífero, de igual manera a como el mismo derecho regula la competencia respecto de las acciones sobre el suelo. Y esto es lo lógico y lo natural. De lo contrario, cuando la acción verse simultáneamente sobre el suelo y el subsuelo, habría competencias distintas; y esto conduce a una división nunca remediable de la continencia de la causa, lo que es inadmisibles por anticientífico.

Además, y aun admitiendo en gracia de discusión que un yacimiento de petróleo sea una *mina* en el sentido legal y riguroso del vocablo —aspecto que es al que hay que atender y no al significado vulgar de la palabra— esa asimilación podría hacerse respecto de yacimientos ya descubiertos, pero no de aquellos que apenas están dentro de los límites de las esperanzas de los dueños, de lo meramente hipotético o posible. El Código de Minas se refiere a minas actuales, reales y existentes; no a minas que apenas se presumen.

La excepción examinada es, pues, impertinente. De acuerdo con el Código de Procedimiento el presente juicio se podía proponer ante el Tribunal de Tunja, en cuyo territorio están situados los inmuebles materia del juicio, y también ante el Tribunal de Bogotá. Se propuso en Bo-

gotá. De consiguiente, este Tribunal aprehendió legítimamente el conocimiento del juicio, por ser el domicilio de casi todos los demandados.

Excepción de cosa juzgada.

Esta excepción se funda en los siguientes hechos:

1º Con fecha 28 de septiembre de 1938, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia en juicio breve y sumario decidió sobre la propiedad particular del petróleo que se encuentra o pueda encontrarse en los terrenos a que se refiere la presente demanda en juicio ordinario.

2º En dicho juicio breve y sumario fue parte la Nación y las mismas personas que aparecen ahora como demandadas.

3º Contra la sentencia del juicio breve y sumario la Nación dejó de ejercitar en el plazo de dos años el recurso que la asistía, conforme al artículo 7º de la Ley 160 de 1936.

4º Por lo tanto, la referida sentencia se encuentra en firme y por el transcurso del tiempo indicado antes ha hecho tránsito a la cosa juzgada.

Para resolver se considera:

El artículo 7º citado en apoyo de la excepción, dispone que en juicio breve y sumario la Corte decida si es o no fundada la pretensión del interesado particular a que se considere de propiedad privada el subsuelo de determinado globo de tierra sobre el cual pida permiso al Gobierno para emprender o adelantar exploraciones con taladro en busca de petróleo. Cuando el fallo en este juicio sumario fuere adverso a la Nación, le queda a ésta libre la acción común para debatir el derecho de propiedad que el Gobierno crea que tiene, la cual no podrá "iniciarse después de transcurridos dos años de la fecha en que fuere proferido el fallo en el juicio sumario".

Por consiguiente, transcurridos los dos años de que habla la disposición la acción ordinaria se extingue o caduca. Se opera una prescripción de corto tiempo, por la inactividad del Estado durante el término perentorio prefijado en la ley.

Toda prescripción extintiva, de corto o de largo tiempo, produce sus efectos por el solo concurso de dos elementos: inactividad del dueño del derecho en perseguirlo y hacerlo efectivo por las vías indicadas, y un lapso al cual se haya extendido la actitud tolerante y pasiva del acreedor. Terminado el lapso de tiempo, el derecho desaparece o muere, como sanción por la inercia del que lo tenía. Surge entonces una situación jurídica inmodificable, por carencia de acción. A eso equivale la excepción de prescrip-

ción. A que la obligación o derecho concluya por el mero transcurso del tiempo.

La excepción de prescripción se configura de manera distinta de la de cosa juzgada, aun cuando ambas por igual conducen al mismo resultado práctico procesal: el agotamiento de la acción. Sólo que en la prescripción la acción caduca por el transcurso del tiempo, en tanto que en la cosa juzgada la sentencia es la que viene a ponerle fin y a cortar el derecho. Pero no por efecto de esa identidad de resultados, los dos fenómenos jurídicos se confunden. Pues al paso que la prescripción es susceptible por regla general de suspenderse, en favor de personas determinadas en la ley, de interrumpirse, por modos previstos, y puede hasta renunciarse, la cosa juzgada nace sólo por la fuerza de una sentencia que haya *decidido* en firme sobre la misma acción que se vuelve a proponer. Lo que quiere decir que la prueba de la cosa juzgada es meramente la sentencia y la demanda que la haya provocado, en tanto que a ostentar la prescripción concurren exclusivamente los elementos dimanados del correr ininterrumpido del tiempo frente al tercero que niega el derecho prevalente que otro cree tener. Al fenómeno de cosa juzgada es así extraña toda discusión relacionada con la manera como ha corrido el tiempo o ha empezado a correr, cuestión propia de la prescripción.

Conocida es la estructura de la cosa juzgada, que requiere las tres bases esenciales de identidad de cosa; identidad de causa o acción, e identidad de personas. La sentencia que sirva de apoyo a la cosa juzgada debe contener estos tres elementos demostrativos de la excepción.

La identidad de causa es la identidad de la acción. El motivo o hecho por el cual se demanda. Por eso la acción que tiene por fin decidir sobre el dominio de una cosa no se puede remover una vez sentenciada. Está extinguida por el fallo que la haya decidido, si además el nuevo pleito se promueve entre las mismas partes.

El juicio sumario previsto en las disposiciones del Código de Petróleos, para determinar el derecho que una persona tenga a efectuar exploraciones del subsuelo en busca de petróleo de propiedad particular, o el derecho que un tercero tenga a oponerse a la celebración de un contrato sobre explotación de petróleo, que se reputa de propiedad nacional, no es juicio de dominio en el sentido de que tenga por objeto una definición directa y definitiva de tal derecho. Se califican los títulos de propiedad pero con alcance provisional. En esos juicios no hay siquiera demanda judicial; el debate se trava en la Corte por las afirmaciones que se hacen en el Ministerio de Minas y Petróleos. La sentencia no concluye en una definición concreta de

la propiedad por lo mismo que sólo tiene alcances definitivos dentro del respectivo juicio. No hace tránsito a la cosa juzgada en vía ordinaria. La misma ley que estatuyó el juicio sumario, dejó a salvo las acciones de derecho común en vía ordinaria.

De consiguiente, el juicio ordinario que se promueve sobre la propiedad del subsuelo petrolífero de los terrenos a que se contrajo el juicio sumario no puede ser detenido por la excepción de *cosa juzgada*, proveniente de la sentencia dictada en este juicio. Podrá ser detenido únicamente al transcurrir los dos años que la Ley de Petróleos concede para promover las acciones de derecho común que crean tener la Nación o el particular vencido en el juicio sumario, debido a la caducidad o extinción de dichas acciones. Pero este no es en manera alguna un fenómeno de cosa juzgada, sino de prescripción. La acción se declara extinguida por el transcurso del tiempo. No por la sola virtualidad de un fallo anterior que reuniendo las cualidades legales hubiera hecho tránsito por sí mismo a cosa juzgada en vía ordinaria.

El caso de los juicios sumarios de petróleo es análogo al que se produce con la sentencia de excepciones dictada en juicio ejecutivo. Estas sentencias son de carácter provisional y no estorban el posterior proceso tendiente a discutir en su plenitud y por vías más amplias, la misma cuestión discutida por vía especial y breve en el juicio ejecutivo. Son fallos que por sí mismos nunca hacen tránsito a cosa juzgada en vía ordinaria. Pero la parte deudora o acreedora vencida en el incidente de excepciones, tiene un término, el de la prescripción común, para plantear el debate nuevamente en juicio ordinario. Supóngase dictada en juicio ejecutivo una sentencia de excepciones favorable al deudor. El acreedor goza del término de la prescripción común para demandar en juicio ordinario al deudor que ha sido absuelto provisionalmente. Propone en efecto el juicio ordinario, pero vencidos los términos de prescripción. ¿Qué sucede? Que el derecho está agotado por la prescripción, y en manera alguna por efecto de la cosa juzgada dimanada de la sentencia de excepciones en juicio ejecutivo. El deudor demandado tendrá que valerse de la excepción de prescripción si intenta paralizar la acción. Sería inadmisibles la excepción de cosa juzgada.

Es que la ley cuando permite la discusión de un negocio en vía especial dejando al propio tiempo abierta la puerta para controvertirlo en vía más amplia, mantiene vivo el derecho y por ende la correlativa acción, la que sólo se extingue o muere a virtud del término que conceda, corto o largo, para promover la nueva y más amplia controversia. Es decir, que el derecho se agota entonces por la prescripción. No

por la virtualidad de la sentencia sumaria, que por ser provisional ha dejado vivo el derecho.

El artículo 341 del Código Judicial permite proponer en el incidente de excepciones dilatorias la perentoria de cosa juzgada y transacción. Estos dos son los únicos motivos de fondo susceptibles por disposición expresa de la ley procesal, de detener el juicio al iniciarse. La excepción de prescripción cualesquiera que sean sus modalidades y resultados prácticos es materia de la sentencia definitiva, y es allí donde cabe examinarla en sus características y consecuencias.

De donde resulta que la pretendida excepción de cosa juzgada propuesta como excepción dilatoria, es inadmisibles, pues lo que en realidad está planteado es el fenómeno de la prescripción.

Excepción de ilegitimidad de la personería del representante de la Nación.

Esta excepción aparece muy claramente tratada en el auto del Tribunal, de manera que para desecharla basta reproducir lo que esta corporación expuso, contra lo cual no cabe ninguna observación:

Se funda esta excepción en el artículo 332, numeral 2º, del Código Judicial, "por cuanto el apoderado no ha acreditado suficientemente su representación y porque el poder tiene deficiencias que lo hacen inaceptable con arreglo a la ley".

En el cuaderno principal a folio 5 vuelto, *Diario Oficial* número 24358 de 9 de mayo de 1940, aparece el poder conferido por el Gobierno Nacional al doctor Luis Rafael Robles, para que a nombre de la Nación inicie ante el Tribunal Superior competente, y hasta su terminación definitiva, contra los actuales dueños, un juicio ordinario tendiente a que se declare que es de propiedad del Estado el petróleo que se encuentre o pueda encontrarse en los lotes de terreno conocidos con los nombres de *Recetor, Pajarito y Huertavieja y Chámeza*, situados en el Departamento de Boyacá y comprendidos dentro de cierta demarcación.

Ahora, en el *Diario Oficial* número 24376 de 31 de mayo del mismo año de 1940, a folio 5 vuelto del cuaderno número 4, aparece el contrato celebrado por el Gobierno con el doctor Luis Rafael Robles, sobre prestación de servicios profesionales por parte de éste y en relación todo con el poder conferido y relatado en el aparte inmediatamente anterior. Este contrato aparece firmado en esta ciudad el día 26 de marzo de 1940.

"El poder conferido lo fue por el señor Presidente de la República, en uso de las facultades que le otorgan los artículos 173 del Código

Judicial y 7º de la Ley 160 de 1936, que en su orden de cita, consagran:

"173. El Estado, los Departamentos y los Municipios no pueden ser representados por apoderados en los litigios en que sean parte sino en los casos en que por razón de distancia o incompatibilidad de funciones, importancia excepcional del negocio, u otro análogo, no pueden representar a dichas entidades los Agentes del Ministerio Público.

"En casos tales, puede el Gobierno, el Gobernador o el Alcalde respectivo, celebrar contratos con abogados para que representen a la respectiva entidad."

"Artículo 7º Si el fallo en el juicio sumario de que se trata fuere adverso a la Nación, y el Gobierno insistiere en estimar que el petróleo en referencia es de ella, procederá a dar autorizaciones e instrucciones al respectivo Agente del Ministerio Público, o a constituir apoderados que intenten las acciones que sean procedentes, las que no podrán iniciarse después de transcurridos dos años de la fecha en que fuere proferido el fallo en el juicio sumario."

"Con respaldo en las disposiciones legales que se acaban de copiar, el Gobierno estimó como al efecto lo consignó en la Resolución número 983 de 29 de abril de 1940, que la importancia excepcional del negocio requiere la designación de un abogado que lleve la personería del Estado en el juicio. Al efecto confirió el poder referido.

"Con estos antecedentes se concluye:

"El Gobierno contaba con autoridad suficiente para constituir apoderado.

"En el poder se determinó suficientemente el bien o bienes materia de la litis y la acción que había de iniciarse.

"La celebración del contrato con todas sus formalidades.

"Por tanto, cuenta el apoderado con la personería suficiente para la acción, y de consiguiente, es legítima su personería, y así el citado medio de defensa no es llamado a prosperar. No es fundada."

Excepción de inepta demanda.

Esta excepción se funda en que la acción intentada persigue el dominio del subsuelo de varios terrenos que se consideran petrolíferos, completamente independientes unos de otros y pertenecientes a distintos dueños, como lo reconoce el actor en el libelo de demanda. En un mismo juicio no se puede intentar acciones contra distintos dueños y por cosas distintas. Según el libelo de demanda, dice el excepcionante, los dueños de la finca de *Chámeza*, así como sus títulos, son distintos de los dueños de las

fincas de *Pajarito*, *Recetor* y *Huerta Vieja* y de los títulos de estas propiedades. Luego han debido proponerse tantos juicios cuantas son las fincas pertenecientes a dueños diferentes, y como así no se hizo la demanda es inepta.

Se observa:

Tendrían razón los excepcionantes si la demanda no tuviera por principal causa o motivo discutir la existencia del título originario de donde arranca o se pretende arrancar la propiedad particular de todas las fincas especificadas en el libelo, título que por lo tanto es común e interesa por igual a los diferentes propietarios actuales demandados.

Es cierto que en el presente caso la acción iniciada se refiere a distintos globos de tierra, pertenecientes a dueños también distintos. Empero, la demanda enuncia una causa común que afecta por igual a todos los predios y por ende a sus actuales dueños: el que se declare que la propiedad del subsuelo petrolífero del globo de tierra general comprensivo de los tres lotes detallados en la demanda, pertenece a la Nación, por no haber salido tal globo general del patrimonio del Estado con anterioridad al año de 1873. En el fallo sumario de la Corte, del 28 de septiembre de 1938 se aceptó que es de propiedad privada el subsuelo petrolífero de los terrenos de *Recetor*, *Pajarito*, *Huertavieja* y *Chámeza*, por haber salido el globo de tierra compuesto de tales terrenos, del patrimonio del Estado desde el año de 1585, en virtud de la merced de tierras otorgada a Gabriel López de Nurueña por el Cabildo de Tunja el 14 de julio de ese año. La demanda que ahora se propone tiene por objeto discutir la eficacia y validez de la nombrada merced de tierras así como los demás documentos en que la Corte se apoyó para reconocer la propiedad privada del petróleo sobre el gran globo de tierra que hoy está dividido en los cuatro lotes citados.

La causa que se propone en la demanda afecta e interesa así por igual a los dueños actuales que pretendan derivar sus derechos sobre el subsuelo, de la merced de tierras de López de Nurueña y de los demás títulos posteriores a esta merced, pero anteriores a 1873, que se aduzcan para aclararla.

Ahora bien: el artículo 209, en armonía con el artículo 398, ordinal 4º, del Código Judicial, autorizan al demandante para dirigirse en la

misma demanda contra los distintos dueños singulares del globo de tierra general compuesto de las fincas nombradas.

La palabra *acumulación*, envuelve en derecho procesal dos conceptos distintos, pero estrechamente relacionados entre sí: o significa la agregación de dos o más procesos con el fin de sustanciarlos y decidirlos bajo una misma cuerda; o significa el ejercicio en una misma demanda de varias acciones por parte del demandante. El primer concepto lo desarrolla el artículo 398 y el segundo el artículo 209, citados.

La *acumulación* de procesos reglamentada en el artículo 398 tiene por objeto facilitar también la *acumulación* de acciones. De manera que una y otra disposición miran a propender por la *acumulación* de acciones, a fin de evitar que se divida la continencia de la causa en los pleitos.

El concepto de *continencia* en los juicios implica la unidad que necesariamente debe haber en ellos desde su iniciación hasta su decisión por la sentencia. Esta unidad exige que las causas no se dividan, con el fin de que la cosa juzgada tenga mayor alcance tanto respecto de las personas como de las cosas. Y hay división de la unidad de las causas cuando una misma acción o varias acciones conexas se someten al conocimiento y fallo de Tribunales diferentes. Deducidas en juicios distintos la misma acción o varias acciones afines que integran un problema global corren el peligro de terminar con fallos inarmónicos y contradictorios, porque su examen tiene que ser deficiente por no abarcar en conjunto los datos dispersos en los diferentes procesos.

De consiguiente, hay razones jurídicas poderosas para sustentar la negativa de la excepción de inepta demanda.

Fallo.

Por lo expuesto, la Sala confirma el auto apelado dictado en este negocio por el Tribunal Superior de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y publíquese este auto en la *Gaceta Judicial*.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos.

La Corte, en varias decisiones, ha calificado ya el alcance negativo de las resoluciones ministeriales que tratan de constituir decisiones obligatorias de la propiedad de las tierras.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio veintitrés de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El señor Giovanni Serventi, mayor de edad y de nacionalidad italiana, casado y residente en Colombia desde hace muchos años, presentó ante el Ministerio de la Economía Nacional una propuesta de contrato para la exploración y explotación de petróleos, en un lote de terreno cuyo subsuelo se dice que es de propiedad nacional, de una capacidad superficial de 49.431 hectáreas 333 metros cuadrados, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Puerto Berrio y San Luis, del Departamento de Antioquia, cuyos detalles se hallan especificados en los planos topográficos y geológicos que se acompañaron a la propuesta. Los linderos del lote mencionan como punto de partida la desembocadura del río Nare en el río Magdalena; se sigue por la banda derecha del mencionado río Nare aguas arriba hasta un punto situado en el sitio de Islitas y en la misma orilla del río; vuelve la línea del lindero y pasa por las faldas de la serranía de Soná; continúa a lo largo de las estribaciones inferiores de la Cordillera Central hasta una colina que separa las aguas del río Claro Norte de las de la quebrada Santo Tomás; vuelve la línea a terminar en la margen izquierda del río Magdalena un poco abajo del peñón de Momposina; y siguiendo la banda izquierda del río Magdalena por el brazo de Perales, peñones del Rebozo, el Mango, la Tigrera, Brazo de Mula, peñón de Luz, hasta encontrar nuevamente la desembocadura del río Nare en el Magdalena. Los indicados son los puntos geográficos conocidos que se mencionan en la propuesta al describir con más detalles la línea divisoria del lote pedido.

De acuerdo con las disposiciones de la Ley 160 de 1936 y del Decreto 1270 de 1931, el Ministerio dio aviso al público de la propuesta. En término hábil la Richmond Petroleum Company of Colombia, sociedad anónima domiciliada en Willington, Estado de Delaware, Estados Unidos de Norte América, debidamente legalizada en Colombia y con sucursal en Bogotá, por medio de apoderado debidamente constituido, se opuso a la celebración del contrato proyectado, en razón de que la propuesta invade un gran lote de terreno, segregado de terrenos de mayor extensión conocidos con los nombres de *Cocorná*, *Sacamujer* y *El Rebozo*, situados en jurisdicción de los Municipios de Sonsón, San Luis y Cocorná, del Departamento de Antioquia, lote de terreno que pertenece a varios particulares tanto en el suelo como en el subsuelo con el petróleo y demás hidrocarburos que en él se encuentren, y sobre el cual la Compañía celebró contrato de exploración y explotación de petróleos, según los términos de la escritura pública número 1615 de 31 de diciembre de 1936, de la Notaría 3ª de Barranquilla, con los señores Enrique, Andrés, Manuel María, Alfredo, Flora, Dolores Rodríguez Diago, Rafaela Rodríguez de Carbonell, María Clara Rodríguez de Vives, María F. Pérez de Rodríguez y Matilde López v. de Pedro Pérez, en calidad todos éstos de actuales propietarios del lote de tierra materia de la oposición.

La propiedad particular del petróleo en el presente caso se pretende fundar en títulos emanados del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 sobre los mencionados terrenos denominados *Cocorná*, *Sacamujer* y *El Rebozo*. Este terreno se dice nunca volvió al patrimonio del Estado después de haber salido de él en virtud del remate que, con las formalidades legales de entonces, se hizo a favor del señor don Manuel Martínez Zaldúa el 9 de diciembre de 1772, por la Junta Municipal de Temporalidades de Honda.

En el término de pruebas del juicio ante la Corte se reforzó la titulación con la copia de otros documentos de origen colonial correspondientes a los años de 1673 a 1676.

CAPITULO I

Los documentos originarios acerca de la propiedad de las tierras exhibidos por la oposición.

Corresponde hacer previamente una sintética y descarnada relación de los primeros y más antiguos títulos que se encuentran en el expediente para comprobar que las tierras denominadas *Cocorná, Sacamujer y El Rebozo* salieron del patrimonio del Estado desde la época colonial. Después, en el capítulo siguiente, se hará un análisis general y coordinado del alcance de los dichos títulos.

A—Primera merced—1673.

Por orden cronológico corresponde hacer mención en primer lugar del título presentado ante la Corte. Consiste en copias tomadas del Archivo Histórico Nacional, de varios documentos de propiedad relativos a las tierras que las autoridades españolas adjudicaron a don Cristóbal de Pantoja.

En el mes de abril del año de 1673 el Capitán Francisco Pantoja, en nombre de su hermano Cristóbal, expresó ante el Capitán General del Nuevo Reino de Granada, por medio de memorial que el susodicho hermano "pretende plantar cantidad de arboleda de cacao en las orillas del río Grande de la Magdalena, por haber reconocido ser a propósito para ello...; y para poderlo hacer, se ha de servir Vuestra Señoría Ilustrísima hacerle merced de tres caballerías de tierra de frente, río abajo, desde la boca del río de La Miel, medidas hasta donde llegare por el dicho lado y por la parte de adentro, que es tierra inhabitable, montuosa y de muchas serranías, hasta la parte que dicho mi hermano eligiere, o fuere necesario para el beneficio de la hacienda que poblare, que todo está eriazó, vaco y sin perjuicio de naturales ni de otro tercero, ni tiene valor más del que le diere cultivándolas".

Recibidas en la Villa de Honda las informaciones correspondientes el Alférez Andrés Galindo, Alcalde de dicha Villa, emitió parecer favorable al otorgamiento de la merced diciendo "que ha visto las tierras que el Capitán Francisco Pantoja pide que todas son montañas y serranías, que están eriazas y despobladas, vacas y sin perjuicio de tercero que derecho tenga a ellas".

El 26 de junio de 1673 el Arzobispo Liñan y Cisneros, concedió la merced pedida, "de tres caballerías de tierra que pide, en la parte y lugar que la señala y debajo de los límites y linderos expresados en su pedimento".

Fue comisionado para dar la posesión de las tierras el Alcalde de Honda, quien a su vez comisionó al Capitán don Diego Pretelt, quien en la respectiva diligencia fechada el 9 de febrero

de 1675, hizo constar: "cogí por la mano al dicho Capitán Cristóbal de Pantoja, y le paseé por la tierra por una vereda que se abrió para ello, y el susodicho, con un machete, cortó algunas ramas y arrancó ciertos arbolitos y hizo otras acciones en señal de posesión, la cual dijo que aprehendía de las dichas tres caballerías de tierra que fuesen útiles para labrarlas, *corriendo el río de la Magdalena abajo, en largo desde la boca del río de La Miel hasta la quebrada de Cocorná, y corriendo por las orillas del río de La Miel adentro hasta la quebrada de Samaná, las cuales dichas dos quebradas se señalan por linderos de dichas tierras...*"

B—Segunda merced—1676.

En el año de 1676 Cristóbal Pantoja pidió ya directamente otra merced de tierras situadas en la orilla opuesta del río de La Miel. Dijo así en la solicitud: "que yo tengo fundada una hacienda de arboleda de cacao en tierras del río de La Miel, jurisdicción de la Villa de Honda, a mano derecha de dicho río de La Miel, y parece que para otras cosas tocantes a la dicha hacienda y seguridad en su beneficio, y en que poder tener cabalgaduras y hacer algunas rozas de maíz y lo más de que fuere necesario, así para rancherías, por ser tierras más altas las de la otra banda del dicho río de La Miel que las que al presente poseo, que son anegadizas, necesito que Vuestra Alteza se sirva hacerme merced de tres caballerías de tierra de las antiguas de la otra banda del dicho río de La Miel, que han de tener por primer lindero desde la quebrada o boca de ciénaga que llaman el Sábalo, río arriba hasta donde alcanzare por estar dicha tierra baldía..."

Esta merced también le fue concedida a Pantoja.

C—Título de composición—1702.

En el año de 1702 Cristóbal Pantoja demandó ante las autoridades correspondientes la composición de las tierras amparadas por las dos mercedes anteriores. En el pedimento dijo: "...que en cumplimiento del auto que por mandato de Vuestra Merced se ha promulgado, hago manifestación y presento, con la solemnidad necesaria, los títulos y merced de seis caballerías de tierras que poseo en las orillas del río Grande, río adentro de La Miel, las cuales con gran trabajo y disipación de mi caudal he puesto parte de ellas en el estado que al presente se hallan con la labor y plantaje de cacao; y porque además de lo dilatado que están de esta Villa, y de otra cualquiera población, son y las hube tierras incógnitas y llenas de maleza fuera de todo trato y comunicación, por lo inculdo y áspero del paraje, a cuya braveza he resistido continuando con muerte de muchos esclavos y costos de infinitos jornales, siendo quien aventuran-

do todo mi caudal, di a conocer fructificaba el cacao en esta tierra, juzgando generalmente no se conseguiría por no haberse hecho en ella esta planta, que habiéndola experimentado por mí, fructificaba, se han sembrado muchas arboledas, así en esta jurisdicción como en Mariquita, sirviendo de grande utilidad a los dueños y al común, por el mucho trato que se ha seguido, y a su Majestad mucho aumento a su real hacienda; siendo mi estancia la que más ha dado, así por haber sido la primera como por la saca de cacao que para tierra de oro y ciudad de Cartagena se ha conducido, en que han sido cuantiosas las porciones de plata que he pagado y estoy pagando a su Majestad de los reales derechos de puertos y alcabalas, como es público y notorio....”

Practicadas las informaciones correspondientes, que confirmaron las afirmaciones de Pantoja acerca de su ardua labor en las tierras, el 15 de noviembre de 1702, el Juez privativo de tierras de la Villa de Honda hizo la composición amparando a Pantoja en la propiedad de las tierras a que se referían los títulos; y se declara “haber cumplido con lo que por los dichos títulos se le manda y era obligado, los cuales se le vuelven originales....”

El testamento de Pantoja—1735.

En el año de 1735 murió Pantoja. En su testamento hizo donación de las tierras que había obtenido por mercedes a la Compañía de Jesús. Así dice la parte pertinente del testamento: “item declaro que en el río de La Miel, jurisdicción de esta Villa, tengo una hacienda donde tengo más de cuarenta piezas de esclavos, los que pareciere en ella, con diez ocho mil y quinientos pies de cacao nuevo que empieza a dar fruto, sin los que se hallaran antiguos de la arboleda vieja, con seis caballerías de tierra, que constan de los títulos, y están compuestas con Su Majestad, y embarcaciones para el servicio de la hacienda, con aperos de herramientas y todo lo necesario y ornamentos para la iglesia; y esta hacienda, como alhaja que la he estimado y mirado siempre para el bien de mi alma, como lo tengo comunicado a los Reverendos Padres del Colegio de la Compañía de Jesús de esta Villa, le hago a dicho Colegio heredero perpetuo de dicha hacienda....”

D—Remate en la mortuoria de Rafael Martínez. 1769.

El 14 de noviembre de 1872 y mediante escritura pública número 2146 otorgada en Bogotá el doctor Domingo Zaldúa protocolizó el original de un certificado expedido por don Cayetano Núñez, Alcalde Ordinario más antiguo de la Vi-

lla de Honda, expedido el 25 de junio de 1770, en el cual dicho Alcalde hace constar: que en su Juzgado “se siguieron autos sobre la mortuoria, inventario, avalúo, y cobro de bienes de Rafael Martínez, negro libre, y entre sus bienes consta unas *Tierras, Cacauales y Platanales*. Sitá en el río abajo de la Magdalena; dichas tierras se hallan en el paraje de Sacamujer, jurisdicción de esta Villa, y *tierras que eran de los jesuitas y hoy son de su mortuoria*, comprendiéndose un negro llamado José Pastor.... Y para cubrir las mandas y legados de dicho Rafael Martínez se sacaron a pública subasta sus bienes, que la mayor parte y más pingüe de ellos la dichas tierras, site con el negro José y más anexos a ella. Lo cual por remate público celebrado por mi antecesor y el nominado Escribano de Cabildo se remató en el año pasado de mil setecientos i nueve, El Juan José García por cantidad de setecientos pesos en calidad de traspaso; y como éste no constase de los autos a continuación de ellos remate por estar ausente El Juan José García no constar depósito ni entrega de la plata. En solicitud de este defecto, proveí el auto que consta al reverse, de la foja 18 auto con citación, consta ser de cargo, del Albacea de dicho Rafael Martínez la responsabilidad de todo juicio por haberse verificado a su favor el traspaso de dicha hacienda, con las demás que incluye. Y de pedimento del expresado Albacea don Manuel Martínez Zaldúa Pa. qe. se le entregue el resgdo. de insto. de propiedad. Doy la presente certificación con inserción del remate y demás diligencias que su tenor a la letra es el siguiente:....”

E—Remate de temporalidades—1772.

En copia expedida por el señor Jefe del Archivo Nacional, tomada del expediente sobre “*pregones y remates de los bienes raíces que fueron de los regulares extrañados de la Compañía de la Villa de Honda*” figuran varias diligencias de remate de bienes de temporalidades hechos por la Junta Municipal de Temporalidades de Honda en los años de 1770 y siguientes. En dicha copia aparece un remate efectuado el 9 de diciembre de 1772 de las tierras “del río abajo de la Magdalena desde el río Claro hasta la quebrada de Cocorná en cantidad de setenta pañacones al contado”. El remate fue adjudicado a don Manuel Martínez Zaldúa, por setenta pesos.

El mismo día se hizo otro remate a favor de don Pedro Bravo, de las tierras “del río abajo de la Magdalena que llaman del río de La Miel hasta el río Claro, en cantidad de veinticinco pesos al contado”. A los rematadores se les advirtió que no se les daba posesión ni títulos de propiedad “interin no viniese confirmación de este remate por la Junta General de la ciudad de Santa Fe”.

Llegado el expediente de los remates a Bogotá para obtener su aprobación, el Fiscal Moreño y Escandón, en informe de 5 de mayo de 1775, se opuso a que se aprorbaran los remates por las causas que allí expuso; una de las cuales era la de que se habían hecho varios remates de fincas por precios menores del avalúo. (La finca rematada por don Manuel Martínez Zaldúa consta que estaba avaluada en noventa pesos y se remató por setenta). Las autoridades de Bogotá aceptaron las observaciones del Fiscal y devolvieron el expediente a Honda. Consta luego que con fecha 11 de octubre de 1776 la Junta de Temporalidades de Honda remitió nuevamente a la de Santa Fe "un pliego que contiene diez y siete cuadernos de los remates de las haciendas números 1 a 4, y 10 a 19, tres de solares y los de las tierras de la Mesa de Timoteo, Moyupo y San Cayetano; quedándose finalizando los de las restantes fincas".

En septiembre de 1777 el Fiscal, refiriéndose al expediente anunciado en la parte transcrita, conceptuó lo siguiente respecto de la aprobación de los remates de que daba cuenta el referido expediente:

"El Fiscal dice: que a consecuencia de su anterior respuesta de 5 de mayo y decreto en conformidad proveído en diez del mismo de mil setecientos setenta y cinco, se han subsanado por la Junta Municipal de Honda los defectos que opuso a los remates celebrados de las casas y tiendas, verificándose en la cantidad de su avalúo o, con exceso, en cuya virtud se ha de servir la Junta aprobar dichos remates desde el número 1 hasta el 19, improbando el de El Tejar, y tierras hecho en don Ignacio Dulcey y demás de que por separado tratan en sus respectivos expedientes, y mandando se comunique la orden respectiva a dicha Junta Municipal para resguardo de los rematadores de dichas casas y tiendas, como también del solar de ochenta varas rematado en ciento cuarenta pesos de su avalúo, y de las tierras nombradas de la Mesa de Timoteo en 120 pesos del contado en que estaban avaluadas, e igualmente de las tierras nombradas Moyuco en don Francisco Moncalean, y las nombradas San Cayetano en doña María de la Soledad Bonillas, por estar unas y otras vendidas en su avalúo, y por la misma razón merecen lugar a aprobación el remate de las tierras nombradas el río de La Miel hecho en don Pedro Bravo, el del solar de la calle de las Trampas celebrado en don Francisco Torrente, sin perjuicio de la apelación que con distinto motivo tiene interpuesta...."

El 12 de mayo de 1778 la Junta de Santa Fe aprobó los remates a que se refería el Fiscal en los siguientes términos:

"En conformidad de lo expuesto por el señor Fiscal, se aprueban los remates celebrados por la Junta Municipal de la Villa de Honda, de las casas, tiendas, solares y tierras que se expresan en su antecedente vista, mediante a haberse subsanado los defectos que anteriormente le propuso, anotándose así en cada uno de sus respectivos expedientes, y participándose de esta resolución a dicha Junta para que disponga el que a cada uno de los rematadores e interesados se les ponga en posesión de las fincas, y proceda la recaudación de los intereses que fueren de su cargo."

La aprobación anterior, como claramente se deduce de lo transcrito, no comprendió las tierras rematadas el 9 de mayo de 1772 por don Manuel Martínez Zaldúa, remate que según está visto se improbo por las observaciones del Fiscal y no fue de los que resultaron aprobados por el auto transcrito del 12 de mayo, a diferencia del remate hecho por don Pedro Bravo, que sí quedó aprobado y respecto del cual el Fiscal en su memorado concepto del 5 de mayo de 1775 había advertido que podía ser aprobado desde entonces, por haberse hecho en 25 pesos, cantidad en que estaban avaluadas las tierras del río de La Miel.

F—La sucesión de don Manuel Martínez Zaldúa. 1794.

En el año de 1794 murió en Honda don Manuel Martínez Zaldúa, y antes había otorgado testamento en el que declara que tiene varios hijos, a quienes instituye herederos, uno de los cuales se llama Bruno.

En el inventario de los papeles y documentos que tenía don Manuel, y que confeccionó el Alcalde de Honda, éste encontró: "Item instrumento de propiedad de la estancia de Sacamujer y el negro Josef."

G—Testimonios sobre los linderos de las tierras. 1825.

En el instrumento público número 2146, otorgado en Bogotá el 14 de noviembre de 1872 ante el Notario 29, instrumento del cual se habló antes y que contiene la protocolización del certificado expedido por don Cayetano Núñez respecto al remate efectuado en la mortuoria del negro Rafael Martínez también se protocolizó por el doctor Domingo Zaldúa el original de tres declaraciones pedidas por Bruno Martínez Zaldúa, de los señores Eugenio María Cárdenas, Manuel Palacio y Santiago Torres; en el año de 1825, el 11 de octubre, ante el Juez de Buenavista, respecto de los linderos de los terrenos denominados Sacamujer. En el interrogatorio para los testigos suscrito por Bruno Martínez pide que los testigos declaren:

"...2º Diga en donde sitan las tierras nombradas Sacamujer y cuáles son los linderos de éstas, expresándolo con individualidad tanto lo del frente como lo del costado y espalda. 3º Si conocieron como poseedor en propiedad de dhas. tierras a mi difunto padre Manl. Martins, Zaldúa. 4º Si les es constante q. pr. muerte de éste y en virtud de aberme sedido pr. los albaceas en parte de mi legítima como heredero forzoso estoy poseyendolas pasíficamente hase el espacio de veinte años manteniendo en ellas una estancia de cacao al cuidado de un esclavo nombrado José Secundino Pastor conosido con el nombre de Columbino."

El testigo Manuel Palacio, cuya declaración es más o menos igual a las de Cárdenas y Santiago Torres, dijo:

"...Que las tierras nombradas Sacamujer están en jurisdicción de este sitio acia la parte de avajo del Magdalena como dos o tres leguas distantes de él, qe. los linderos que a dichas tierras le ha conocido y ha oído decir a sus antepasados son los siguientes: pr. el frente el río de la Magdalena; pr. el cotado de arriba el Río Claro subiendo éste hasta encontrar con una serranía y atravesando ésta por toda su cima hasta dar con la quebrada o Río de Cocornal es el lindero de la espalda, y desde este punto agua avajo pr. dha. quebrada de Cocorná hasta su desagüe en el Magdalena es el lindero del costado de abajo; a la tercera y cuarta pregunta dijo ser verdad su contenido."

El funcionario que recibió las declaraciones extendió a continuación de ellas este certificado:

"*Certificamos:* que sobre las cuatro preguntas constantes en el anterior escrito nos contraemos a lo expuesto en su contestación por los testigos Eugenio María Cárdenas, Manuel Palacio y Santiago Torres, por ser todo cierto y verdadero pr. pública voz y fama en todo este vecindario, y el de Nare con quienes son colindantes las expresadas tierras de Sacamujer, y en virtud de lo mandado en el anterior decreto damos la presente en este dho. sitio a doce de octubre de mil ochocientos veinte y cinco."

II—Arrendamiento de las tierras de Sacamujer. 1850.

Ante el Escribano Público de la ciudad de Honda y testigos instrumentales, el 23 de abril de 1850 se extendió un contrato de arrendamiento otorgado por Bruno Martínez Zaldúa a los señores Salustiano Torres y Pastor Moreno de las tierras denominadas Sacamujer o Puerto Viejo, que le pertenecían al primero "por herencia paterna según consta de escrituras y demás documentos que parán en su poder y que han examinado los arrendatarios"; y especificando las

tierras, agrega el documento, que se hallan "ubicadas a la margen occidental del río Magdalena en jurisdicción del distrito parroquial de Nare, provincia de Mariquita, y sus linderos según los documentos mencionados, son: el mismo Magdalena por el frente; el río Claro por el costado de arriba, y el Cocorná por el de abajo, y en cuanto al centro una pequeña loma que corta ambos ríos, no estando este último lindero bien demarcado por lo fragoso y elevado del bosque con que se hallan cubiertas dichas tierras". Este contrato de arrendamiento se estipuló por el término de nueve años.

I—Sucesión de Bruno Martínez Zaldúa—1873.

En el juicio mortuorio de Bruno Martínez Zaldúa protocolizado en instrumento número 708 de fecha 24 de diciembre de 1873, de la Notaría de Bogotá, el partidor adjudicó a cada uno de los herederos Pedro Zaldúa, Francisco Zaldúa, Dolores Zaldúa, Domingo Zaldúa, Guillerma Zaldúa, Manuela Zaldúa, María J. Zaldúa, Filomena Zaldúa, Vicenta Zaldúa, María P. Zaldúa, Mercedes Zaldúa y José María Zaldúa, sendos derechos "en el terreno llamado Cocorná situado en el Estado de Antioquia".

J—Resolución administrativa que declara no ser de propiedad nacional los terrenos de Cocorná y Sacamujer.

El 7 de mayo de 1907 el Ministerio de Obras Públicas dictó una resolución, publicada en el *Diario Oficial* número 12951, del día 18 del mismo mes, en que con base en los títulos mencionados en las letras D, G e I, reconoció lo siguiente:

"No son baldíos o de propiedad nacional los terrenos de *Cocorná* o *Sacamujer*, situados en jurisdicción de Pensilvania o de Sonsón, antes de la de San Agustín de Buenavista, en el Departamento de Antioquia, comprendidos dentro de estos linderos: 'Por el frente, río Magdalena; por el costado o lado de arriba, el río *Claro*, subiendo éste hasta encontrar con una serranía (cordillera central) que atravesando ésta a lo largo por toda su cima hasta encontrar o dar con el río *Cocorná*, se tiene el fondo, por ser esta línea el lindero de la espalda, y desde este punto (dicho río *Cocorná*) aguas abajo, por la quebrada nombrada también *Cocorná*, hasta su desagüe en el río Magdalena, que es lindero del costado abajo.'

"Esta declaratoria se hace salvando los derechos civiles que por otros títulos puedan tener a los mencionados terrenos la Nación y los particulares, y que puedan hacer valer judicialmente como acciones o excepciones."

CAPITULO II

La interpretación legal que corresponde a los títulos.

Está claro que en el año de 1673, de acuerdo con la primera merced otorgada a Cristóbal Pantoja diéronsele a éste tres caballerías de tierra, las que debían ubicarse, según la petición de su hermano, río abajo del Magdalena, "desde la boca del río La Miel medidas hasta donde llegare por el dicho lado y por la parte de adentro, que es tierra inhabitable, montuosa y de muchas serranías hasta la parte que dicho mi hermano eligiere, o fuere necesario para el beneficio de la hacienda que poblare...."

La petición de tierras está pues circunscrita a tres caballerías, que debían ubicarse en las orillas del río de La Miel y río Magdalena, en los sitios que eligiera Cristóbal Pantoja. La posesión de las tierras concedidas en la merced dióse también con el mismo alcance. El acta de posesión es clara en el particular. Porque dice que Pantoja *aprehendió, de las dichas tres caballerías de tierras "que fueren útiles para labrarlas"*, lo siguiente: "Corriendo el río de La Magdalena abajo, en largo desde la boca del río de La Miel hasta la quebrada de Cocorná, y corriendo por las orillas del río de La Miel adentro hasta la quebrada de Samaná, las cuales dichas dos quebradas se señalan por linderos de dichas tierras."

La quebrada de Samaná, el río de La Miel y la quebrada de Cocorná, son corrientes de agua que hoy se identifican en todos los mapas oficiales y en los distintos planos que figuran en el expediente, con la única diferencia de que la llamada quebrada de Cocorná es en realidad un río que por la extensión inmensa que recorre debe ser de mayor caudal del que corresponde a las que hoy llámense quebradas. Según los mismos mapas la quebrada o río de Samaná es un afluente del río de La Miel, el cual a la vez desemboca en el Magdalena, muchos kilómetros arriba de la desembocadura del río Cocorná, que nace en el macizo de la cordillera.

De consiguiente, interpretando los términos que empleó Francisco Pantoja para solicitar la merced de tierras en favor de su hermano, solicitud en la cual expresa además que se pretendía "plantar cantidad de arboleda de cacao en las orillas del río grande de La Magdalena", y los términos del acta de posesión de las tierras concedidas en merced, llégase a la conclusión clara de que a Cristóbal Pantoja se le otorgó el derecho de escoger las tres caballerías en la región comprendida entre los ríos Samaná, La Miel, Magdalena y Cocorná, en las partes adecuadas

para los cultivos que quería establecer Cristóbal Pantoja, sobre la orilla del río Magdalena.

La merced otorgó así las tierras en una forma indeterminada, en la misma forma en que se hizo la entrega. Al hacer ésta no se midieron las tres caballerías que se habían otorgado ni se escogieron los sitios respectivos. Se dejó en libertad a Pantoja para que escogiera él las tierras adecuadas en una extensión de tres caballerías. En manera alguna las corrientes de agua indicadas en el acta de posesión señalan los límites de la merced, pues de haber sido esa la intención del peticionario y de la autoridad, de un lado el primero no hubiera limitado el pedimento a tres caballerías, y de otro, lo natural hubiera sido que al expedirse la concesión se hubieran señalado como límites de ella los ríos que luego se mencionaron en la diligencia de entrega, diligencia en la que se insiste que la merced es de tres caballerías.

La composición concedida en el año de 1702 confirma aún más la interpretación de los documentos anteriores. En efecto, en el pedimento de composición Cristóbal Pantoja dice que presenta "los títulos y merced de seis caballerías de tierras que poseo en las orillas del río grande, río adentro de La Miel, las cuales con gran trabajo y disipación de mi caudal he puesto parte de ellas en el estado que al presente se hallan con la labor y plantaje de cacao".

De consiguiente, en el año de 1702 Pantoja ya había elegido el lugar de ubicación de las tres caballerías, que era en las orillas del Magdalena río adentro de La Miel, río éste que además establecía una línea de separación con las otras tres caballerías que habíansele dado en el año de 1676, por la segunda merced citada en la letra B.

Por el testamento que otorgó Cristóbal Pantoja en el año de 1735 y que armoniza muy bien con la interpretación que se le da a los títulos anteriores, se ve que por aquel año Pantoja había utilizado las seis caballerías que se le habían dado en merced a lado y lado del río de La Miel, fundando una hacienda "donde tengo más de cuarenta piezas de esclavos, con diez y ocho mil quinientos pies de cacao nuevo que empieza a dar fruto, sin los que se hallaren antiguos de la arboleda vieja"; y repite que la extensión de la hacienda es de seis caballerías cuando agrega: "con seis caballerías de tierra, que constan de los títulos, y están compuestas con Su Majestad".

Pantoja, pues, en el año de 1735 se consideraba apenas dueño de las seis caballerías que se le habían dado en merced, tres en la orilla izquierda del río de La Miel y tres en la orilla derecha del mismo río. Este testimonio de 1735, da-

do por el propio Pantoja en su testamento, es de innegable valor por cuanto acredita que él solamente se atribuía la propiedad de tres caballerías en cada una de las bandas del río de La Miel y que las mercedes sólo le daban derecho a seis caballerías en total. Es la mejor y más autorizada interpretación de los títulos, puesto que proviene del propio interesado. Esto lo manifestaba Pantoja más de cincuenta años después de que las mercedes le fueron otorgadas y cuando ya estaba trabajando y explotando las respectivas tierras y había fundado una hacienda. Es inverosímil que una hacienda en el año de 1735 pudiera comprender las vastas e ilimitadas regiones demarcadas por los ríos que se mencionaron en la diligencia de posesión, ríos que por consiguiente no se citaron en el acta de posesión en calidad de linderos de las tierras que se otorgaron a Pantoja, sino como indicación de la región en donde él podía elegir las tres caballerías.

Está visto y explicado que la diligencia de remate de tierras de temporalidades efectuado en el año de 1772 por don Manuel Martínez Zaldúa aparece desaprobado por las autoridades de Bogotá. Esa diligencia carece de valor demostrativo de que don Manuel Martínez Zaldúa remató efectivamente las tierras "del río abajo de la Magdalena desde el río Claro hasta la quebrada de Cocorná". Estas tierras que se pretendieron sacar a remate en 1772 no podían ser las mismas comprendidas por las mercedes otorgadas a Cristóbal Pantoja en los años de 1673 y 1676, pues ya se vio cómo el mismo Pantoja en 1735 declara que las seis caballerías a que se refieren esos títulos estaban ubicadas en las orillas del río de La Miel; y era imposible que las tres caballerías que él poseía por la primera merced alcanzaran a extenderse siquiera hasta el río Claro, mucho menos hasta el río Cocorná cuya desembocadura está en el Magdalena bastantes kilómetros abajo de la desembocadura del río de La Miel.

Es cierto que Cristóbal Pantoja dice en su testamento de 1735 que deja en herencia las seis caballerías a la Compañía de Jesús. Empero de que posteriormente, en el año de 1772, se estén rematando como de propiedad de los jesuitas las tierras ubicadas "del río abajo de la Magdalena desde el río Claro hasta la quebrada de Cocorná" no se concluye que el origen de estas tierras de temporalidades provenga de las mercedes otorgadas a Cristóbal Pantoja, pues como se ha visto, la extensión de estas mercedes era muy limitada; y además, ya se conoce la región donde aquél eligió sus tres caballerías, la cual en los mapas se ve muy distante de los ríos Claro y Cocorná; fuera de que los jesuitas podían poseer estas tierras por títulos originarios

distintos de los de las expresadas mercedes de Pantoja.

Aun en la hipótesis de que se hubiera establecido la aprobación del remate de temporalidades hecho en el año de 1772, este título por la vaguedad e indeterminación de sus linderos no ofrecería base seria tendiente a demostrar que se hubiera rematado todo el globo de tierra deslindado por el río Claro, el Magdalena, el Cocorná y la línea que separa el nacimiento del río Claro y el Cocorná. En efecto, al decir el acta que se remataban las tierras "del río abajo de la Magdalena desde el río Claro hasta la quebrada de Cocorná", queda por descubrir el interrogante de cuál fue la verdadera extensión territorial que se quiso rematar, pues con las indicaciones expresadas apenas señalanse puntos terminales sobre las corrientes de aguas del río Claro y el Cocorná, tal vez de una zona de tierra situada sobre las riberas del río Magdalena; pero aun entendiéndolo que lo rematado cubrió la zona expresada, todavía quedaría por establecer la anchura de tal zona en su fondo, cuestión que es fundamental para determinar qué fue lo rematado. Para comprender la trascendencia que tiene el dato de la mencionada anchura basta considerar que ella podría tener desde unos pocos metros hasta centenares de kilómetros. De manera que por esta causa no puede quedar al arbitrio del juzgador ni de las partes interesadas el señalamiento preciso de la línea del fondo, porque con este procedimiento se cerraría caprichosamente el polígono; y ello es arbitrario e injurídico.

En el año de 1794, con motivo de la muerte de don Manuel Martínez Zaldúa, la autoridad practicó el inventario de los papeles y documentos que el difunto tenía, entre los cuales encontró un instrumento de propiedad "de la estancia de Sacamujer y del negro Joseph". Este dato coincide con la noticia que suministra el documento mencionado en el punto D. Se recordará que en 1769 don Manuel Martínez Zaldúa, según dicho documento, remató en la mortuoria de Rafael Martínez unas tierras situadas en el paraje de Sacamujer, jurisdicción de la Villa de Honda, "comprendiéndose un negro llamado Joseph Pastor". Faltan datos en el proceso para localizar dónde quedaban estas tierras de Sacamujer. Pero en todo caso, tenían que ser distintas de las que en 1772 pretendió rematar el mismo Martínez Zaldúa como bienes de temporalidades, pues es inconcebible que don Manuel estuviera rematando en 1772 lo que ya había adquirido tres años antes en la mortuoria de Rafael Martínez.

Según la noticia que suministra el documento protocolizado en la escritura pública número 2146, otorgada en Bogotá el 14 de noviembre de

1872, escritura de que se hizo mérito en la letra G, en el año de 1825, por petición de Bruno Martínez Zaldúa, presentáronse ante el Juez de Buenavista los testigos Manuel Palacio, Eugenio María Cárdenas y Santiago Torres, quienes al decir del documento protocolizado, declararon que las tierras de Sacamujer que fueron de Manuel Martínez Zaldúa y luego de su hijo Bruno, tienen estos linderos según lo que habían oído decir: "por el frente, el río de la Magdalena; por el costado de arriba, el río Claro, subiendo éste hasta encontrar con una serranía y atravesando ésta por toda su cima hasta dar con la quebrada o río de Cocorná, es el lindero de la espalda, y desde este punto agua bajo por dicha quebrada de Cocorná hasta su desagüe en el Magdalena, es el lindero del costado de abajo."

Respecto del documento anterior se observa que no obstante remontarse su origen a 1825, solamente vino a protocolizarse en el año de 1872, permaneciendo mientras tanto naturalmente en poder de particulares. Ningún dato ni referencia existe en el proceso que contribuya a arrojar indicios sobre su autenticidad. El hecho de que se hubiera protocolizado en escritura pública no le agrega veracidad, pues aun protocolizado queda por establecer la realidad de su origen. Pero asignándole algún mérito, y suponiendo que tuviese las características de los documentos públicos, es lo cierto que las tales declaraciones no sirven para el fin con que se han presentado, pues además de que los linderos territoriales no surgen por la simple virtualidad de unas declaraciones de testigos, éstos en el caso de las tierras de Sacamujer dieron el testimonio de los linderos por simples referencias de otras personas; a los testigos nada les consta por propia y directa percepción.

En el año de 1850 Bruno Martínez Zaldúa arrendó las tierras de Sacamujer a los señores Salustiano Torres y Pastor Moreno, según el documento de la letra H. El documento trae para las mencionadas tierras los mismos linderos contenidos en el documento de las declaraciones de los tres testigos. Mas el contrato de arrendamiento por sí solo nada prueba en contra del Estado ni acredita que las tierras de Sacamujer a que se refiere el contrato correspondan por sus linderos a las tres caballerías que se le otorgaron a Pantoja en el año de 1673.

La alinderación suministrada en 1850 es como la de 1825, el producto unilateral de una afirmación, sin respaldo probatorio en otros elementos de mayor consistencia y que procedieran del Estado, o aclararan documentos otorgados por el Estado.

Por último, se llega a la resolución administrativa dictada el 7 de mayo de 1907 por el Mi-

nisterio de Obras Públicas, en que esta entidad declaró no ser de propiedad nacional los terrenos de Cocorná y Sacamujer, por linderos que coinciden con los expresados en el documento de arrendamiento de 1850 y las declaraciones de 1825. La Corte, en repetidos fallos, ha calificado ya el alcance negativo de esta clase de resoluciones, en orden a constituir decisiones obligatorias de la propiedad de las tierras. Ni con tal alcance se dictaron esa clase de resoluciones, pues basta releer la que en este negocio se presentó para deducir que en ella se dejaron a salvo los derechos de la Nación a ejercer las acciones civiles que le corresponden: "Esta declaratoria se hace —dice la resolución— salvando los derechos civiles que por otros títulos puedan tener a los mencionados terrenos la Nación y los particulares, y que puedan hacer valer judicialmente como acciones o excepciones."

Subsidiariamente se alegó la prescripción adquisitiva de las tierras materia de la oposición ganada desde antes de 1873. Para fundar esta prescripción no hay elemento probatorio de ninguna clase. Se ha visto que el título de Pantoja, que si es emanado del Estado, cubre solamente tres estancias cuya ubicación debe hacerse sobre el río de La Miel. Los demás documentos son totalmente innocuos y sin valor.

Además de lo expuesto, ningún elemento distinto de los examinados se ha presentado para probar prescripción, que requiere condiciones especiales para su realización, como la explotación de las tierras que se dicen prescritas en el lapso suficiente para operar su adquisición.

CAPITULO III

Sentencia.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA que es INFUNDADA la pretensión de la Richmond Petroleum Company of Colombia y de los demás opositores, a oponerse a la celebración del contrato para exploración y explotación de petróleo en el lote de terreno a que se contrae la propuesta hecha al Gobierno, de que se habló al principio de esta sentencia.

Publiquese, cópiese, notifíquese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

José M. Blanco Núñez, Anibal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Representantes legales de los Departamentos en las acciones judiciales contra éstos.

Los representantes legales de los Departamentos en las acciones judiciales que se les promueven ante los Tribunales Superiores, son los Fiscales de los mismos Tribunales, de acuerdo con la clara disposición del numeral 3º del artículo 176 del Código Judicial.

Los Gobernadores son los agentes administrativos de los respectivos Departamentos, los personeros encargados de dirigir la labor económica y de policía, en cuyas funciones pueden comprometer el patrimonio departamental. En ejercicio de la atribución que se les reconoce como supremos administradores de los bienes de sus secciones, se les puede solicitar la satisfacción de una deuda, pero no se hacen parte en el juicio que se promueve contra el Departamento por la deuda cobrada.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá. veinticinco de junio de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Anibal Cardoso Gaitán).

El señor Efraím Burbano B., en memorial de veintisiete de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, demanda por la vía ordinaria ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto al Departamento de Nariño, por suma de pesos, proveniente de sueldos devengados por empleados de la entidad demandada y que el actor obtuvo por cesión de ellos.

Pidió, en efecto, que por el Tribunal se hicieran las siguientes declaraciones:

“Primera. Que en mi condición de cesionario de las cuentas y nóminas que paso a indicar, soy yo el dueño de esos documentos y por lo mismo dueño también de los valores que ellas representan: . . .

“Segunda. Que el Departamento de Nariño, de la República de Colombia, representada esta entidad administrativa por el señor Gobernador del Departamento, en la actualidad doctor Héctor Martínez Guerra, está en la obligación de pagarme inmediatamente que se ejecutorie la

sentencia, la suma de dos mil seiscientos sesenta pesos con treinta centavos (\$ 2.660.30), moneda colombiana, valor a que ascienden las nóminas que he indicado en la primera petición de esta demanda en mi condición de cesionario de todos esos instrumentos de crédito por sus respectivos dueños.

“Tercera. Que el Departamento de Nariño está en la obligación de pagarme los intereses respectivos a razón del seis por ciento anual, a partir del día en que esos documentos de crédito fueron exigibles.

“Cuarta. Que en caso de oposición se obligue al Departamento de Nariño, al pago de gastos y costas de este juicio.”

De la demanda —que el Tribunal consideró propuesta contra el Gobernador, y no contra el Departamento, como lo reza el libelo, se dio traslado a aquél (folio 13, cuaderno número 2), quien la contestó y continuó apersonado del negocio hasta el auto de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, que ordenó correrle traslado del expediente al señor Fiscal del Tribunal para que alegara de conclusión.

Presentado el alegato por el señor Fiscal, el Tribunal del conocimiento declaró, en providencia de veintiséis de octubre del año próximo pasado, que la acción incoada por Efraím Burbano B. contra el Departamento de Nariño es improcedente por haberse demandado al Gobernador como representante del Departamento.

De este auto apeló el actor, motivo por el cual subió el asunto a la Corte. Ante esta Superioridad pidió el señor Procurador Delegado en lo Civil que se decretara la nulidad de lo actuado en el juicio, por ilegitimidad de la personería.

Como tanto la tramitación del recurso de apelación, como la del incidente de nulidad propuesto por el Procurador Delegado se encuentran debidamente concluidas, se procede a resolver lo que sea del caso.

La interpretación que desde un principio dio a la demanda el Tribunal *a quo*, que la consideró dirigida contra el señor Gobernador de Nariño y no contra el Departamento como persona jurídica de derecho público, es equivocada, pues el libelo en su encabezamiento dice: “demando

en juicio ordinario de mayor cuantía al *Departamento de Nariño, de la República de Colombia*. Lo cual era suficiente para que el Tribunal no vacilara en llevar al conocimiento del representante legal del Departamento ante esa entidad, o sea el señor Fiscal, la acción instaurada; máxime cuando el actor solicitaba que con *anuencia* del Ministerio Público se decretasen las peticiones exigidas.

El verdadero sentido de la demanda se aclaró a los seis meses de iniciada la acción, cuando el doce de agosto de mil novecientos cuarenta y dos se le dio traslado al Fiscal para que alegara de conclusión, y cuando ya toda la actuación se había seguido con el señor Gobernador, como demandado.

El tribunal explica lo ocurrido, en el auto que declara la improcedencia de la acción, así: "*Actuación*. Por auto de seis de abril, este Despacho admitió la mencionada demanda y dispuso correr traslado al señor Gobernador, con anuencia del señor Fiscal. En cumplimiento de este mandato el señor Secretario de la Sala Civil *corrió traslado a dicho funcionario, mas no al señor Fiscal del Tribunal*. El señor Gobernador descorrió el traslado en oficio de 24 de abril, y manifestó que se oponía a las peticiones del demandante. En consecuencia, *el juicio se rituó entre el señor Burbano, como sujeto activo, y el señor Gobernador, como sujeto pasivo de la relación jurídica procesal.*"

A esta interpretación de la demanda llegó el Tribunal por la alusión que en ella hace el demandante, cuando refiriéndose al Departamento accionado, manifiesta: "representada esta entidad administrativa por el señor Gobernador del Departamento, en la actualidad, doctor Héctor Martínez Guerra", aunque a continuación pedía el actor que se citara al Ministerio Público.

La Corte, en esta oportunidad, repite que los representantes legales de los Departamentos en las acciones judiciales que se les promuevan ante los Tribunales Superiores, son los Fiscales de los mismos Tribunales, en acatamiento de la clara disposición número 176, numeral 3º, del Código Judicial, que reza: "Son funciones judiciales de los Fiscales de los Tribunales Superiores: . . . 3º Promover y sostener las acciones necesarias para la defensa de los bienes e intereses del Estado o del Departamento, en asuntos de la competencia de los Tribunales Superiores respectivos, y representar al Estado o Departa-

mento en las acciones que contra ellos se dirijan o que deben ventilarse ante dichos Tribunales, observando las instrucciones que se le den". Y los Gobernadores son los agentes administrativos de los respectivos Departamentos; los personeros encargados de dirigir la labor económica y de policía, en cuyas funciones pueden comprometer el patrimonio departamental. En ejercicio de la atribución que se les reconoce como supremos administradores de los bienes de sus secciones, se les puede solicitar la satisfacción de una deuda, pero no se hacen parte en el juicio que se promueva contra el Departamento por la deuda cobrada.

Por lo anteriormente visto, y estando establecido en los autos que la acción impetrada por Efraim Burbano B. contra el Departamento de Nariño fue notificada al Gobernador de aquel Departamento, por haberse creído erradamente que el demandado era el propio señor Gobernador, como aparece del auto de seis de abril de mil novecientos cuarenta y dos, que dice: "Admitase la anterior demanda propuesta por el señor Efraim Burbano B., *contra el señor Gobernador del Departamento, doctor Héctor Martínez Guerra*", o que el señor Gobernador era el representante legal del Departamento ante el Tribunal Superior, y que este funcionario contestó la demanda y siguió actuando en calidad de demandado en todo el juicio, es procedente declarar la nulidad de lo actuado desde el auto que dio traslado de la demanda al Gobernador del Departamento, por ser evidente que se tramitó el negocio contra persona no llamada legalmente a responder en el pleito.

La demanda no puede declararse improcedente como lo hace el Tribunal, pues ella fue indebidamente tramitada, pero no irregularmente propuesta.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, revoca el auto de veintiséis de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, y en su lugar, declara la nulidad de lo actuado en el juicio desde el auto en que se da traslado de la demanda.

Notifíquese, cópiese, devuélvase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

José M. Blanco Núñez, Anibal Cardoso Gaitán. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleo. Prescendencia de pruebas. - Identificación de predios. - Condición a que quedaban sujetas las tierras realengas en virtud de la cédula de San Ildefonso, de 1780.

1. En materia de prescendencia de pruebas en asuntos civiles, las normas que rigen en la legislación colombiana están supeditadas a la voluntad de las partes, siempre que ésta no sea contraria al orden público y a las buenas costumbres.

2. Son varias las decisiones de la Sala en el sentido de dejar establecido que es esencial que las tierras a que se refieren los correspondientes avisos y oposiciones a las propuestas sobre exploración y explotación de petróleo, se determinen y concreten claramente por sus linderos, cabida y demás particularidades que puedan hacerlas conocer fácilmente, y que cuando esto no es posible con sólo los títulos y documentos presentados, entonces se hace necesaria la respectiva identificación por medio de una localización de ellas en el sitio en que se afirma están situadas, pues, como ya lo dijo la Corte, cuando existen tales motivos de duda o discrepancia provenientes de los títulos, es esta localización del predio, en el terreno, la que acredita su existencia real, su realidad procesal, topográfica y geográfica, la cual puede ser distinta de la existencia, meramente abstracta o teórica, de que da cuenta el correspondiente título que se invoca como prueba de la existencia real de ese predio y como generador del derecho de dominio que en él se pretende.

3. De la Cédula de San Ildefonso, de 2 de agosto de 1780, se ve bien claramente que las tierras baldías o realengas que el Rey concedía a los pobladores de estas comarcas o regiones, quedaban sujetas a la obligación de ser desmontadas, cultivadas, medidas y determinadas por linderos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio catorce de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

Ante el Ministerio del ramo, el señor Jaime Samper formuló, con fecha trece de enero de mil novecientos cuarenta, propuesta de contra-

to para la exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional en un lote o globo de tierras de cuarenta y tres mil quinientas hectáreas (43.500), situado en el Municipio de Pivijay, Departamento del Magdalena.

Admitida tal propuesta por el Ministerio, según Resolución de fecha nueve de abril de mil novecientos cuarenta, dentro del respectivo término de los emplazamientos, el doctor Luis Enrique Cuervo, obrando en nombre del Municipio de Pivijay y de la "Comunidad de Candelaria o Condueños", el primer opositor, o sea el Municipio de Pivijay, en relación con los terrenos denominados "Cañaverales altos de San Nicolás, río San Sebastián de Sierra Nevada, sus derramaderos y playones", dentro de los cuales se halla el sector llamado "San Matías", y el segundo opositor, o sea la "Comunidad de Candelaria o Condueños", en relación con el globo llamado "Candelaria o Condueños".

Después de los informes de los Servicios Técnico y Legal del Ministerio de Minas y Petróleos, en sentido desfavorable a las oposiciones "por no existir la superposición señalada por el oponente", como existente entre las tierras de la propuesta y las de las oposiciones, el Ministerio, en Resolución de siete de mayo de 1941, dispuso enviar las mencionadas oposiciones a esta Superioridad para que ella decida si son o no fundadas.

Ante esta Sala de Negocios Generales de la Corte, el doctor Luis Enrique Cuervo, con el carácter ya expresado, formalizó del siguiente modo las oposiciones de que se viene hablando:

"Yo, Luis Enrique Cuervo, mayor y vecino de Bogotá, abogado inscrito, en ejercicio de la representación del Municipio de Pivijay y de los condueños de Candelaria, domiciliados en el dicho Municipio, uno y otras personas capaces para comparecer en juicio, y de quienes tengo recibidos los correspondientes poderes, que obran en autos, demando conjuntamente a la Nación y al señor Jaime Samper, la primera representada por el señor Procurador Delegado en lo Civil, y el segundo por el doctor Ricardo Ospina, cuyas condiciones civiles constan de autos, para

que, con su citación y audiencia se hagan, mediante los trámites del juicio sumario, propio de la legislación especial del petróleo, las siguientes declaraciones:

"1.—Peticiónes.

"a) Que no puedan ser materia del contrato que propone celebrar con el Gobierno Nacional el señor Jaime Samper, sobre exploración y explotación de petróleos nacionales, los terrenos que el área de la propuesta cubre, pertenecientes a mi parte, llamados *Cañaverales altos de San Nicolás, río San Sebastián de Sierra Nevada, sus derramaderos y playones*, ubicados en jurisdicción de su propietario, el Municipio de Pivijay, en el Departamento del Magdalena, y determinado por los siguientes linderos: 'Por el Norte, con el río San Sebastián de Sierra Nevada, hoy río Fundación, y con el caño de Palenque; por el Oeste, del caño de Palenque, siguiendo hacia el Sur, por el límite de las tierras bajas (inundables), hasta encontrar las tierras de Candelaria o Condueños, hasta el punto de arroyo de Sabaneta; de este punto se sigue al Oeste por el lindero de las dichas tierras de Candelaria o Condueños, hasta dar con el lindero oriental de las tierras que fueron de don Fernando de Mier y Guerra, denominadas El Juncal e Islas Canarias; se sigue por todo el lindero de las dichas tierras de El Juncal e Islas Canarias hacia el Sur, hasta encontrar tierras del Municipio de Cerro de San Antonio, y por este lindero hasta el Municipio de Tenerife; por el Sur, con los Municipios de Tenerife y Plato; por el Este, se sigue hacia el Norte a buscar el río San Sebastián, en la boca del brazuelo de éste, que es lindero de los terrenos de San Matías.'

"b) Que no puede ser materia del contrato que propone celebrar con el Gobierno Nacional el señor Jaime Samper, sobre exploración y explotación de petróleos nacionales, *los terrenos que el área de la propuesta cubre*, pertenecientes a mi parte, llamados *San Matías*, ubicados en jurisdicción de su propietario, el Municipio de Pivijay, en el Departamento del Magdalena, y determinado por los siguientes linderos: 'Partiendo del arroyo de Sabaneta o Sabanetas, primer lindero, rumbo nordeste, midiendo cuatro mil novecientas varas (4.900) castellanas, siguiendo al Norte, cuarta al Nordeste, midiendo quince mil cuatrocientas cincuenta (15.450) varas, hasta llegar a la orilla del río San Sebastián, lindero segundo; de este punto, veintiocho mil setecientos setenta y cinco (28.775) varas, hasta la boca del brazuelo del río San Sebastián, tercer lindero; y de este punto al de partida, en línea quebrada, un total de cuarenta y cuatro mil quinientas (44.500) varas castellanas, con las cuales se cierra la figura.'

"c) Que no pueden ser materia del contrato que propuso al Gobierno Nacional el señor Jaime Samper, para explorar y explotar petróleos del Estado, los terrenos pertenecientes en dominio privado a mi parte, los condueños de la Comunidad de Candelaria, terrenos conocidos con este nombre, ubicados en jurisdicción del Municipio de Pivijay, determinados por los siguientes linderos: '(tomados de la mensura practicada en el año de 1773)... hice traer una cabuya que, medida en presencia de todos, tuvo cien (100) varas castellanas, la que, clavada en una estaca a las márgenes del Arroyo Salado y paso que nombran *de Cayetano*, se tendió y fue siguiendo por ángulo de setenta y seis grados (76) de Norte para el Este, por cuyo rumbo directo y según reglas del arte se midieron diez y nueve mil ochocientos cincuenta (19.850) varas, que terminaron en el paraje que nombran *Caño Ciego*, desde donde se siguió por el mismo rumbo, midiendo veintisiete mil trescientos cincuenta (27.350) varas que remataron en un *árbol grande y coposo de jobo*, el que se destinó para que los interesados pusiesen un perpetuo lindero o mojón y para su conocimiento se puso la marca en el expresado árbol, de dos cruces grandes, desde cuyo lindero se midió el rumbo del sur directamente y midieron once mil (11.000) varas, que terminaron en un *árbol de majagua*, y se les previno a los interesados por mí, tuviesen presente esta marca para segundo lindero del terreno, y siguiendo por el rumbo del Oeste directamente se midieron catorce mil ochocientas diez (14.810) varas, que se concluyeron en un *palo de ubero*, que por no internar la mensura a los límites de las tierras del maestro de campo don José Fernando, fue preciso traer el rumbo que lleva dicho, desde cuyo paraje del ubero, en donde se pusieron varias marcas y cruces para conocimiento del paraje, se mudó el rumbo de sesenta y seis (66) grados, por el que se midieron directamente siete mil (7.000) varas, que finalizaron en el *hato y casa de Soledad*, y en un *palo que nombran de Naranjito* se puso la marca como en los antecedentes, y desde cuyo paraje, siguiendo la medida por ángulo de treinta y cinco (35) grados del Norte para el Oeste, se midieron nueve mil (9.000) varas, que terminaron en el paraje en que se dio principio a esta mensura, con lo cual se concluyó esta medida.'

"d) Que, en consecuencia, son fundadas las oposiciones del Municipio de Pivijay y de los condueños de Candelaria, a la propuesta del señor Jaime Samper, sobre contrato de petróleos nacionales, hecha al Ministerio del ramo, y *debe excluirse, del área de tal propuesta, todo lo que corresponde a los terrenos de los opositores.*

"e) Que, en consecuencia, y como fundamento de dichas oposiciones, es de propiedad pri-

vada de los opositores demandantes el petróleo y demás hidrocarburos que existen o puedan existir en los terrenos a que se refieren las tres primeras declaraciones, y no estará sujeta la discusión de tal dominio a nuevo trámite por la vía sumaria, en caso de presentarse un aviso de exploración según lo ordena el artículo 28 de la Ley 37 de 1931, modificado por el artículo 7º de la Ley 160 de 1936.

"II.—Hechos.

"Son causa de esta demanda los mismos hechos que aparecen relacionados en detalle en los escritos de oposición del Municipio de Pivijay y de los condueños de Candelaria, hechos que se resumen así:

'a) El señor Jaime Samper formuló al Ministerio del ramo su propuesta número 98, para contratar la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, que existen o puedan existir en un sector de terreno de 43.500 hectáreas, ubicado en el Municipio de Pivijay, Departamento del Magdalena, y que se determina dentro de una figura regular según los rumbos y distancias que especifica la propuesta, relacionados con el punto cuyas coordenadas se expresan, y que aparecen publicados en el número 24.349 del *Diario Oficial* correspondiente al 26 de abril de 1940.

'b) El Ministerio aceptó dicha propuesta y ordenó darle la publicidad que la ley manda.

'c) Dentro de término competente me opuse como apoderado de los demandantes, Municipio de Pivijay, y condueños de Candelaria.

'd) Alegué que en el área de la propuesta del señor Samper *cube parte de los terrenos* de Cañaverales de San Nicolás, etc. y San Matías, del Municipio de Pivijay, y Candelaria de los condueños, representados por su administrador general Joaquín Miranda Lobo.

'e) Las tierras que hoy pertenecen al Municipio de Pivijay, y que se conocen con el nombre de Cañaverales altos de San Nicolás, río San Sebastián de Sierra Nevada, sus derramaderos y playones, salieron del dominio del Estado y no han sido recuperadas por el mismo, desde el año de 1776, es decir, mucho antes de la fecha de la reserva del petróleo.

'f) Las tierras que hoy pertenecen al Municipio de Pivijay y que se conocen con el nombre de San Matías, salieron del dominio del Estado y no han sido recuperadas por el mismo, desde el año de 1776, *como parte del sector de que trata el punto que precede*, es decir, como parte de Cañaverales altos de San Nicolás, etc., y luego se expidió otro título en 1796, que también exhibe hoy mi poderdante, fechas ambas muy anteriores a la de la reserva del petróleo por el Estado.'

'g) Las tierras que hoy pertenecen a la comunidad de Candelaria, conocidas con este nombre, salieron del dominio del Estado y no han sido recuperadas por éste, desde el año de 1774, es decir, mucho antes de la reserva del petróleo por el Estado.

"III.—Pruebas y derecho.

"Las pruebas de los hechos que acabo de resumir, constan en el expediente enviado a la Corte por el Ministerio, y en ellas fundo mi intención, *sin perjuicio de la solicitud final de esta demanda*.

"En derecho apoyo las peticiones de la presente demanda, citando como pertinentes al caso los artículos: 4º de la Ley 37 de 1931, en cuanto ordena el respeto de los derechos particulares sobre el petróleo de propiedad privada; 5º, 7º, y 10 de la Ley 160 de 1936, por lo que toca al derecho de oponerse a los contratos propuestos al Gobierno, sobre exploración y explotación de petróleos reputados como nacionales, documentos que prueban ante el Gobierno la propiedad privada del petróleo y definición de ésta; 669, 673, 762, 780 y 1518 del Código Civil, porque estos textos consagran la doctrina legal vigente sobre dominio, posesión y determinación del objeto de los actos jurídicos; 194, 205 y 1203 del Código Judicial, porque estos artículos dicen qué se entiende por juicio, por demanda, y sus requisitos, y señalan el trámite de los sumarios en que el Juez señala a su prudente arbitrio la manera de oír a las partes, sin perjuicio de las reglas y principios generales. Me reservo para el alegato comentar todas estas disposiciones y exponer su relación con mi pleito.

"IV.—Renuncia de términos y peticiones adicionales.

"Renuncio el resto del término señalado por vuestro auto para oír a cada uno de los opositores, a quienes represento.

"Para el caso de que se estime procedente ordenar traslado de mi demanda, la acompaño con sendas copias en papel común, autorizado por el artículo 200 del Código Judicial, destinadas al señor Procurador Delegado en lo Civil y al doctor Ricardo Ospina, por si ellos tienen a bien retirarlas y contestar el libelo.

"Y como del estudio practicado por el Ministerio de Minas y Petróleos resulta que pueden presentarse dudas en cuanto a la ubicación y determinación de los terrenos de mis poderdantes, pido desde ahora que se reciba la causa a prueba y que en ella se practique una inspección ocular, con peritos nombrados en la forma usual, mediante comisión al honorable Tribunal de Santa Marta, *con el fin de estudiar sobre*

el terreno y con ayuda de los documentos que obran en autos y de los demás que en la inspección se presenten, cuáles son los terrenos a que esta demanda se refiere, identificándolos por su situación y linderos y calculando su extensión aproximada."

El señor Procurador Delegado en lo Civil contestó así, a nombre de la Nación:

"En nombre del Estado me opongo a que se hagan las declaraciones pedidas por el doctor Luis Enrique Cuervo, como apoderado de los opositores en su libelo presentado a esa honorable Sala el 9 de junio del corriente año, mientras no se pruebe por medios legales idóneos que los terrenos a que se refiere la oposición salieron legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873; que los opositores son los actuales propietarios de dichos terrenos, y que la propuesta del señor Jaime Samper cubre alguna parte de ellos, como se afirma en la demanda. Tales hechos no aparecen hasta ahora completamente acreditados, y sin esa prueba completa no podrá declararse lo pedido por el señor apoderado de los opositores, de conformidad con la primera parte del artículo 10 de la Ley 160 de 1936.

"A los hechos contesto así:

- a), b) y c). Los acepto.
- d) Acepto que se alegó el hecho por el señor apoderado de los opositores.
- e), f) y g). No los acepto mientras no se prueben.

Dejo en estos términos contestada la demanda de oposición."

El doctor Ricardo Ospina, como apoderado del proponente Jaime Samper, contestó en la siguiente forma:

"En nombre de mi poderdante, señor Jaime Samper, me opongo a que hagan todas o cualquiera de las peticiones de la referida demanda y, en cambio, pido con todo respeto que la honorable Corte declare infundadas las oposiciones a la propuesta de don Jaime Samper, formuladas por el Municipio de Pivijay y por los condueños de Candelaria.

"Los hechos los contesto así:

- a) Es cierto.
- b) Es cierto.
- c) Es cierto.
- d) Es cierto en cuanto a la alegación se refiere.
- e) No es cierto.
- f) No es cierto.
- g) No me consta.

"En cuanto a la diligencia de inspección ocular solicitada por el señor apoderado de los opo-

sitores, me opongo a que en ella puedan tenerse como pruebas documentos públicos que en ella misma se presenten y que no hayan llegado al expediente en forma legal (artículo 636 del Código Judicial).

"Los hechos y fundamentos en que apoyo la defensa consisten:

"1º En que no aparece demostrado legalmente, con los títulos aducidos, que los terrenos que el Municipio de Pivijay denominaba *Cañaverales, altos de San Nicolás, río San Sebastián de Sierra Nevada, sus derramaderos y playones*, hayan salido del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Con los referidos títulos resulta imposible la determinación de tales terrenos.

"2º En que no aparece demostrado legalmente, con los títulos aducidos, que los terrenos que el Municipio de Pivijay denomina *San Matias* hayan salido del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Los títulos presentados son ineficaces para tal demostración, y, por el contrario, demuestran que los referidos terrenos no salieron legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad a la fecha citada.

"3º En que no aparece demostrado que el Municipio de Pivijay sea dueño actual ni de unos ni de otros terrenos.

"4º En que con la diligencia de inspección ocular pedida por el apoderado de los opositores no puede subsanarse el defecto irremediable de los títulos aducidos ni la falta de prueba sobre el dominio actual del Municipio de Pivijay en los terrenos materia de la oposición."

Después de haberse surtido los trámites legales de rigor ante esta Corte, y de haber sido declarado inadmisibles por la Sala Dual de ella el impedimento que manifestó el suscrito Magistrado ponente para fallar el presente juicio, entre otras razones, porque en la época en que fue abogado consultor de la Compañía denominada "Richmond Petroleum Co. of Colombia", en el Departamento del Atlántico, hizo para ella estudios y emitió conceptos jurídicos relacionados con la posesión y propiedad de terrenos para fines de exploración y explotación de petróleos, se pasa a resolver lo que fuere de ley.

Determinación de los terrenos materia de las oposiciones.

Durante el respectivo término probatorio del presente juicio sumario, el doctor Luis Enrique Cuervo, en escrito presentado el cinco de marzo de 1942 (cuaderno número 8, folio 26), manifestó que daba por reproducida la solicitud contenida en el penúltimo aparte de su memorial

del 9 de junio de 1941, en el cual manifestó, según ya se vio arriba, que "como del estudio practicado por el Ministerio de Minas y Petróleos resulta que pueden presentarse dudas en cuanto a la ubicación y determinación de los terrenos de mis poderdantes, pido desde ahora que se reciba la causa a prueba y que en ella se practique una inspección ocular, con peritos nombrados en la forma usual, mediante comisión al honorable Tribunal de Santa Marta, con el fin de estudiar sobre el terreno y con ayuda de los documentos que obran en autos y de los demás que en la inspección se presenten, cuáles son los terrenos a que esta demanda se refiere, identificándolos por su situación y linderos y calculando su extensión aproximada".

Con el mismo citado escrito presentado el cinco de marzo de 1942, el doctor Cuervo presentó varios mapas y un estudio técnico del ingeniero doctor Eduardo Segura, estudio que contiene en lo relativo a las tierras de "San Matías" y "Candelaria", apreciaciones y conclusiones distintas a las hechas y deducidas por el Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos con relación a los terrenos materia de estas oposiciones; y pidió el doctor Cuervo que por la Sala falladora se nombrara un experto para que con vista de los informes del doctor Segura y del Servicio Técnico del Ministerio, declarara quién tenía razón, y si existía realmente superposición de áreas entre la propuesta de Samper y las de "Candelaria" y "San Matías".

Con respecto a las solicitudes del doctor Cuervo, contenidas en su precitado memorial, fueron dictadas por el Magistrado ponente varias providencias, de las cuales debe hacerse mención, porque se considera de importancia destacar desde ahora los antecedentes que sirven de fundamento a la decisión que la Sala va a pronunciar en el presente juicio.

Dijose en auto de fecha 23 de marzo de 1942 (folio 26 vuelto, cuaderno número 8):

"I. Practíquese una inspección ocular, con peritos nombrados en legal forma, con el fin de estudiar sobre el terreno y con ayuda de los documentos que obran en autos y de los demás que en la inspección se presenten, cuáles son los terrenos a que se refiere la oposición presentada por el doctor Luis Enrique Cuervo en su carácter de apoderado del Municipio de Pivijay y de los condueños de Candelaria.

"Para la práctica de esta diligencia comisionese al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, a quien se le señala el término de diez días, más el de la distancia. Queda facultado dicho Tribunal para dar posesión a los peritos que nombren las partes, recibirles el dictamen pericial correspondiente, y para reemplazarlos llegado el caso. Librese el despacho

respectivo, remitiéndosele el expediente original, para los efectos de la comisión aquí conferida.

"II. Agréguese a los autos para ser estimado, a tiempo de fallar, con el valor legal *que pueda tener*, el estudio técnico elaborado por el doctor Eduardo Segura, a que se refiere el aparte II del memorial precedente.

"III. Accédese a la solicitud del memorialista, doctor Luis Enrique Cuervo, en lo referente al concepto que un experto, libremente designado por la Sala falladora de este asunto, ha de rendir sobre los puntos enunciados en el aparte II del memorial anterior. Oportunamente se hará la designación correspondiente."

Por medio de auto de 23 de abril de 1942, la Sala nombró al doctor Jorge A. Perry para que rindiera el concepto pedido por el señor apoderado de los opositores, quien, en memorial del 17 de junio, pidió que el informe del doctor Perry —al cual se aludirá más adelante— fuera puesto en conocimiento de las partes, pues consideraba el peticionario que se trataba de un concepto pericial rendido por un perito tercero en discordia a nombre de la Nación y que este trámite, en su concepto, era indispensable para que la prueba quedara practicada en forma legal.

Con tal motivo, en auto de 23 de junio se resolvió lo siguiente:

"El doctor Luis Enrique Cuervo, en el presente juicio breve y sumario, pide en el memorial que antecede que se ordene poner en conocimiento de las partes por tres días y para los efectos indicados en el artículo 719 del Código Judicial el dictamen de los peritos, entendiendo por tales el ingeniero del Ministerio del ramo y el doctor Eduardo Segura.

"Considera el suscrito Magistrado aclarar que el trámite establecido en el artículo 719 del Código Judicial rige para los dictámenes periciales decretados y rendidos de conformidad con los artículos 715, 716 y 717 del mismo Código Judicial.

"En el caso de autos no fue decretada una *prueba pericial* en el sentido jurídico procesal de ese término, como parece haber interpretado el memorialista el auto de 23 de marzo del presente año, visto al folio 26 vuelto de este cuaderno.

"Conviene aclarar que el estudio técnico elaborado por el doctor Eduardo Segura, a que se refiere el doctor Cuervo, fue mandado a agregar al expediente para ser estimado al tiempo de fallar, en el valor legal *que pueda tener*, como se dijo en la providencia de este Despacho, de fecha 23 de marzo, que se acaba de citar. Y en relación con el informe o concepto del Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos,

se advierte que tal concepto no ha sido rendido ante la Corte como dictamen pericial.

“Al accederse a que se recibiera el concepto de un experto nombrado por la Sala falladora, como se hizo con el nombramiento del doctor Jorge A. Perry, fue ordenada esta prueba y no otra, cuya apreciación no puede adelantar ahora la Corte, pero que será estimada en el valor que al tiempo de fallar tenga, de acuerdo con las normas legales. Con ello la Corte no ha querido sino admitir las pruebas que no sean notoriamente inconducentes, reservándose la facultad de apreciarlas en la debida oportunidad.

“Considera el suscrito Magistrado que lo procedente es, y así lo dispone por medio del presente auto, que, con citación de las partes, se tenga como prueba el mencionado concepto del doctor Perry, como se resolvió con respecto al del doctor Segura, para estimarlo oportunamente conforme al mérito probatorio que pueda tener legalmente dicho concepto.”

En escrito de fecha primero de julio de 1942, el señor apoderado de los opositores manifestó lo que a continuación se inserta:

“Con fecha 23 de marzo último se dictó auto sobre pruebas, en el cual decretásteis una inspección ocular pedida por mi parte, para practicarla por medio de Tribunal comisionado.

“Haciendo uso de un derecho que reconoce la ley y admite la jurisprudencia (auto de la Sala de Generales, XLV, 1930, octubre 20 de 1937, página 747), prescindo de la práctica de dicha prueba y pido que no se mande el expediente a Santa Marta, como se había ordenado. Aunque no estoy obligado a explicar los motivos de esta petición, tengo el gusto de expresarlos.

“El primero es, porque hoy como en 1776, lo impide ‘el tiempo lluvioso’. Y el segundo, porque realmente no hace falta esta prueba en presencia de las leyes especiales que rigen la materia de la propiedad comunal.

“Pido también que se dé traslado para alegar.

“Os ruego despachéis esta súplica favorable y prontamente.”

La parte conducente del auto de 27 de julio de 1942, referente a la anterior solicitud del doctor Cuervo, reza así:

“Estima el suscrito Magistrado que no puede considerarse procedente la solicitud del memorialista mientras no haga igual manifestación el doctor Ricardo Ospina, quien como apoderado del señor Jaime Samper, ha manifestado interés en que tal inspección se verifique, según se desprende de la solicitud que hizo para que en ella se hicieran constar los hechos enunciados en el acápite II del respectivo memorial, solicitud

que por otra parte fue aceptada y decretada en auto ejecutoriado.

“De todo lo cual se deduce que por virtud de la ejecutoria de ese auto, se ha creado una situación procesal entre los litigantes en el presente juicio, en que la prescindencia unilateral de las pruebas ya decretadas, hecha por una de las partes, podría afectar los derechos de la otra, que, con motivo de la petición hecha por su contraparte, pidió a su vez, y obtuvo también por medio de providencia ejecutoriada, lo que estimó conveniente a sus intereses.

“Los principios que informan el desistimiento a tenor de los artículos 461 a 465 del Código Judicial, corroborarían la tesis que se sustenta en el presente auto, además de la que ya sostuvo la Corte en su auto de fecha 16 de noviembre de 1940 (*Gaceta Judicial* número 1964, página 609), providencia que es posterior a la citada por el doctor Cuervo.

“Por todo lo expuesto, se resuelve que no es el caso de tener en cuenta la manifestación de prescindencia de la inspección ocular decretada en este juicio.”

La solicitud hecha por el señor apoderado del proponente Jaime Samper, a que se alude en el precitado auto, es la que presentó el mencionado apoderado en su escrito de cinco de marzo de 1942 (folio 8, cuaderno número 7), para que, al practicarse la inspección ocular pedida por el señor apoderado de los opositores, se tuvieran en cuenta por el Tribunal de Santa Marta y por los peritos el plano topográfico de los terrenos de la propuesta, y los alinderamientos de los terrenos según esta propuesta y según los que se mencionaran en 59 escrituras de la Notaría de Pivijay, escrituras cuyas copias pedía el memorialista que se hicieran llegar hasta el Tribunal comisionado, con el fin de que se acreditara si los terrenos mencionados en las citadas escrituras estaban o no situados dentro del área de la propuesta de autos. Tal solicitud fue despachada en conformidad con lo pedido, según auto de 23 de marzo de 1942 (folio 10).

Como el doctor Cuervo, en escrito de 3 de agosto de 1942, no se manifestó conforme con el auto de 27 de julio en que no se admitió su desistimiento en la inspección ocular, sin previa aquiescencia de la contraparte, y con el apoderado del proponente, en escrito de la misma fecha (3 de agosto de 1942) dijo que convenía en la prescindencia de la práctica de esa inspección ocular, se dictó el auto de 31 de agosto que corre al folio 44 vuelto, y en el cual se lee esto en lo pertinente:

“Sirvió de base a ese proveído la consideración de que la manifestación hecha por sólo una de las partes sobre prescindencia de una prueba

decretada en resolución que lleva el sello de la ejecutoria, resultaba improcedente mientras no hiciese igual manifestación la contraparte, cuando de autos aparece que ésta tiene interés, procesalmente reconocido, de que se verifique esa prueba, es decir, cuando 'se ha creado una situación procesal entre los litigantes en el presente juicio, en que la prescindencia unilateral de las pruebas ya decretadas, hecha por una de las partes, podría afectar los derechos de la otra, que, con motivo de la petición hecha por su contraparte, pidió a su vez, y obtuvo también por medio de providencia ejecutoriada, lo que estimó conveniente a sus intereses.'

"El doctor Ricardo Ospina G., en memorial presentado en la Secretaría de la Sala de Negocios Generales de la Corte el tres del presente mes, manifiesta que conviene, en nombre de su mandante señor Jaime Samper, en la prescindencia de la práctica de la inspección ocular en referencia, 'con la expresa advertencia de que esta aquiescencia no entraña aceptación de los hechos que han debido ser probados por el opositor'.

"De tal manera que, habiendo convenido las partes, en forma bilateral y conjunta, prescindir de llevar a cabo la inspección ocular de que se trata, de conformidad con los respectivos memoriales que han sido presentados por cada uno de sus apoderados, el Magistrado no puede menos que acceder a lo solicitado por éstos, ya que en materia de procedimiento civil, las normas que rigen en la legislación colombiana, están supeeditadas a la voluntad de las partes, siempre que ésta no sea contraria al orden público y a las buenas costumbres.

"Desaparecida la circunstancia anotada en el mencionado auto de 27 de julio, en relación con la necesaria solicitud bilateral sobre desistimiento de pruebas, es el caso de admitir, como en efecto se admite, con la salvedad que hace el doctor Ricardo Ospina, la manifestación de prescindencia de la práctica de la inspección ocular decretada, hecha tanto por el doctor Luis Enrique Cuervo, en su condición de representante judicial de los opositores a la propuesta de contrato formulada por el señor Jaime Samper al Gobierno Nacional sobre exploración y explotación de petróleos, como por el doctor Ricardo Ospina G., en su carácter de apoderado del proponente señor Samper.

"Carecen, pues, de objeto, por sustracción de materia, los recursos de reposición o el subsidiario de súplica interpuestos contra el referido auto del 27 de julio por el doctor Cuervo, y así se declara."

"Como ya se expresó antes, ha considerado la Sala que era necesario relacionar en forma de-

tallada estos antecedentes del presente negocio, por la importancia que tiene haber dejado suficientemente explicadas y establecidas estas cuestiones:

1ª Que por parte de los opositores se solicitó la práctica de una inspección ocular en los terrenos materia del presente juicio, a fin de que se les identificara por su situación y linderos y se calculara su extensión aproximada;

2ª Que tal inspección ocular fue decretada por el Magistrado ponente, pero que de su práctica desistió, expresa y reiteradamente el señor apoderado de los opositores, y

3ª Que los informes o conceptos, de los doctores Eduardo Segura y Jorge Perry, en relación con el del Servicio Técnico del Ministerio del ramo, no se aceptaron con el carácter de *prueba pericial*, sino simplemente, como elementos aportados por una de las partes, que se admitían a reserva de calificar en el momento de fallar el mérito probatorio que legalmente pudieran tener.

Esto sentado, y llegado ahora el momento del examen y decisión de fondo del presente juicio, es el caso de expresar lo siguiente:

a) La Corte estima que con las pruebas presentadas por los opositores, no hay base legal para aceptar que los terrenos materia de las oposiciones se han determinado e identificado suficientemente para concluir afirmando que entre el área de ellos y el de la propuesta, existe la alegada superposición.

b) Los informes de los doctores Segura y Perry, muy valiosos por sus distinguidos autores y por la forma en que se hallan expuestos, no bastan, sin embargo, desde el punto de vista legal, para ser apreciados como prueba pericial, porque ellos no se produjeron en la forma de esta clase de pruebas, fuera de que, según se expone en seguida, el reconocimiento ocular de los terrenos por parte del doctor Perry, como él mismo lo reconoce, era necesario para fundamentar, en la forma más inequívoca, un dictamen de esta clase. La Corte, sin embargo, se referirá a tales informes para corroborar su pensamiento acerca de la indeterminación de las tierras de las oposiciones.

Son varias las decisiones que ya esta Sala ha pronunciado, entre ellas las referentes a los terrenos denominados de "Puerto Wilches", de "Chaparral" y en las relacionadas con la propuesta de Fr. F. Ryan, en el sentido de dejar establecido que es esencial que las tierras a que se refieren los correspondientes avisos y oposiciones de esta clase se determinen y concreten claramente por sus linderos, cabida y demás particularidades que puedan hacerlas conocer fácilmente, y que cuando esto no es posible con sólo los títulos y documentos presentados, entonces se hace necesaria la respectiva identificación por

medio de una localización de ellas en el sitio en que se afirma están situadas, pues, como se dijo en la última de las precitadas sentencias, cuando existen tales circunstancias de duda o discrepancia, provenientes de los títulos, es esta localización del predio, en el terreno, la que acredita su existencia real, su realidad procesal, topográfica y geográfica, la cual puede ser distinta de la existencia meramente abstracta o teórica, de que da cuenta el correspondiente título que se invoca como prueba de la existencia real de ese predio y como generador del derecho de dominio que en él se pretende.

En el presente caso, como en los que quedaron decididos por medio de los fallos precitados, también se ha planteado entre las partes interesadas —Nación, opositores y proponente— una dilatada controversia acerca de la pertenencia de las tierras a cuyo subsuelo se considera tener derecho; pero como no ha sido menos extensa e importante la que se ha sostenido con relación a la determinación, ubicación, identidad y cabida de esas tierras, procede repetir aquí lo que ya expresó esta Sala en uno de los fallos aludidos, a saber: que lo primero es saber cuál es la cosa a que se refiere un título; y sólo a condición de que esta cosa sea identificable, cabe ahondar acerca de la situación jurídica que el título creó en relación con su objeto.

En el fondo, las ideas de la Corte, que se dejan citadas, son compartidas por el distinguido ingeniero doctor Perry, en el presente caso, como se verá por los siguientes párrafos de su informe:

“La cuestión que se trata de dilucidar y resolver en los referidos informes y que por tanto es materia de este dictamen, es la de determinar si la ubicación, localización y delimitación que los señores opositores han fijado en los planos presentados a los terrenos que pretenden como suyos, son o no correctas, es decir, si corresponden y se acomodan a los títulos en que fundan el derecho que alegan, y si en consecuencia hay realmente superposición entre las áreas de los terrenos definidos en tales títulos y la de la propuesta presentada por el señor Jaime Samper.

“Como las porciones de territorio que reputan los opositores ser de su propiedad no están demarcados actualmente en el terreno por señales materiales, ni se hallan amojonadas, el problema entraña necesariamente una labor de reconocimiento geográfico, de mensuras y levantamientos topográficos, y de examen, interpretación y análisis de las alinderaciones, descripciones y demás datos utilizables contenidos en las titulaciones y en los otros documentos pertinentes, para con base en tales elementos llegar a una identificación adecuada y cierta de los terrenos que son objeto de los títulos y por ende a su determinación precisa.

“En casos como el que se contempla, estas operaciones de identificación y determinación de los terrenos, que por los nexos de su mutua dependencia o relación, en buena técnica son inseparables y deben practicarse conjuntamente, no sólo son imprescindibles para poder conocer y precisar el objeto o materia de los derechos de propiedad que los títulos acrediten, circunscribiéndolos a la entidad física concreta que les corresponda, sino también para saber si existe causa efectiva o fundamento real para el litigio promovido. Por ello, al llevar a cabo tales operaciones, no deben perderse de vista estos primordiales objetivos, para conseguir los cuales no basta la existencia de puntos de referencia claros e inmodificables, sino que se requiere además que se pueda establecer las relaciones apropiadas entre tales puntos y los elementos determinativos de la propiedad y entre éstos y la realidad geográfica y topográfica.

“El reconocimiento geográfico y topográfico del terreno es, pues, base fundamental necesaria para poder determinar con precisión los terrenos objeto de los derechos que se alegan. En el caso de que aquí se trata, ese reconocimiento ha sido efectuado por el ingeniero doctor Segura, quien ha elaborado y presentado un mapa indudablemente más detallado, preciso y exacto que los mapas oficiales existentes de la región. Como éste es el documento gráfico más perfecto de que se dispone para el efecto, sobre él se ha llevado a cabo el estudio de las cuestiones planteadas, de que en seguida se tratará concretamente.”

Las tierras materia de las oposiciones.

Según el apoderado de los opositores, las tierras materia de las oposiciones, las constituyen tres globos o lotes, así:

I—El denominado “*Cañaverales altos de San Nicolás, río San Sebastián de Sierra Nevada, sus derramaderos y playones*”, globo o lote que el doctor Cuervo llama “*envolyente*”.

II—El denominado “*San Matías*, que el doctor Cuervo llama “*sector envuelto*” dentro del primer globo.

III—El de “*Candelaria*” o “*Condueños*”.

El primer globo “Cañaverales altos de San Nicolás, río San Sebastián de Sierra Nevada, sus derramaderos y playones”.

Se alega que el derecho de propiedad en este globo le corresponde al Municipio de Pivijay, teniendo por título primitivo un Decreto expedido en once de marzo de 1776 en la Villa de Tenerife por el Virrey Manuel Antonio Flórez, en el cual decreto dijose lo siguiente:

"Tenerife, once de marzo de mil setecientos setenta y seis. En atención a la pacificación que se va logrando de los indios Chimilas, con cuyo miedo y estorbo no se atrevían los vecinos y moradores a tomar tierras distintas de las principales poblaciones, y que pudieran acercarse a dichos indios y a que este embarazo debe ya mirarse como cortado, publíquese por edictos en este pueblo y los demás de la provincia, que todos los vecinos que quisieren tomar las tierras realengas acudan al Juez de la jurisdicción, a quien corresponda para que les reparta y dé la posesión que necesitaren y pareciere conveniente, sin daño de tercero, por ahora francamente y sin interés ninguno, con sólo una escritura de obligación y fianza que harán ante la misma justicia de pagar por ellos lo que se resolviere por Su Majestad, caso que no se sirva con el descender a cierta consulta que parece se le ha hecho para que se les dejen en los términos arriba dichos y sin interés; en inteligencia que siempre serán mirados con la mayor equidad, los que desde luego tomen y labraren las referidas tierras; y que cada una de las justicias abran y pongan corrientes los caminos de su respectiva jurisdicción, haciendo concurrir a esta obra a todos los vecinos y moradores de ella con su persona, o el alimento del peón o trabajador que en su lugar se ponga al día que le toque, cuyo arreglo deberán hacer los dichos Jueces nombrando con anticipación el número de sujetos que cada día deban concurrir, llevándolos por su orden, para que ninguno se queje, ni deje de concurrir sin guardar excepción nadie, sea de la clase que fuese, pues ninguno la tiene para el caso, y que para todas partes donde hubiere población, se abran los referidos caminos, prefiriendo los que se deban dirigir a la habitación de los Chimilas; y las referidas justicias ejecutarán lo que llevo mandado con la mayor exactitud y puntualidad, dando principio a la abertura de caminos a los ocho días precisos del recibo de este decreto, pues al tiempo que me parezca oportuno, enviaré visitadores que los reconozcan, y no estando abiertos, lo haré ejecutar a costa de los Capitanes aguerra, Alcaldes ordinarios u pedáneos, Regidores, Síndicos procuradores y demás dependientes justicias y capitulares de cada de los pueblos respectivamente, a quienes hago cargo de la observancia de este decreto, lo que de su orden participo a vuestra merced, para su cumplimiento, y que me avise los adelantos y progresos que vaya haciendo en los puntos que contiene."

Del anterior documento nada se deduce en el sentido de que pueda saberse cuáles fueron las tierras realengas que en virtud de esa solicitud se adjudicaran a los peticionarios; y si la consulta pendiente ante la Corona española era la hecha por el Virrey de Guirior al Rey Carlos III,

en la Cédula de San Ildefonso, de 2 de agosto de 1780, que se refiere a la información y conceptos de Guirior, bien claramente se lee en ella que las tierras baldías o realengas que el Rey concedía a los pobladores de estas comarcas o regiones, quedaban sujetas a la obligación de ser desmontadas, cultivadas, medidas y determinadas por linderos: "...poniéndose para conservar la medida y posesión, linderos fijos y durables que nunca se muden, antes si se conserven a costa del dueño del terreno, a fin de evitar por este medio dudas y pleitos sobre amojonamiento, a cuyas calidades he resuelto añadir la de la que la concesión de tales tierras se ejecute por toda la Audiencia y por conformidad de dos terceras partes de votos señalándose al mismo tiempo de la concesión el término dentro del cual debe cultivarse aquel terreno cuyo señalamiento se hará atendidas las ocurrientes circunstancias... Todo lo cual os participo para que por vuestra parte cuidéis del cumplimiento de esta mi real determinación...."

Así rezaba la citada Cédula, pero no hay prueba alguna suficiente en los autos que acredite que las tierras de que se trata se hubieran medido y alinderado como era de rigor también antes de la Cédula de San Ildefonso, ni como lo repitió ésta después; ni que de ellas se hubiera dado posesión material o efectiva a los vecinos del "sitio de Nuestra Señora del Santísimo Rosario de Castro, señores Eduardo de Guerra, José Flórez Longoria, Antonio Sánchez" y otros, quienes alegando la condición de criadores y pobladores del mencionado sitio, pedían en 29 de marzo de 1776, por conducto de Manuel de Zúñiga, a Félix de Almarza en Santa Marta, Juez Subdelegado de Tierras y Auditor de Guerra, que se les admitiese a moderada composición para comprarlas, pues de ellas tenían necesidad por ser tierra firme y alta, debido a los estragos que las inundaciones habían ocasionado en sus haciendas.

A pedimento del mismo Manuel de Zúñiga las tierras fueron puestas en remate, "en cuyo acto habiéndose pagado por don Domingo Jimeno, treinta y cinco pesos más a los ciento y cincuenta de su avalúo, se apartó el Zúñiga de la compra que por sí, a nombre de el don Eduardo de la Guerra y demás había emprendido de las referidas tierras", razón por la cual —según se dice— quedó efectuado el remate a favor del citado Domingo Jimeno.

El Juez, a petición de Jimeno, como lo anota la Sección Jurídica del Ministerio de Minas y Petróleos en su informe (folio 4 vuelto, cuaderno número 5), "se trasladó al Guáimaro a dar la posesión de las tierras, a donde llegó el 26 de septiembre de este último año; allí se encontró ante la siguiente situación que narra en la mis-

ma carta: ante lo que pareció ser una infidelidad de don Manuel de Zúñiga, apoderado como ya se vio de don Eduardo de la Guerra y otros vecinos de Guáimaro, *el primero*, junto con José Flórez Longoria, Antonio Sánchez, Domingo Castañeda y otros, optó por solicitar para todos ellos ante el Capitán aguerra Julián Valera, a título de criadores y pobladores y, *con base en el decreto de Tenerife, las tierras de Cañaverales altos de San Nicolás, las del río San Sebastián de Sierra Nevada y sus derramaderos y playones, que están en un solo cuerpo*; dicha petición lleva fecha 19 de septiembre de 1776; el Capitán aguerra Valera accedió a lo pedido y efectuó una especie de *entrega simbólica* el día 26 de septiembre del mismo año, según consta en el siguiente certificado: 'Certifico yo don Julián Valera, Capitán aguerra y Juez Ordinario de este dicho sitio, en la más bastante forma que puedo y por derecho me es permitido, *que habiendo llegado el día veintiséis de septiembre de este presente año de mil setenta y seis, en conjunto de los dichos actuales criadores Miguel Orozco, Francisco Peltruz, Marciano Avendaño y otros nuevos pobladores de este dicho sitio al paraje nombrado los cañaverales de tierra alta y de los del río de San Sebastián de Sierra Nevada y en sus derramaderos y playones, en virtud del citado superior decreto que hace cabeza a estas diligencias por el que se me comisiona le dé a los vecindarios de mi jurisdicción la tierra realenga que necesitaren a que me remito; y en su consecuencia los antedichos vecinos estando presentes en dicho paraje, recibieron por sí y a nombre de los demás posesión de las referidas tierras, y le di toda la que comprende dichos terrenos, poniéndoles cuatro mojones con divisas de Cruces, para el conocimiento de sus términos y linderos sirviéndoles de título esta dicha posesión; y en señal de propiedad, dominio y señorío que en virtud de dicho superior decreto tienen adquirido los expresados interesados, la pasearon dichas tierras, encendieron lumbrés, cortaron ramas, arrancaron yerbas, cavaron y tiraron puños de tierra, levantaron la voz como dueños de ellas, con otras demostraciones que les legitiman dicha posesión, y adquirieron propiedad y señorío de ellas, que con efecto, por todo lo expresado se hacen dueños los expresados y todos los demás vecinos de este nominado sitio del Guáimaro para sí, sus herederos y sucesores, cediéndoles como les cedo en fuerza de mi referida comisión dicho terreno, con reserva de lo resuelto que hubiere de su Majestad (que Dios guarde), para lo que otorgarán escritura de obligación y fianza, por los sujetos de mayor abono de este dicho sitio, a estar y pasar por lo que resolviere nuestro Rey y señor; en cuya virtud quedan con toda la acción, derecho y propiedad que se declara a favor*

del piocomún público de este vecindario, para sus descendientes y sucesores, y derecho que todo vecino de este dicho sitio tenga a ellas; que así se lo declaré a los vecinos que se hallaron presentes en dicho acto de posesión, que la diferí para extenderla jurídicamente en este sitio, por la suma plaga y tiempo pluvioso que lo impedía, sirviendo ésta de auto en forma de cuanto llevo declarado; por el cual así lo preveí, mandé y firmé con los interesados que se hallaron presentes, y también lo hace dicho apoderado general aceptando por sí y a nombre de los demás dicho terreno para su uso y disfrute y entregándole este original ante los testigos de esta actuación por falta de escribano.

Julián Valera, Eduardo Joseph de la Guerra Vega y Mozo, Marciano Avendaño, Francisco Pertuz, Miguel Gregorio de Orozco, Joseph de León, Rafael Camargo.'

¿Cuáles eran los "términos y linderos" de los terrenos del "paraje nombrado los Cañaverales de tierra alta y de los del río de San Sebastián de Sierra Nevada y en sus derramaderos y playones" a que se referían la posesión que se decía dada y "los cuatro mojones con divisas y cruces"?

No es posible saberlo, porque la diligencia no lo dice. Por el contrario, en ella expresa el funcionario, refiriéndose a la expresada posesión: "... que la diferí para extenderla jurídicamente en este sitio, por la suma plaga y tiempo pluvioso que lo impedía, sirviendo ésta de auto en forma de cuanto llevo declarado...." Se verá adelante cómo se impugnó la legitimidad de tal posesión.

No se alinderaron, pues, entonces, las tierras, ni consta que se alinderaron después, luego no concurren los dos elementos esenciales para fundamentar una oposición de esta clase, a saber:

- a) La ubicación y determinación de los terrenos materia de la oposición;
- b) La superposición de ellos en relación con los de la propuesta.

Peró hay más aún: también se habla en los documentos presentados de una posesión dada a don Domingo Jimeno, quien —según se dice— remató "ciertas caballerías de tierra en el sitio de Cañaverales", con protesta u oposición de don Eduardo de la Guerra a nombre de los vecinos del Guáimaro, pero no aparece constancia en el expediente cuál de las dos posesiones hubiera sido confirmada y declarada válida por el Superior Gobierno, si la que se alegaba haber sido dada a los vecinos referidos, o a la invocada por Jimeno; y aun cuando según lo anota la Sección Jurídica del Ministerio de Minas y Petróleos "en las declaraciones recibidas por algunos vecinos del Guáimaro en el pleito sur-

gido muchos años después *entre el vecindario del Guáimaro y Pivijay* por una parte, y la señora Martínez Munive como heredera de don José Munive y Mozo, por otra, se dice que las tierras de "Cañaverales de San Nicolás y de San Sebastián de Sierra Nevada" fueron medidas y amojonadas por el agrimensor don Francisco Garavito, *la verdad es que no aparece señalada en ninguna parte el área o cabida obtenida al practicarse dicha mensura, ni determinada la ubicación precisa e inconfundible de las tierras; además, los linderos que los declarantes le asignan a los citados terrenos son notoriamente vagos e imprecisos.* Sobre la alinderación, en verdad menos vaga que la que señalan los otros declarantes, dada por el testigo *Juan de la Hoz*, se expresa así el Servicio Técnico en su informe de 16 de septiembre pasado: "...sólo parecen referirse a una sola línea entre un punto de la orilla del río Magdalena y un punto en la orilla del río San Sebastián; luégo se dice que el linderero por esta parte del río San Sebastián, sigue aguas abajo hasta 'Ciénaga Grande' y aguas arriba hasta 'Sierra Nevada': en realidad, los dados no son linderos de un globo de perímetro cerrado, y es imposible establecer con ellos no sólo la extensión de los terrenos sino su misma ubicación".

Los demás datos que da el apoderado de la oposición, como son: la indole misma de los terrenos: las referencias de los testigos que declararon en 1830 y 1831 en el pleito entre los antiguos vecinos del Guáimaro y los de Pivijay y doña María Francisca Munive de Fálquez en relación con las tierras de "San Matías"; los linderos de tierras que se afirma son colindantes, tales como las de "Juncal" e "Islas Canarias" y las cartas de Félix de Almaraz para el Virrey, en las que afirma que los Cañaverales de San Nicolás quedan a una distancia de catorce leguas del antiguo Guáimaro a orillas del río Magdalena, y que las llamadas San Sebastián, distan como doce leguas de Santa Marta, en nada mejoran lo relativo a la completa indeterminación de las tierras de esta oposición.

La orientación que se hace necesario sobre este punto no se conseguiría con aceptar que las tierras de San Nicolás disten como catorce leguas del "antiguo" Guáimaro y que las de San Sebastián disten como doce leguas de Santa Marta; ni puede tampoco obtenerse por los testimonios, demasiado vagos (con excepción del de Juan de la Hoz, que lo es menos, pero que es uno solamente, y que no aparece ratificado (folio 82, cuaderno número II) de los testigos cuyas declaraciones se aportaron en el pleito entre la señora Martínez y Munive de Fálquez y los vecinos del Guáimaro y Pivijay.

A lo expuesto sobre la falta de elementos determinativos de las tierras de que se trata y de

su carácter controvertible, que no se definió, o por lo menos se ignora que se definiera, debe agregarse la crítica que a la posesión que se dice haber obtenido los vecinos del Guáimaro, hizo Joseph Antonio Maldonado como apoderado de Domingo Jimeno, en Santafé, cuando buscaba la confirmación de dicha posesión y del remate alegadas en favor de Jimeno, con exclusión de los vecinos del Guáimaro.

Reza así sobre este particular el documento cuya copia obra al folio 58 vuelto del cuaderno número 2:

"A cuyo nombre soberano y en cuyo servicio, habiéndose celebrado el remate, es abierta temeridad de los contrarios pretender que su pública fe se quebrante, sólo por seguir el capricho y tema de despojar a mi parte de una cosa a que tiene adquirido un público y ejecutoriado derecho. Contra cuyo constante temor pasó don Julián Valera a preocupar con sus fraudulentas diligencias que corren desde el folio 16 del segundo cuaderno, la posesión que iba a darle a mi parte, y que le dio el legítimo Juez de Tierras; que como letrado bien conoció lo nulo e inoficioso de la posesión imaginaria (pues no hubo quien la tomara) de aquellas mismas tierras, que por saber los contrarios, que estaban rematadas en mi parte, se coligaron con dicho Capitán aguerra, uno de sus parciales e interesados, para anticiparse clandestina y precipitadamente a tomar posesión de las tierras sin más requisitos, ni diligencias previas y necesarias que el haberlo hecho así el referido Capitán. Que con arte y malicia practicó estas diligencias injurídicas en el todo, escribiendo al Juez legítimo la ya citada carta de veintiocho de septiembre del año próximo pasado, revistiendo sus ilegales procedimientos con el citado auto, mal entendido, y peor aplicado a sus depravados fines. Los que bien se conocen por la carta del mismo Juez, dirigida a Vuestra Excelencia en 2 de octubre del mismo año de 76, cuya verdad merece tanto más fe cuanto son mayores las circunstancias de su empleo y literatura, y cuanto más se acreditan con todas las judiciales diligencias, requisitos y solemnidades de derecho, que constan de los autos, y que hacen digna de la superior aprobación de Vuestra Excelencia la posesión que a mi parte se dio por dicho Juez competente, a vista de su remate, y de haber cumplido con todos los requisitos prevenidos y que tengo expuestos en mi escrito de folio 67 del cuaderno primero con que se desvanece cuanto de contrario se alega en el suyo del folio 34 al cuaderno 2º"

Por su parte, los contrincantes de Jimeno, censuraban la conducta de éste y de Nicolás Martínez y rechazaban el derecho que él alegaba en las tierras, como se ve por los varios y ex-

tenso documento que obran en el expediente, entre los cuales la carta que desde Cartagena dirigió al Virrey, uno de los interesados, don José Flórez Longoria, el 10 de octubre de 1776, en la cual hay el siguiente trozo: "...en cuya atención se practicaron a nuestra costa las medidas, pregones y demás diligencias, hasta el remate en el Juzgado de Tierras de Santa Marta, a que procuró no asistir el apoderado don Manuel Zúñiga, porque como compañero en el Corregimiento de la Ciénaga y otros asuntos de don Nicolás Martínez, se compuso con él para apartarse y no darnos cuenta que éste las había pujado a nombre de don Domingo Jimeno, su socio, en otra clase de negocios. Sabedores extrajudicialmente los vecinos criadores del Guáimaro, ocurrieron a su Juez Territorial pidiéndolas en fuerza del superior decreto de Vuestra Excelencia y bajo las circunstancias que en él se previenen les dio la posesión. Recelando lo mismo que sucedió el citado Martínez amañó, que viniese en persona a dar posesión a su socio el doctor don Félix de Almarza, Auditor de Santa Marta y Juez Subdelegado de Tierras, que dominado con todos los de allí del mencionado Martínez, dejó aquella plaza por servirle, vino dos días de camino hasta el Guáimaro y sin oír nuestras representaciones, pidiendo y sacando bagajes como si fuera asunto del real servicio, dio dicha posesión despreciando la dada por el Juez del territorio en virtud del decreto de Vuestra Excelencia, sin atender que nosotros y aquellos criadores teníamos en ellas nuestros ganados y rodeos; bien que esto no pudo haberlo visto porque se quedó mucho trecho más acá de las referidas tierras, para amedrentar el vecindario y dirigir los apoderados de Jimeno y Martínez, como acredita el borrador de su puño y letra que pudimos coger, para un escrito que él mismo había de proveer; y sin querer oír, ni dar vista de las diligencias a don Eduardo, que las pedía con protesta a nombre y voz como apoderado del vecindario."

Posteriormente, Pablo Sarmiento (folio 51 ibídem) a nombre de Flórez Longoria, Eduardo de la Guerra y de otros vecinos "del sitio y parroquia de la Victoria del Santísimo Rosario, alias el Guáimaro en los playones del río Magdalena", se dirigió al Virrey con fecha 8 de noviembre de 1776 para pedirle que "mantenga a mi parte en la posesión que le dio de las tierras de Cañaverales..."; las cuales —dice— eran, según la merced, "treinta y ocho caballerías por la medida que se hizo", pero "sólo se hallaron treinta y tres." Se queja de la conducta de don Manuel de Zúñiga y de don Nicolás Martínez, a quien llama "hombre poderoso", en Santa Marta, y que tiene dependientes de sí a la mayor parte de sus convecinos..., que a su voluntad tiene subyugado al Gobernador y a su Teniente...;

critica acerbamente el comportamiento del funcionario Félix de Almarza, a quien le hace el cargo de prevaricador en favor de don Domingo Jimeno, y termina pidiendo que el remate en favor de este señor sea declarado "insubsistente y de ningún efecto."

Por su parte, el funcionario Félix de Almarza manifestó que la posesión que se dijo dada a los vecinos del Guáimaro fue una "inventiva" fraguada por el Capitán aguerra don Julián de Valera para anticiparse a la que se dio a Jimeno, y que a él (Almarza) lo quiso sobornar Eduardo de la Guerra, uno de los que encabezaban la causa de los vecinos del Guáimaro contra Jimeno: "...conociendo el don Eduardo que no tenía justicia en lo que pretendía, lo acreditó a todas luces con el imponderable arrojado de hacerme la infame proposición de que me contribuiría \$ 500 con tal que condescendiese por lo menos a la suspensión de la posesión; cuyo irrespeto y enorme crimen le hubiera castigado conforme a derecho, si hubiera tenido competente auxilio de tropa o milicia con qué proceder a su arresto, y sólo pude usar de una seria represión a su exceso y descomedimiento. No sólo, excelentísimo señor, ha incurrido este sujeto en el coercible error y desacato de intentar corromper mi integridad con ruines baraterías, sino que también, viendo frustrados sus intentos arbitró el cauteloso medio de seducir con el don Julián a los dueños de bestias para que con frívolos pretextos se denegasen a fletarme las cabalgaduras necesarias para pasar a dar la referida posesión, sólo con el fin de entorpecerme la actuación de ello, en que me ha sido preciso acrisolar mi prudencia y ocurrir fuera del sitio a solicitarlas."

El vocero de los vecinos del Guáimaro, Pablo Sarmiento, obtuvo en Santafé, previo dictamen favorable del Fiscal Moreno y Escandón, que el Virrey amparase provisionalmente a los vecinos en "las tierras del Guáimaro" como se ve por el documento que a la letra dice:

"Santafé, 28 de noviembre de 1776.

"Vistos: con lo expuesto por el señor Fiscal, librese el despacho compulsorio citatorio cometido al Gobernador de la Provincia de Santa Marta para que haga saber a su Teniente Auditor de Guerra, que luégo inmediatamente y sin la menor dilación, remita las diligencias del remate celebrado, de las tierras del Guáimaro en don Domingo Jimeno, sin que en el entre tanto y hasta la resolución del superior Gobierno se inquiete a los vecinos de él en la posesión que aprehendieron y se les dio en virtud del Decreto de once de marzo de este año, proveído por esta Superioridad en Tenerife."

Pero ni en éste, ni en ninguno de los demás documentos que se dejan citados (salvo en las

declaraciones imprecisas de los testigos, que ya se analizaron) consta cuáles fueron los linderos de las tierras de "Cañaverales de San Nicolás, río San Sebastián de Sierra Nevada, etc.", ni se determina cuáles fueron aquellos a los cuales se refieren las dos "posesiones" dadas a Domingo Jimeno y a dichos vecinos y el remate relativo a Jimeno.

Los datos que esos y los demás documentos suministran, son completamente imprecisos, y, por tanto, insuficientes para conocer que las tierras descritas en el memorial de oposición son las mismas a que hacen referencia los documentos presentados, y las mismas que ocasionan la superposición alegada, con las de la propuesta.

El ingeniero doctor Segura, en su informe presentado ante esta Superioridad por el apoderado de los opositores, sólo se refiere a las de "San Matías", y a las de "Candelaria o Condueños", por lo que debe presumirse que él fue de la misma opinión que el doctor Perry, quien acepta en su informe que las razones en que se basan las conclusiones del Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos "conservan su fuerza, pues efectivamente, sus referencias inconexas y vagas que se encuentran en el expediente no permiten ni dan asidero para localizar un lote determinado".

Finalmente, tampoco aparece acreditado que el Municipio de Pivijay sea el sucesor legal de la antigua población del Guáimaro en el dominio de las tierras de "Cañaverales altos de San Nicolás, río San Sebastián de Sierra Nevada, sus derramaderos y playones", según se ha alegado.

Por todo lo dicho, esta oposición no puede prosperar. No se ha probado que tales tierras hubieran salido del poder del Estado antes del 28 de octubre de 1873.

Segundo lote: "San Matías"

La circunstancia de que el globo de tierra de "Cañaverales Altos de San Nicolás, río San Sebastián de Sierra Nevada, etc.", aparezca indeterminado, según queda demostrado en la parte precedente de este fallo, y la de que, según el apoderado de los opositores, dentro de este globo está "envuelto" el de "San Matías", facilitan, en cierto modo, la conclusión lógica acerca de la dificultad de saber con precisión, cuál es la parte de ese todo que queda comprendida dentro de éste, y cuál la zona en que tiene lugar la alegada superposición con los terrenos materia de la propuesta; sin embargo, la Corte hará un análisis sintético de los documentos y alegaciones de la oposición, para corroborar el concepto de que ésta también carece de fundamento.

En efecto, el derecho que se pretende en las denominadas tierras de "San Matías", se hace derivar, además del mismo documento de 11 de marzo del año de 1776, relativo a los terrenos de

"Cañaverales Altos de San Nicolás, etc.", de una providencia del Virrey José de Ezpeleta, de fecha 26 de agosto de 1796, que en su parte conducente dice así: "...Por tanto, fue acordado por los referidos mis Ministros de la enunciada mi audiencia, el que se debía librar ese título, lo que he tenido a bien y por él os hago gracia y merced a vos el doctor don José Munive y Mozo vecino de la ciudad de Santa Marta, de veinte caballerías de tierras en la parte que eligiereis del terreno que va expresado para que como propias y adquiridas con justo y legítimo título las posean, vos, vuestros herederos y sucesores pudiéndolas vender, cambiar o enajenar en cualquier manera, con tal que en el término de dos años las habéis de cultivar y mantenerlas siempre cultivadas con pastos o con siembras según su naturaleza, pues de lo contrario será nula esta gracia y se hará al que la denunciare. Ordeno y mando al Juez que por vos fuese requerido, mida y amojone las referidas veinte caballerías de tierra, en un globo y os dé posesión, y en ella os ampare y mantenga, y a voos herederos y sucesores, sin pretender que con pretesto se os inquiete en el goce y posesión."

Se desprende claramente del anterior documento:

1º Que la gracia o merced hecha al señor Munive y Mozo, se refería a "veinte caballerías de tierras" solamente;

2º Que ese globo o lote de terreno debía ser medido, amojonado y cultivado, como lo requerían los reales ordenamientos de la Cédula de San Ildefonso, que ya se dejaron citados en otro lugar de este fallo, y

3º Que el señor Munive debía elegir y determinar, "dentro del terreno que va expresado", el lugar o sitio en el cual debían concretarse, esto es, medirse y amojonarse, las veinte caballerías de la merced.

En relación con este terreno, el señor apoderado de los opositores se expresa así:

"Ya expresé atrás que este globo de San Matías constituye un sector envuelto dentro de las tierras de la adjudicación del antiguo vecindario del Guáimaro, en 1776, conocidas como Cañaverales Altos de San Nicolás, río San Sebastián de Sierra Nevada y sus derramaderos y playones, que unidos forman así el sector envolvente, respecto de San Matías.

"El título emanado del Estado, de donde arranca la propiedad privada de esos terrenos, es la Real Cédula expedida en Santa Fe el 26 de agosto de 1796, por el Gobierno del señor Ezpeleta, a favor de don José Simeón Munive y Mozo, abogado de la Real Audiencia y vecino de Santa Marta.

"El objeto directo de la merced, que se hizo con base en lo dispuesto por la Real Cédula de

don Carlos III, expedida en San Ildefonso el 2 de agosto de 1780, fueron veinte caballerías de tierra, que habrían de escogerse, deslindarse y amojonarse dentro de un globo encerrado por un perímetro triangular, según el plano que hizo el agrimensor don Cristóbal Vidal, cuya copia presente, tomada del archivo nacional.

“Es verdad que el doctor Munive y Mozo no alcanzó a obtener el deslinde de las veinte caballerías que le adjudicó el Gobierno español, pero hay una sentencia de que hablo en seguida, que reconoce prescripción a favor de los sucesores de Munive y en contra de los vecinos del Guáimaro y Pivijay.”

La sentencia a que alude el doctor Cuervo (folio 83, cuaderno número 2) es la que dictó la Gobernación de Santa Marta en el juicio seguido en los años de 1830 y 1831 entre doña María Francisca Martínez Munive de Falquez y los vecinos del Guáimaro y Pivijay, para que se declarara que ellos tenían mejor derecho en las tierras de “San Matías” que los herederos de Munive y Mozo. El juicio de que se trata, cuyo expediente —según constancia de la Secretaría del Juzgado del Circuito de Santa Marta, de fecha 30 de septiembre de 1865— se encuentra incompleto, “pues faltan desde la hoja primera (1ª) hasta la 30...”, se promovió con fundamento en varios documentos que estaban en esas fojas, y en las varias declaraciones de testigos, a las cuales ya se hizo referencia en otra parte del presente fallo. Consta igualmente que dicha sentencia, que fue absoluta para la parte demandada, fue apelada por la parte contraria “para ante la Corte de apelación” sin que se sepa qué curso y resultado tuviera tal apelación.

Los testigos cuyas declaraciones fueron ratificadas, declararon que asistieron a las picas de las tierras de “Cañaverales Altos, etc.”; que Munive se estableció dentro de esas tierras como vecino, y que “los términos o deslindes de las tierras adjudicadas al vecindario del Guáimaro hoy nombradas ‘San Matías’ llegaron hasta un árbol nombrado *Guamo*, situado mucho más allá de Las Bodegas en el cual i pr. orden del agrimensor D. Franco Garavito fueron fijados los pernos; que lo que dho. señor practicó en estas diligencias, oyó decir, fue aprobado pr. la competente autoridad....”

La vaguedad de estos testimonios es notoria, y la misma sentencia en que obraron reconoce “que no están fundados sino en sus propios dichos”, y que además, se hallaban contradichos “por la abundante justificación que se registra de fôja 112 a la 147”, aportada por la parte demandada.

Sobre la declaración del testigo Juan de la Hoz, ya se dijo antes que no fue ratificada y que sólo constituye un solo testimonio.

Finalmente, aunque en la sentencia se dice que aun cuando la parte demandada no hubiera probado el “sostenimiento de su propiedad”, “la concesión de la merced de las veinte caballerías de tierras denominadas San Matías, se verificó en agosto de 1796 habiéndola estado poseyendo y cultivando desde antes el denunciador”, y que “a ciencia y paciencia i sin la menor oposición por parte del vecindario del Guáimaro se han poseído y disfrutado como propias i separadas en el discurso de los años que han mediado”, tales declaraciones, aunque se hubiera comprobado que quedó ejecutoriada la sentencia en que se hicieron, no obligan ni producen efectos para oponerlas como decisión judicial de prescripción contra la Nación, pues ésta no fue parte en el juicio en que se pronunció tal sentencia.

Pero tampoco en esa ocasión se comprobó cuáles fueron, dentro del lote mayor, las veinte caballerías de tierra adjudicadas a Munive y Mozo, quien no hizo la elección, deslinde y amojonamiento de tal cantidad de terreno.

Sobre este particular, y en caso muy semejante al presente (véase la sentencia de fecha 14 de abril de 1943 dictada en el juicio que decidió la oposición a la propuesta de contrato de William Neilson, G. J. números 1996 y 1997), ya esta Sala de Negocios Generales de la Corte expresó su concepto, en la siguiente forma:

“La Ley 63 de 1872 no determinó por su situación y linderos cuál era el lote de baldíos que la Nación le cedía al Estado de Antioquia, ni este Estado, previa la respectiva elección que podía hacer, obtuvo la entrega correspondiente de la Nación en la zona que hoy se reclama como específicamente vinculada a la cesión de que trata esa Ley, luego ni ese Estado, ni el Departamento de Antioquia, ni el señor Francisco J. Cisneros, ni la Sociedad Agrícola y de Inmigración, ni el opositor, pueden hoy alegar que el petróleo que se encuentre en la zona a que se refiere la presente oposición no le pertenece a la Nación por haber salido legalmente de su patrimonio antes de 1873, pues debiéndose aplicar para la época anterior a la reserva del petróleo en ese año, el antiguo principio de que el dueño del suelo, lo es también del subsuelo (*Qui dominus es soli, dominus est coeli et inferorum*) se tiene, que si la Ley 63 de 1872, por las razones ya expuestas, no pudo operar como título constitutivo del dominio de determinada extensión superficiaria de terrenos baldíos en favor del Estado de Antioquia, tampoco puede operar con ese carácter en tratándose del petróleo que pueda existir en el subsuelo de esa misma y determinada extensión superficiaria, porque de acuerdo con la Ley 160 de 1936 (artículo 10) ‘es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con

anterioridad al 28 de octubre de 1873', y ya quedó demostrado que *legalmente* no salió del patrimonio de la Nación, para entrar en el del Estado de Antioquia, la zona o lote al cual se refiere el presente juicio sumario, porque tal zona o lote no aparece determinado o individualizada como *cuerpo cierto* en la Ley 63 de 1872, ni se obtuvo entrega de él antes de 1873, previo el cumplimiento de las formalidades establecidas para tales casos."

Como en el caso que se cita, el señor Munive y Mozo, dentro del mismo plazo que la merced le había señalado para cultivar las veinte caballerías, pues era lógico que primero se determinara el cuerpo cierto en el cual debía luego darse la posesión y efectuarse el cultivo, debió cumplir tal obligación para que su derecho se concretara en esas veinte caballerías que se le concedían dentro del globo mayor, medido por Cristóbal Vidal en 1794, y no consta que lo hiciera.

El doctor Jorge Perry hace constar en su informe ante esta Superioridad que en los cómputos hechos por el Servicio Técnico del Ministerio del ramo con relación a la cabida de las tierras de "San Matías", existe una equivocación proveniente de haber tomado el dato de cincuenta y una caballerías (51) errado en las copias presentadas, en circunstancias que el verdadero número de caballerías deducidas por Vidal cuando levantó su plano, es de cincuenta y cinco (55) caballerías según se puede ver de la copia correcta sacada del archivo nacional el 10 de julio de 1941, por lo cual hace constar también el doctor Perry que el verdadero número de varas que arrojan los cómputos de Vidal es de 332.194.000, y que tiene razón el ingeniero Eduardo Segura en el número de varas cuadradas que asigna a tales cómputos, y no el Servicio Técnico del Ministerio; quien con el dato errado de las 51 caballerías, en vez de 55, sólo obtuvo 308.184.000 varas cuadradas castellanas.

En efecto, en el término probatorio del presente juicio, se trajo a los autos copia de las diligencias de mensura practicadas por el agrimensor Vidal, y en ellas se habla de que "el área total de las tierras mensuradas por él fue de trescientos treinta y dos cuantos, ciento noventa y cuatro mil varas castellanas que hacen *cincuenta y cinco* caballerías, *diez y siete* fanegas, dos almudes y un mil trescientas veintiocho varas que se incluyen bajo los tres perpetuos linderos que se relacionan con estas diligencias...." (Cuaderno número 8, folio 24).

Mas esta circunstancia no comporta ningún elemento nuevo para que pueda modificarse el concepto de la Sala acerca de la imposibilidad que hay en conocer la localización actual y la consecuenencial superposición que pueda existir, como bien lo anota el doctor Perry, "entre los

terrenos que fueron realmente objeto de la adjudicación o merced hecha en 1796, y la propuesta del señor Samper", y porque, además —agrega la Sala— es esta merced, según el apoderado de los opositores, la que constituye el título emanado del Estado, de donde arranca la propiedad privada de esos terrenos a favor de don José Siméon Munive y Mozo.

Sobre el particular, el doctor Perry se expresa así:

"La expresión 'del terreno que va expresado', se refiere al terreno medido por Vidal y declarado por éste y otros testigos como realengo.

"Claramente se ve de lo transcrito, que las tierras adjudicadas a Munive y Mozo fueron con precisión las correspondientes a 20 caballerías que debían medirse y amojonarse en globo, esto es, en extensión continua, en la parte que el adjudicatario eligiera dentro del globo general demarcado y medido por Vidal. No hay constancia en el expediente de que se hubieran escogido y deslindado esas 20 caballerías, y por el contrario aparece que esas operaciones no se llevaron a efecto y por tanto no es posible verificar su localización.

"El área de las 20 caballerías en medidas métricas es de 8.378 hectáreas con 8.936 metros cuadrados, adoptando las equivalencias usadas en la época para esa región que se basaban en la vara de Burgos.

"Como según el levantamiento ya más preciso hecho por el Ingeniero Segura, el lote medido y demarcado por Vidal tiene una superficie de 27.624 hectáreas con 3.845 metros cuadrados, es decir, más del triple de la correspondiente a las 20 caballerías, y tal lote está dividido en dos sectores, uno de 12.520 metros cuadrados, que no está afectado por la superposición, y en cualquiera de los dos caben las 20 caballerías, efectivamente es imposible definir si el terreno preciso que corresponda a esas 20 caballerías, habrá de quedar o no afectado por la propuesta tantas veces citada.

"Conclusiones sobre las tierras de San Matías. De todo lo expuesto hasta aquí se deducen las siguientes conclusiones acerca de las tierras de San Matías.

"1º La determinación y localización hechas por el ingeniero doctor Segura del globo de terreno demarcado por el agrimensor Vidal en 1794, concuerda hasta donde es posible, con los datos y elementos determinativos de dicho globo que figuran en la documentación presentada, se acomodan al conocimiento actual geográfico del terreno y por tanto son técnicamente aceptables.

"2º Existe en realidad una superposición parcial entre dicho globo de terreno y el área que comprende la propuesta del señor Samper.

“3º No hay en el expediente datos ni elementos para localizar con la precisión requerida las tierras de San Matías y por lo mismo, como lo declara el Servicio Técnico, no se puede decir si hay o no superposición entre estas tierras y el área de la referida propuesta.”

Las cuestiones primordiales quedan, pues, en pie:

a) No se sabe dónde se localizaron y determinaron las veinte caballerías de la merced de 1796 dentro del globo mayor medido por Vidal, porque Munive y Mozo no hizo la elección del sitio donde debían ser medidas, deslindadas y amojonadas, y recibir la posesión de ellas como cuerpo cierto, luego de practicarse tales actos.

b) No se puede saber, dados esos antecedentes, si existe realmente superposición entre el terreno de la propuesta Samper y esas veinte caballerías de tierra, cuya ubicación se desconoce, porque no se pidió.

c) Por las mismas razones que preceden, no se ha acreditado que los terrenos a que se refiere esta oposición hubieran salido legalmente del poder del Estado antes del 28 de octubre de 1873.

Bastan estas consideraciones para acreditar las razones que a la Corte asisten para declarar sin fundamento esta oposición; pero puede añadirse que los demás documentos que presenta el señor apoderado de los opositores, tampoco concurrirían a desvirtuar esa conclusión de ella, antes bien a reafirmarla.

Con efecto, en el documento otorgado el 20 de junio de 1844 ante el Escribano Público de Santa Marta, se expresa que la señora María Francisca Munive de Falquez vende a Joaquín Munive “veinte caballerías de tierras situadas en el camino que conduce de la hacienda de San Pedro de la propiedad del comprador a la Parroquia de Medialuna y Pivijay, no haciéndose la correspondiente citación de linderos por no haberse deslindado anteriormente el terreno, habiéndose convenido en (sic) dicho comprador a la práctica de esta diligencia, siendo de su cuenta los costos...” (Los subrayados son de la Corte).

En la escritura otorgada en Ciénaga el 13 de julio de 1855 por la cual Carmen Hamburger de Munive, como tutora legítima de su menor hija Joaquina Sara Munive, vendió a Pedro Orozco y otros las tierras citadas en el documento anterior, tampoco se determinaron esas tierras. En tal escritura también se dice que no se mencionaban los linderos por “no haberse deslindado anteriormente el terreno”. Esta venta también habla solamente de veinte caballerías.

En la escritura número 9 de 17 de mayo de 1876 de la Notaría de Pivijay, por la cual Eusebio Orozco, en su propio nombre, en representación de sus hermanos Eusebio, Félix, Petrona y María de los Santos y de su sobrina María

Francisca Orozco, se lee que vende al Municipio de Media Luna “veinte caballerías de tierra denominadas de San Matías, ubicadas en la jurisdicción del mismo distrito, comprendido dicho terreno dentro de los linderos explicados en la diligencia de mensura practicada por el agrimensor señor Cristóbal Vidal en los primeros días del mes de febrero del año de mil setecientos noventa y cuatro, la diligencia se halla inserta en el título respectivo; cuyos terrenos ha adquirido el otorgante y sus representados por herencia de su legítimo padre Pedro Orozco, ya difunto, y éste, por compra que de dichos terrenos hizo a la señora Carmen Hamburger de Munive, según consta de escritura pública otorgada ante el Notario del Circuito de Villa de Ciénaga en trece de julio de mil ochocientos cincuenta y cinco y que entrega al comprador con los demás títulos de propiedad...”

Claro resulta de los documentos precitados que lo allí mencionado no fue un terreno determinado, sino lo mismo a que había hecho referencia la merced de 1796 en favor de José Munive y Mozo; esto es, un derecho de cuota equivalente a veinte caballerías de terreno dentro del globo mayor a que hacían alusión la mensura y plano de Cristóbal de Vidal, derecho que nunca se materializó en el terreno constitutivo de ese globo, y que estaba sujeto a las condiciones resolutorias en tal merced señaladas y a los requisitos que exigía la Cédula Real de 2 de agosto de 1780.

Pero, aunque en gracia de discusión solamente, todo lo que queda expuesto no fuera así, tendríase como ya se dejó visto y lo corrobora el informe del doctor Perry, que como según el *levantamiento hecho por el doctor Segura* —subraya la Corte— el lote medido y demarcado por Vidal, es de una superficie triple de la correspondiente a las veinte caballerías de la merced a Munive y Mozo, y tal lote está dividido en dos sectores, uno “superpuesto a la propuesta del señor Samper”, y otro “que no está afectado por la superposición, y en cualquiera de los dos caben las 20 caballerías, efectivamente es imposible definir si el terreno preciso que corresponda a esas 20 caballerías, habrá de quedar o no afectado por la propuesta tantas veces citada”.

Tampoco la oposición que se examina tiene fundamento legal, y, en consecuencia, así se declarará.

Tercer lote: “Candelaria o Condueños”.

Según afirma el apoderado de los opositores en su escrito de oposición, punto g) “Las tierras que hoy pertenecen a la comunidad de ‘Candelaria’, conocidas con este nombre, salieron del dominio del Estado, y no han sido recuperadas por éste, desde el año de 1774, es decir, mucho antes de la reserva del petróleo por el Estado.”

En apoyo de su afirmación alega, con una copiosa e importante documentación, de la que, en

synthesis, resulta lo siguiente: Por petición de José Flórez Longoria, Antonio Sánchez, Julián Balera y "demás consocios pobladores del enunciado sitio de la Victoria del Santísimo Rosario, el Gobierno de Santa Fe dispuso lo siguiente: "... Por tanto se le concede al denunciado don José Flórez Longoria y a los demás, por quienes representa la dicha gracia y licencia que pide para que ponga en práctica la dicha fundación permitiéndosele y franqueándosele al dicho y demás nuevos pobladores que a ella contribuyere las treinta y ocho caballerías de tierras que se solicitan sin necesidad de pregones (por las facultades legales que para ello residen en la superioridad de este Gobierno) bien que por el interés que podría (aunque dudoso) resultar tal vez a la Real Hacenda si se sacasen a la hasta pública se habrá de entender del precio que ha de contribuir por el don José y consortes, ha de ser y arreglarse por el mayor a que se hubiesen vendido otras tierras de igual calidad, situación y comodidad y demás circunstancias atendibles en el caso en aquella provincia, y a cuya consideración y respeto se justipreciarán las dichas treinta y ocho caballerías mensurándose y deslindándose a costa de los referidos pretendientes en la conformidad que parece al fiscal; y para que tenga efecto, el Gobernador de Santa Marta elegirá persona inteligente y de la mayor satisfacción para dicha medida y deslinde de las mencionadas caballerías cuyo importe se enterará en las reales Casas de dicha ciudad. Y para todo se libre despacho al Gobernador con inserción de este expediente y diligencia que lo impulsan dando aviso a este superior Gobierno de su cumplimiento con testimonio de lo que actuare. *Guirior*. Por mandato de su excelencia Matheo Carrasquilla."

El Gobernador de Santa Marta, por Decreto de 21 de agosto de 1773, en ejecución de lo arriba ordenado, nombró al agrimensor Luis Guerrero para que procediera a practicar las diligencias de mensura, deslinde, amojonamiento y avalúo de las "treinta y ocho caballerías de tierras" solicitadas, diligencias que se practicaron resultando "componerse el terreno medido delineado en el plano de treinta y tres caballerías, veintinueve fanegadas y once almudes".

Tales diligencias fueron aprobadas por el citado Gobernador el 7 de octubre de 1773 y remitidas, el Fiscal emitió el siguiente dictamen:

"Ecmo. Señor el Fiscal de su Magestad dice Ha reconocido las diligencias de medidas, deslinde y avalúo de las tierras que han denunciado don José Flórez Longoria y sus consortes para una nueva Población llamada de Castro, con jurisdicción de la Provincia de Santa Marta y en atención a que se dispuso por la superioridad de Vca. la solemnidad de pregones y remate y se

hayan enterado en Reales Casas de Santa Marta el precio de las treinta y tres caballerías veinte y nueve fanegadas y once almudes que resultan en la medida de dhas. tierras a razón de diez pesos cada caballería, podrá exa siendo servido hacer la adjudicación que se solicita para la nueva población con tal de que los actuales compradores las hayan de dar a razón del mismo precio a los otros sujetos que han de establecerse allí, y que en ningún tiempo puedan enagenarlas en manos muertas y con las demás condiciones y requisitos establecidos por las leyes mediante a haber cumplido con satisfacer también el Real Dro. de mediagnata."

El 27 de julio de 1774, el Virrey Manuel de Guirior, expidió la correspondiente merced, en la que se lee lo siguiente: "... Por tanto... he venido en hacer como por el presente hago merced a las treinta y tres caballerías y veinte y nueve fanegas y once almudes de tierra sitas en centro de las savanas incultas que sigue desde la población del sitio de la Victoria del Santísimo Rosario de Castro, jurisdicción de la Provincia de Santa Marta en la misma conformidad que se midieron, amojonaron y deslindaron a los impetrantes D. José Longorio, vezo y administrador de la renta de correos de Cartagena, D. Antonio Sánchez D. Julián Balera y demás consocios pobladores del enunciado sitio y se las adjudico para nueva población que propusieron fundar, y la que verificarán con la maior brevedad usando de la facultad y licencia que para ello se les tiene concedidas por mi superioridad la qual merced hago a los dichos a sus herederos y subcesores y a quien su poder y causa representare, para que desde ahora y por todos los dias de su vida, las hayan, tengan, haviten, labren, cultiven y disfruten como suyas propias, habidas y adquiridas con justo título y derecho para cuio efecto y de que certifiquen los favorables efectos de su población en dhas. tierras a beneficio del público, tendrán estas devidas cercadas y amojonadas con linderos fixos y estables segun las distintas partes y poceciones en que se dividiere el terreno entre los interesados y colonos de la nueva población...."

Consta, además, que esta merced, habiéndose pagado el valor de las tierras y la media *annata*, fue confirmada por Real Cédula.

Sigue la relación de otros documentos relativos a la propiedad de las mismas tierras, hasta llegar a la constitución en forma legal de la comunidad o condueños de "Candelaria".

Hasta aquí la parte jurídica. Pero la de hecho la plantea así el señor apoderado de la oposición en el punto *cuarto* de su respectivo memorial:

"Cuarto. Parte del área del terreno sobre que versa la propuesta del señor Jaime Samper abar-

ca una parte de los terrenos de 'Candelaria' o 'Condueños', como lo demuestro con el adjunto plano, en que se hallan dibujadas las dos áreas y el espacio en que la de la propuesta se superpone a la de Candelaria."

Es sobre este punto sobre el cual versa la discrepancia en cuanto a esta oposición, tanto por parte del señor Procurador Delegado en lo Civil, el Servicio Técnico del Ministerio y el apoderado del proponente, como por parte del de los opositores, pues al tiempo que este último sostiene que existe superposición parcial con las tierras de la propuesta Samper, los tres primeros sostienen lo contrario y que "la localización hecha por el opositor de los terrenos de 'Candelaria' o 'Condueños' en el plano presentado con la oposición, está totalmente equivocada y no corresponde ni a los títulos, ni a la mensura oficial."

Se presenta, pues, ante la Corte no solamente la cuestión legal o de carácter jurídico, sino una de índole esencialmente técnico, que ella no puede decidir sino en presencia de una plena justificación de los hechos de esa misma índole que son necesarios para formar su convicción.

De la información o concepto del Servicio Técnico del Ministerio, se copia lo siguiente:

"Se han transcrito los linderos anteriores del terreno de 'Candelaria' o 'Condueños', tal como los da el opositor en su memorial de oposición, para hacer ver, sin lugar a dudas, que son ellos los mismos dados en la mensura de don Luis Guerrero y para hacer ver de una manera terminante que el polígono que representa estos linderos y mensura no es el polígono localizado por el opositor en el plano presentado. No se ha encontrado por esta Sección, base ninguna para dicha localización, y es preciso concluir que ella está completamente equivocada.

"En el mismo plano que presenta el opositor, hemos localizado el perímetro del polígono medido por el agrimensor don Luis Guerrero, a partir de 'Loma Soledad', punto citado por dicho agrimensor; esta localización que hemos hecho en tinta roja es la correcta interpretación de la mensura verificada en el año de 1773, mensura que fue aprobada y con base en la cual se expidió el correspondiente título a los condueños de 'Candelaria'. Por dicha localización se puede constatar que no hay, ni puede haber superposición del lote de terreno solicitado en concesión por el señor Jaime Samper en los terrenos de 'Candelaria'.

"Para comprobar más que no hay la superposición alegada, hemos localizado el mismo globo de terreno de 'Candelaria', en un mapa de la región de Pivijay, cuya copia acompañamos también al presente estudio, mapa tomado del mapa oficial del Departamento del Magdalena,

elaborado por la Oficina de Longitudes del Ministerio de Relaciones Exteriores."

Estas y las demás discrepancias existentes entre el representante de los opositores y el del Servicio Técnico del ramo, fue lo que ocasionó que el primero pidiera —además de la inspección ocular de que luego desistió— la intervención de un ingeniero nombrado por la Sala para que con vista del concepto y datos suministrados por el doctor Segura, escogido por el apoderado de los opositores, dijera de parte de quién está la razón.

En cuanto a las tierras de 'Candelaria' o 'Condueños', y al desacuerdo existente entre el doctor Segura y el Servicio Técnico, exprésase así el doctor Perry:

"El desacuerdo esencial que en relación con estos terrenos ha surgido entre el Servicio Técnico y el doctor Segura, se refiere principalmente a la ubicación y localización precisa del lote, operaciones de las cuales depende que exista o no superposición o interferencia entre éste y la propuesta del señor Samper.

"En el plano presentado inicialmente con la oposición relativa a estos terrenos, se señala como lindero occidental del lote una recta que va del sitio denominado Loma de Soledad, al punto marcado Paso de Cayetano sobre el Arroyo Salado, y que tiene dirección y longitud muy diferentes a las que fijan los títulos para esa línea, lo que es indudablemente uno de los motivos para que el Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos conceptuara que la localización del lote está completamente errada.

"Parece que la adopción que un principio se hizo de la referida línea, como la correspondiente al lindero occidental, tuvo su origen en la expresión de los linderos que figuran en los títulos de adjudicación, los cuales al describir los dos últimos alineamientos del perímetro dicen: 'Desde cuio paraje del ubero en donde se pusieron varias marcas y cruces para conocimiento del paraje, se midió el rumbo sesenta y seis grados por el que se midieron directamente siete mil varas que finalizaron en el ható y casa de Soledad, y en un palo que llaman Naranjito, se puso la marca como en los antecedentes, y desde cuio paraje siguiendo la medida por ángulo de treinta y cinco grados del Norte para el Oeste, se midieron nueve mil varas que terminaron en el paraje en que se dio principio a esta mensura....' Como este último paraje que fue el denominado Paso de Cayetano sobre el Arroyo Salado, es punto obligado porque fue el de partida y naturalmente el de cierre, se le unió con una recta con el punto Loma de Soledad, asumiendo que éste corresponde al que en los títulos se nombra 'Ható y casa de Soledad'. Y la línea así trazada resulta en la práctica con rumbo y longi-

tud muy diferente a lo que en los títulos se especifica.

“En el nuevo y más completo plano que acompaña el ingeniero Segura a su réplica, se modifica el trazo de la línea en referencia, dándole el rumbo que figura en los títulos y ya de acuerdo con un interesante y para el efecto muy valioso documento encontrado últimamente, que es el plano elaborado por el propio agrimensor don Luis Guerrero, quien hizo la mensura, demarcación y amojonamiento del lote para la adjudicación y a cuyos resultados se ciñó ésta según puede verse en el título.

“El Servicio Técnico localiza el globo de terreno de la ‘Candelaria’ o ‘Condueños’, siguiendo estrictamente los datos numéricos de rumbos y longitudes de las líneas del perímetro, dados por el agrimensor Guerrero en la descripción de su mensura, pero partiendo de Loma de Soledad, sitio que considera es el mismo ‘Hato y casa de Soledad’ citado por Guerrero. Con fundamento en esta localización encuentra, como efectivamente resultaría si ella la fuera verdadera, que no existe superposición alguna con el área de la propuesta del señor Samper.

“Pero a la localización hecha por el Servicio Técnico se pueden hacer las siguientes objeciones válidas que impiden aceptarla.”

En esta parte de su informe después de hacer el doctor Perry varias observaciones al del Servicio Técnico, entre ellas que éste adoptó, suponiendo “un hecho no comprobado y por el contrario bastante dudoso, cual es la identidad entre el actual caserío de Loma de Soledad y el citado en los linderos como Hato y casa de Soledad”; que “no cumple la necesaria y esencial condición de que el vértice N. W., es decir, el punto de partida de la alinderación original del lote quede localizado sobre el Arroyo Salado como clara y precisamente lo expresan los mismos linderos”; que el lote señalado por el Servicio Técnico no toca siquiera el Caño Ciego y hace omisión de otros puntos reconocibles; que no tuvo en cuenta la variación secular de la aguja magnética, ni a la vista entonces “la información adicional posteriormente allegada al expediente y especialmente el plano del agrimensor Guerrero y el croquis hecho en 1849 documentos que no obstante sus explicables deficiencias arrojan mucha luz en el problema de la localización del lote”; después de hacer estas observaciones —se repite— el doctor Perry concluye así su informe:

“1º La ubicación que el Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos asigna al lote de Candelaria o Condueños no está de acuerdo con los elementos identificativos de que se dispone y por tanto no tiene fundamento aceptable.

“2º La localización hecha por el ingeniero doctor Segura y que señala con el polígono interior

más pequeño en el plano que acompaña a su réplica, es la que más concuerda con los títulos y con las demás informaciones que se encuentran en el expediente.

“3º Sobre la base de la información topográfica que en ese plano aparece, se puede afirmar que si hay superposición parcial entre el lote de Candelaria o Condueños y el de la propuesta del señor Jaime Samper”.

Ya se expuso antes en qué forma y con cuál alcance se aceptó la intervención de los doctores Segura y Perry, y ya también se dejó citada en otro lugar de este fallo la parte fundamental del informe del doctor Perry, acorde, en esencia, con la doctrina establecida por esta Sala en anteriores y similares decisiones.

No obstante la respetabilidad de los conceptos de los doctores Segura y Perry acerca de que existe la alegada superposición, ellos no bastan en derecho. Este hecho no puede aceptarse como demostrado sin un reconocimiento pericial, *in situ*, de las tierras materia de las discrepancias con el respectivo informe del Servicio Técnico, fuera de que según se ha visto por lo transcrito arriba, el informe del doctor Perry, sobre estas tierras, contiene varias deducciones que adolecen de duda o de falta de seguridad.

El doctor Perry se funda, no en un examen *personal y directo de los terrenos* de que se trata, sino en los informes del doctor Segura que, por vía “de réplica” a los del Servicio Técnico, se han presentado por la parte opositora, sin que por parte de la proponente se hubiera nombrado a otro ingeniero para que se hubiera practicado en el terreno mismo una verdadera diligencia pericial con vista de todos los documentos y elementos necesarios para no incurrir en error de apreciación.

Tampoco puede, pues, la Corte aceptar como legalmente comprobada la superposición que se alega.

Fallo.

Por todo lo que se deja expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *resuelve que son infundadas* las oposiciones hechas a nombre del Municipio de Pivijay y de la comunidad llamada “Candelaria” o “Condueños”, a la propuesta de contrato hecha por el señor Jaime Samper, a la cual se refiere el presente juicio sumario.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en el próximo número de la *Gaceta Judicial*, y devuélvase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

José M. Blanco Núñez, Anibal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Luis Francisco Martínez, Oficial Mayor.

Acción para el pago de perjuicios materiales y morales. - Posibilidad de la prueba de los perjuicios que aparecen como eventuales y contingentes. - Presunciones.

1. El seguro de vida, establecido por la Ley 44 de 1939, artículo 1º, como lo ha expresado la Corte en repetidas ocasiones, no limita la acción indemnizatoria de perjuicios consagrada en el artículo 2341 del Código Civil; pero si esta última prospera, y el seguro se ha pagado, debe descontarse el valor de éste de la suma a que se concrete la condena civil común.

2. Los expositores Henri y Léon Mazeaud admiten la posibilidad de que se pruebe y llegue a ser cierto un perjuicio que aparece como eventual y contingente. Y precisamente consideran el caso de que si una persona no hubiese muerto, otra habría recibido asistencia económica de la primera. Son frecuentes las construcciones jurisprudenciales colombianas en que entra como fundamento la probabilidad, la 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 construir. Al admitirse así la vida probable, para ciertos cálculos, se acepta también un factor de incertidumbre en la entidad del daño. Del mismo modo, en los cálculos 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 disminuye 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 causa en el obligado a reparar un perjuicio civil. Y así 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 ancianidad, para deducir de ella determinadas consecuencias. Cuando se examinan algunos casos concretos, de relaciones de asistencia entre padres e 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 inmanente que palpita en la entraña de la situación contemplada. Uno de esos 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.

3. Conforme al artículo 66 del Código Civil 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.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veintidós de julio de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Ante el Tribunal Superior de Bogotá elevaron demanda los cónyuges Julio S. Cuervo y Florentina Ruiz de Cuervo, por medio de apoderado, para que en juicio ordinario se hagan estas declaraciones:

«Primera. Que la Nación colombiana es responsable por culpa, negligencia, descuido y falta de previsión de agentes suyos, del siniestro que causó la muerte del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz, ocurrido el veintitrés de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro, a eso de las nueve de la mañana, en los trabajos de la empresa del Nuevo Acueducto de Bogotá, en jurisdicción del Municipio de Usme, consistente en haber estallado un tanque de aire comprimido y al volar una de sus tapas, haber golpeado violentamente al mencionado ingeniero Marcos Cuervo Ruiz, por cuya consecuencia murió inmediatamente.

«Segunda. Que la Nación colombiana es responsable por culpa, negligencia, descuido y falta de previsión de agentes suyos, de la muerte trágica del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz, ocurrida el veintitrés de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro, como a eso de las nueve de la mañana, en los trabajos de la empresa del Nuevo Acueducto de Bogotá, que se adelantaban por cuenta y bajo la responsabilidad de la Nación colombiana, en jurisdicción del Municipio de Usme, muerte trágica causada por el hecho de haber estallado un tanque de aire comprimido y haber volado una de sus tapas, la cual golpeó violentamente, por la espalda, al ingeniero Marcos Cuervo Ruiz, y le causó la ruptura total de la columna vertebral a la altura de la cuarta lumbar y el desgarramiento de la aorta abdominal, ocasionándole la muerte inmediata.

«Tercera. Que en virtud de las responsabilidades de las dos anteriores peticiones, la Nación colombiana está obligada a pagar seis días después de ejecutoriada la sentencia, a mis mandantes Julio S. Cuervo y Florentina Ruiz de Cuervo, en su condición de legítimos padres y únicos herederos del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz, la cantidad de ciento veinte mil pesos moneda corriente (§ 120.000) por los perjuicios materiales y morales, sufridos por la muerte trágica del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz, o la suma que se fije por peritos en la forma legal.»

Como hechos fundamentales de la acción, se adujeron 37, de los cuales destaca la Sala éstos:

«1º Por escritura pública número 1378 de 31 de agosto de 1933, de la Notaría 3ª de Bogotá, se

celebró un contrato entre la Nación colombiana, representada por el Ministro de Obras Públicas, doctor Alfonso Araújo, por una parte, y el Municipio de Bogotá, representado por el Personero Municipal, doctor Germán Zea Hernández, por la otra parte, por el cual se comprometió y obligó la Nación colombiana a *tomar bajo su cargo y responsabilidad la construcción del nuevo acueducto para la ciudad de Bogotá*, por una suma de pesos determinada en la referida escritura.

2º Por Decreto 1604 de 21 de septiembre de 1933 del Poder Ejecutivo Nacional, se organizó en el Ministerio de Obras Públicas una sección encargada de lo relacionado con la construcción del nuevo acueducto de Bogotá, y se creó, como dependencia del Ministerio de Obras Públicas, la sección especial denominada "Dirección del Nuevo Acueducto de Bogotá", encargada de la dirección, administración y ejecución de los trabajos de construcción del nuevo acueducto de la capital de la República.

3º Por Decreto número 1860 de 10 de noviembre de 1933, el Poder Ejecutivo Nacional autorizó al Director del Nuevo Acueducto de Bogotá para hacer algunos nombramientos y para reglamentar las funciones de todo el personal de esa dependencia.

4º La Nación colombiana principió por su propia cuenta y responsabilidad los trabajos del Nuevo Acueducto de Bogotá, ha continuado con esa obra hasta hoy en la misma forma, por su propia cuenta y responsabilidad.

5º Al principio, los trabajos del Nuevo Acueducto de Bogotá, ejecutados por cuenta y bajo la responsabilidad de la Nación colombiana, tuvieron mayor intensidad en la "Presa", jurisdicción del Municipio de Usme.

6º El señor Marcos Cuervo Ruiz fue llamado a prestar sus servicios de ingeniero en los trabajos de la "Presa" del Nuevo Acueducto de Bogotá, algún tiempo antes del 23 de diciembre de 1934.

7º El día 23 de diciembre de 1934, como a eso de las nueve de la mañana, estando en el desempeño de su cargo el ingeniero Marcos Cuervo Ruiz, estalló en los trabajos del Nuevo Acueducto de Bogotá un tanque de aire comprimido y al volar una de sus tapas golpeó violentamente a dicho ingeniero, por la espalda, y le causó la muerte inmediatamente. Cuervo Ruiz se encontraba como a unos diez y siete metros de distancia del lugar donde se encontraba instalado el tanque, dando la espalda a éste, pues estaba dedicado a la ocupación que le correspondía.

8º La tapa del tanque de aire comprimido, al volar golpeó violentamente al ingeniero Marcos Cuervo Ruiz, le causó la ruptura total de la columna vertebral a la altura de la cuarta lumbar, le produjo el desgarramiento de la aorta abdominal y dividió, casi completamente en dos par-

tes, por un poco más arriba de la cintura, el cuerpo de Marcos Cuervo Ruiz, causándole la muerte inmediatamente.

9º El ingeniero Marcos Cuervo Ruiz había desempeñado y estaba desempeñando el día 23 de diciembre de 1934, al momento de recibir la muerte violenta y trágica, la dirección técnica de una de las palas en los trabajos de la "Presa" del Nuevo Acueducto de Bogotá.

11. El tanque de aire comprimido que estalló el 23 de diciembre de 1934 en los trabajos del Nuevo Acueducto de Bogotá y causó la muerte inmediata y trágica del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz, fue mandado construir por la Dirección del Nuevo Acueducto de Bogotá, en los Talleres Centrales de Mecánica de propiedad de los señores Jorge y Gonzalo Jaramillo, en esta ciudad de Bogotá.

12. Los Talleres Centrales de Mecánica de propiedad de los señores Jorge y Gonzalo Jaramillo, de Bogotá, construyeron ese tanque para agua a presión, según plano suministrado por la Dirección del Nuevo Acueducto de Bogotá.

13. El tanque que estalló y causó la muerte del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz el día 23 de diciembre de 1934 en los trabajos del Nuevo Acueducto de Bogotá, no era apropiado para almacenar aire a presión, porque se había construido para agua a presión, y por eso ni el material empleado en su fabricación, ni la misma construcción, permitían emplearlo para el almacenamiento de aire comprimido.

14. El tanque de aire comprimido que estalló en los trabajos del Nuevo Acueducto de Bogotá, el día 23 de diciembre de 1934 y causó la muerte del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz, no tenía remaches, ni manómetro, ni válvula de escape, y apenas estaba soldado con soldadura autógena, y sus dimensiones no eran las apropiadas por la técnica para la construcción de un tanque destinado para el almacenamiento de aire comprimido.

15. El tanque que estalló en los trabajos del Nuevo Acueducto de Bogotá, el día 23 de diciembre de 1934 y que al volar una de sus tapas golpeó violentamente al ingeniero Marcos Cuervo Ruiz, causándole la muerte inmediata, había sido acoplado unos dos meses antes del siniestro, por orden del Superintendente de los trabajos del Nuevo Acueducto de Bogotá, al compresor de aire A.2. para que recibiera y almacenara el aire que producía dicho compresor A.2., y luego utilizar ese aire almacenado en el tanque para la perforación de rocas para taladros y demás trabajos correspondientes.

18. El día 23 de diciembre de 1934, Luis A. Bernal C., encargado de manejar el compresor de aire A.2., al cual estaba acoplado el tanque que estalló y dio muerte violenta al ingeniero Marcos Cuervo Ruiz, antes del siniestro prendió

el compresor de aire mencionado, le puso combustible y lo dejó funcionando, y en seguida se retiró a una distancia como de cien metros a ejecutar otros trabajos que se le habían ordenado, de suerte que cuando el tanque estalló ninguna persona estaba ni manejando, ni vigilando el funcionamiento del compresor de aire y tanque acoplados.

20. Antes del siniestro que causó la muerte del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz, el día 23 de diciembre de 1934, el Superintendente de los trabajos del Nuevo Acueducto de Bogotá ordenó que el compresor de aire A.2., al cual estaba acoplado el tanque que estalló, fuera puesto a producir más cantidad de aire que la que había producido en los días anteriores al siniestro, para dar fuerza suficiente al funcionamiento de dos pistolas y de una aguzadora que debían trabajar el día 23 de diciembre en la perforación de rocas para taladros y demás trabajos correspondientes. De manera que el día del siniestro, el tanque que estalló recibió mayor presión de aire que los días anteriores.

21. El día 23 de diciembre de 1934, tan pronto como los obreros o empleados del Nuevo Acueducto de Bogotá terminaron el trabajo de perforación de rocas, cerraron las dos pistolas y la aguzadora, únicos escapes que tenía el aire comprimido que producido por el compresor A.2. se almacenaba en el tanque que estalló, quedando, por lo tanto, el referido tanque completamente cerrado, sin que pudiera escapar parte alguna de aire y recibiendo constantemente el que se producía en el compresor A.2. cuyo funcionamiento no se interrumpió porque el encargado de manejarlo lo había abandonado.

22. El compresor de aire A.2. siguió funcionando y enviando al tanque acoplado la cantidad de aire que producía, porque el encargado del manejo de la maquinaria instalada, como se ha dicho en los hechos anteriores, tanque y compresor acoplados, y que lo era el señor Luis A. Bernal C., había abandonado esta tarea u oficio porque se le destinó a otros trabajos a una distancia de unos cien metros.

23. Cuando el día 23 de diciembre de 1934, como a eso de las nueve de la mañana, la presión de aire comprimido aumentó excesivamente en el tanque, estalló éste y al volar una de sus tapas golpeó violentamente, por la espalda al ingeniero Marcos Cuervo Ruiz y le produjo la muerte instantánea.

24. Los agentes de la Nación colombiana en el Nuevo Acueducto de Bogotá: Director del Nuevo Acueducto de Bogotá, Superintendente de los trabajos del Nuevo Acueducto de Bogotá, ingenieros encargados de la técnica del manejo del compresor de aire A.2. al cual se le acopló indebidamente un tanque, el encargado del manejo directo del tanque y compresor A.2. acoplados,

cometieron culpa, negligencia, descuido y falta de previsión, y no pusieron los medios adecuados para evitar el siniestro que causó la muerte del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz el día 23 de diciembre de 1934, en los trabajos del Nuevo Acueducto de Bogotá.

31. Al morir el ingeniero Marcos Cuervo Ruiz, sus legítimos padres, los señores Julio S. Cuervo y Florentina Ruiz de Cuervo, perdieron el apoyo material y el moral que estaban recibiendo y hubieran podido recibir en lo futuro de su hijo, derivado ese apoyo del lucro de la profesión de ingeniero y del respaldo moral que da a su familia un profesional distinguido, como ya lo era el señor Marcos Cuervo Ruiz, quien aparte de su profesión poseía excelentes dotes personales, clara inteligencia, especial actividad para su profesión, presentación personal y maneras distinguidas, exquisito dón de gentes, facilidad de expresión y voz adecuada para hablar en público, etc., todo lo cual lo hubiera colocado en destacadas condiciones entre los ingenieros del país, y le hubiera proporcionado puesto escogido en la sociedad.

32. La educación e instrucción del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz demandó la atención de sus padres durante el largo tiempo de estudios, en cuyos gastos invirtieron el producto de su honrado trabajo, sólo con la esperanza de sacar y tener un hijo ingeniero, del cual recibirían después todo el apoyo material y moral de los buenos hijos, como lo era el ingeniero Marcos Cuervo Ruiz.»

El fallo que puso término a la primera instancia del juicio estudia, en primer lugar, la personería de las partes, en especial de la Nación, que aparece como demandada, pues el Fiscal del Tribunal alegó la falta de aquella personería sustantiva, por no ser, en su opinión, la Nación obligada a responder de las prestaciones que se reclaman, sino el Municipio de Bogotá. Acertadamente el Tribunal observa cómo el contrato que se celebró entre esas dos entidades públicas para la ejecución de las obras del Nuevo Acueducto, no deja duda, por los términos de sus estipulaciones, de que implicó un convenio de la naturaleza de los previstos en el artículo 2053 del Código Civil, que dice: "Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta"; porque como la Nación tomó a su cargo la construcción y dirección de la obra del acueducto, comprometida a suministrar la materia para la confección de la obra, "es por esto que se concluye que el contrato fue de venta y, de consiguiente, obró como persona propia e independiente de la entidad para quien contrató y así es la llamada a responder" de sus actos, con personalidad suficiente y exclusiva ante terceros.

La culpa de la Nación la deduce también acertadamente el Tribunal fallador del examen que hace de las pruebas pertinentes, en los pasajes de la sentencia que en seguida se insertan:

«Constatan estos autos que la entidad denominada "Nuevo Acueducto de Bogotá" se dirigió al "Taller Central de Mecánica" que en esta ciudad tiene el señor Jorge Jaramillo, en el mes de octubre de 1934, y presentándole un plano expresamente levantado por esa misma entidad, le ordenó fabricar un tanque de hierro, apropiado para almacenar agua a presión, con las dimensiones, proporciones y condiciones fijadas en el mismo plano. Jaramillo convino en fabricar el tanque y, en efecto, sujetándose mecánicamente al plano, lo fabricó y lo entregó a la entidad que lo había solicitado; pero, se repite, ese tanque era para servicio hidráulico expresamente, porque así fue mandado fabricar, sobre un plano levantado para tanques especialmente destinados para almacenar agua a presión. Ocurrió que a pesar del conocimiento que la empresa "Nuevo Acueducto de Bogotá" tenía de la clase de tanque que sobre medidas había mandado a construir, para almacenar agua a presión, no le dio esa aplicación o destino, el día 23 de diciembre de 1934, cuando ocurrió la muerte del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz, porque de autos aparece superabundantemente comprobado que en esa mañana estaba el mencionado tanque erróneamente adaptado para aire comprimido, función muy distinta de aquella para la cual había sido construido expresamente, y por cuya razón había sido acoplado a un compresor y "pararon las pistolas o martillos que estaban conectadas al tanque sin haber cerrado las válvulas que daban el paso libre de aire del compresor al tanque. Como el tanque no tenía válvula de escape ni manómetro, ni ninguna otra salida de aire, ni podía resistir la presión de aire que se le acumulaba, ni estaba construido para aire comprimido, pues el espesor de sus láminas o platinas no tenía el diámetro requerido, ni la construcción del tanque estaba de acuerdo, pues sus tapas en lugar de ser de balón hacia fuera y soldadas, debían de ser cóncavas, es decir, hacia adentro y remachadas, estos defectos fueron los móviles para la explosión del tanque"... Con respecto a la errónea adaptación que se le dio al tanque, convirtiéndolo en recipiente de aire comprimido y la peligrosidad que esto entrañaba, fue advertida por el señor Antonio Mayorga D., trabajador de la misma empresa, pero sus reclamos al respecto, dice que no fueron atendidos por mister Ligton, jefe de los trabajos, quien insistió en la orden de acoplamiento del tanque. Es suficiente lo dicho para concluir que por el hecho de haber empleado el tanque que había sido expresamente construido para almacenar agua a presión, en una función distinta, para la cual no

estaba acondicionado, produjo la explosión de dicho tanque, porque su resistencia no estaba calculada para contener aire a presión y para recibirlo en grado ascendente, sin válvula de escape alguna. En estas condiciones el aparato se había convertido por su mal uso en un agente de peligrosidad evidente. Un aparato construido única y exclusivamente para almacenar agua a presión, sobre el plano que con tal objeto suministró la misma empresa del acueducto, era completamente inadecuado para la función que se le dio en el día del siniestro, o sea para contener aire a presión, porque de acuerdo con las propias palabras de la persona que lo fabricó, los tanques para aire a presión requieren una mayor solidez y consistencia, superior a la que suele dársele a los tanques para almacenar agua; esa errónea aplicación que se le dio a dicho tanque produjo el accidente, desde que el aparato no resistió la presión de aire y estalló. No puede negarse que de ahí resulta la culpa civil extracontractual de que se viene hablando, porque no se tomaron por la empresa del Nuevo Acueducto de Bogotá a cargo de la Nación, las precauciones indispensables para evitar un daño. Hubo, pues, imprevisión, negligencia y descuido, generadores de la culpa.»

También propuso el señor Fiscal del Tribunal, como hecho exceptivo, el de haberse pagado un seguro de vida del trabajador fallecido, con lo cual considera cumplida la obligación que se reclama. El seguro de vida, establecido por la Ley 44 de 1939, artículo 1º, como lo ha expresado la Corte en repetidas oportunidades, no limita la acción indemnizatoria de perjuicios consagrada en el artículo 2341 del Código Civil; sólo que si esta última prospera, y el seguro se ha pagado, debe descontarse el valor de éste de la suma a que se concrete la condena civil común.

Como ya se dijo, el señor Procurador Delegado en lo Civil no aduce en sus alegaciones ante la Corte, argumento alguno contra el fallo apelado, en cuanto a la personería sustantiva del demandado, ni en cuanto al hecho y las circunstancias que acompañaron el accidente que causó la muerte de Cuervo, ni sobre la responsabilidad por culpa que le incumbe a la Nación, ni respecto a la tesis de que el pago del seguro excluye la indemnización civil ordinaria.

En la segunda instancia el señor Procurador Delegado admite la responsabilidad de la Nación en el accidente y en la muerte del señor Cuervo Ruiz, “dado —dice— que en el expediente hay pruebas suficientes para la demostración del hecho en virtud del cual se produjo el desgraciado accidente en el cual perdió la vida el ingeniero Marcos Cuervo Ruiz”, y porque “ha sido doctrina permanentemente sostenida por la Corte la

de considerar existente la responsabilidad en casos como éste.”

Y agrega:

«Pero como para deducir la existencia de la obligación de pagar perjuicios se requiere que esté demostrada no sólo la materialidad, por así decirlo, del hecho generador de la obligación, sino que es necesario también la prueba del *daño*, pero no de cualquiera naturaleza sino de un *daño cierto*, realmente causado y no simplemente potencial, y como en la sentencia apelada se dio por demostrado ese daño sin estarlo, haré algunas observaciones al respecto: . . . La mayor parte del acervo probatorio se encamina a la demostración del hecho culposo que originó la muerte del ingeniero Cuervo Ruiz y a la demostración de algunos hechos tendientes a poner de presente la situación personal del occiso, tanto social, como intelectual y profesional. Las únicas pruebas que tienen alguna relación con el daño en sí son las declaraciones de los señores Ernesto N. Cabra, Julio A. Galeano, Leovigildo Nieto y Víctor Emilio Jara, pero de ellas no se deduce la existencia del daño cierto, como va a verse:

«Dijo el declarante Cabra: “Por haber conocido directa y personalmente al ingeniero Marcos Cuervo Ruiz, por haberlo tratado íntimamente con bastante frecuencia, me consta que por sus condiciones personales, sus padres y hermanos *hubieran recibido gran apoyo material y moral*, pues el propio ingeniero, por sus dotes de inteligencia y manera de ser, *hubiera* sido uno de los principales ingenieros del país, así como fue uno de los mejores estudiantes tanto en bachillerato como en estudios profesionales”. (Subraya este Despacho. Folio 87, cuaderno número 6).

«El testigo Jara se expresó así: “Visitando las sementeras, tanto el padre como la señorita hermana de Cuervo Ruiz, me comentaban con gran satisfacción que Marcos tendría participación en el buen resultado de las cosechas, ya que había contribuido con dineros suyos para intensificar las siembras.” (Folio 88 vuelto; *ibidem*).

«El deponente Galeano manifiesta lo siguiente: “Por las condiciones personales del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz, puedo asegurar que sus padres y hermanos *hubieran podido recibir gran apoyo material y moral*”. (Subraya este Despacho. Folios 91 vuelto y 92 *ibidem*).

«Finalmente el exponente Nieto se expresa así: “Por las condiciones personales del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz, puedo asegurar que sus padres y hermanos perdieron gran apoyo material y moral, y por sus dotes, consagración e inteligencia ha podido ser uno de los mejores ingenieros del país”. (Folio 103, *ibidem*).

«En primer lugar, estas declaraciones no contienen relación de hechos percibidos por los tes-

tigos sino que son en estricto rigor verdaderos conceptos, verdaderas opiniones de los testigos, conceptos y opiniones basadas en las condiciones personales del muerto. En segundo lugar, de lo dicho por los testigos citados no se deduce, sin lugar a dudas y de manera plena y completa, que el señor Cuervo Ruiz *efectivamente, realmente, en el hecho*, hubiera estado sosteniendo a sus padres; por el contrario, del contexto de tales declaraciones se saca la impresión de que en la época del accidente el señor Cuervo Ruiz aún no estaba produciendo para sus padres, sino a lo sumo para sí mismo. De las pruebas aducidas no se desprende la existencia de vinculaciones económicas entre la víctima del accidente y sus padres, ni otra circunstancia capaz de acreditar el perjuicio material actual sufrido por éstos a causa del accidente.

«Todo lo anterior está demostrando bien a las claras que el segundo de los extremos para que la acción sobre indemnización de perjuicios prosperara, el daño patrimonial *cierto y real*, no fue probado de manera plena y completa según la ley.» (Folios 6 y 7, C. de la C.)

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 solo valedero para desestimar, como infundada jurídicamente, la pretensión de la demanda.

Los ilustres tratadistas Henri y Léon Mazeaud expresan lo que sigue en su obra denominada "*Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle 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 solamente producirse en el porvenir. Ciertamente cuando el perjuicio es actual, no hay dificultad: su existencia no deja 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, o, por el contrario, 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 disminuido su capacidad de trabajo, aquélla 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, la 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 construir. Al admitirse así la *vida probable*, para ciertos cálculos, se acepta también un factor de incertidumbre en la entidad del daño.

Del mismo modo, en los cálculos 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 el obligado a reparar un perjuicio civil.

Y así, 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 ancianidad, para deducir de ella determinadas consecuencias.

Cuando se contemplan algunos casos concretos, de relación de asistencia entre padres e 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 inmanente que palpita en la entraña de la situación contemplada.

Uno de esos 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 constituir 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, asisténdolos o ayudándolos económicamente.

¿Qué faltaría al caso que se examina para que entrañase un daño real y cierto, rigida 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 mayores 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 del 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 reconocidos 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 técnica de los otros modos 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 '*praesumere*', 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, siendo este 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*, que 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 en 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 plerumque fit* (de aquello que sucede generalmente), esa observación, decimos, *permite prever unas mismas consecuencias de unos mis-*

mos hechos, proceder o actitudes 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, formado 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 consanguíneo en el primer grado entre los demandantes en el pleito y la víctima en el accidente; la asistencia para su 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 ese 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 asimismo el razonamiento, y que se hallan demos-

trados, 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 de la vida 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 ellas 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 formarlos 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 de un accidente y sus padres.

Para fijar el monto del perjuicio que se reclama, se produjo en la primera instancia un avalúo pericial que sirvió de base a la condena en cifra numérica que hizo el Tribunal, aceptando el monto del avalúo, pero deduciendo de él la cantidad correspondiente al valor del seguro pagado a los demandantes.

No puede la Corte Suprema acoger en su integridad el dictamen pericial y la parte de la sen-

tencia que en él se apoya, por las razones que a continuación se expresan.

En lo general, el peritaje está bien orientado, pero carece de fundamentación en cuanto olvida hacer en los cálculos consideraciones que se imponen, de acuerdo con la naturaleza de los hechos contemplados y con las circunstancias, previstas unas y previsibles otras, dentro de las cuales se configura el daño.

Los peritos sustentan así su estimación:

De manera personal hemos indagado y tomado datos sobre los rendimientos que pueda dar la profesión de ingeniería, tanto en empresas públicas como en particulares y en negocios propios, y hemos encontrado que esos rendimientos fluctúan entre doscientos (\$ 200) y cuatrocientos pesos (\$ 400) en el mayor número de profesionales, pues hay ingenieros que obtienen rendimientos de quinientos pesos (\$ 500), seiscientos (\$ 600) y setecientos pesos (\$ 700) y aun más, pero esto ocurre en número menor de casos. En el expediente de este juicio figura el ingeniero Director del Nuevo Acueducto de Bogotá con un sueldo mensual de cuatrocientos cincuenta pesos (\$ 450).

«Para buscar el producido mensual que hubiera obtenido el ingeniero Marcos Cuervo Ruiz en su profesión, no optamos por señalarle el extremo mayor del standard de producidos por los ingenieros, que sería de acuerdo con los datos que hemos acopiado, de cuatrocientos pesos (\$ 400) por mes, ni tampoco el extremo menor, que en las mismas condiciones sería de doscientos pesos (\$ 200). Buscamos el término medio entre estas dos cantidades y tenemos que Marcos Cuervo Ruiz hubiera producido fácilmente la cantidad de trescientos pesos (\$ 300) por mes.

«Y como, naturalmente, de esa ganancia debía tomar lo necesario para sus gastos personales, fijamos el veinticinco por ciento (25%) de esa suma para tales gastos mensuales, porque creemos que tal porcentaje es suficiente para que viva un ingeniero de las condiciones de Cuervo Ruiz. Además, este porcentaje ha sido el señalado para gastos personales en la mayoría de los casos análogos al presente.

«De manera que el producido líquido mensual de Marcos Cuervo Ruiz, descontando los gastos personales, sería la cantidad de doscientos veinticinco pesos (\$ 225) y su producido líquido anual montaría a la cantidad de dos mil setecientos pesos (\$ 2.700).

«Según las tablas de vida probable que usan las compañías de seguro de vida, un individuo de la edad y demás condiciones personales de Cuervo Ruiz llega a la edad de sesenta y tres años, y como el ingeniero de que nos ocupamos murió a los veintiséis años, le quedaba como vida probable treinta y siete años.

«En esa vida probable, con el producido líquido que le hemos asignado hubiera ganado Cuervo Ruiz la cantidad de noventa y nueve mil novecientos pesos (\$ 99.900). Este sería el valor de los perjuicios causados con su muerte, si se optara por este sistema.

«Pero el procedimiento que hemos escogido consiste en considerar que la persona humana es un capital que produce una renta, y que esa renta está representada por las ganancias líquidas que obtenga o esté en capacidad de obtener determinada persona en sus actividades propias, ya sea mensual o anualmente.

«Así, pues, el ingeniero Marcos Cuervo Ruiz representa un capital que produce una renta líquida mensual de doscientos veinticinco pesos (\$ 225), y una renta líquida anual de dos mil setecientos pesos (\$ 2.700).

«Se tiene que los perjuicios ocasionados con la muerte del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz, durante cada año, están representados por la renta líquida que él hubiera producido si no hubiera muerto trágicamente, es decir, están representados por la cantidad de dos mil setecientos pesos (\$ 2.700).

«Para compensar estos perjuicios basta entregar a los damnificados una suma de dinero tal que a la rata o interés legal, que es el interés que pagan los bancos a los particulares en consignaciones o depósitos a largo plazo, el seis por ciento anual (6%) que también es el producido o renta que dan la mayor parte de las fincas, ya sean rurales o urbanas, produzca la cantidad de dos mil setecientos pesos al año (\$ 2.700).

«Haciendo las operaciones aritméticas correspondientes, se tiene que el capital que colocado al seis por ciento (6%) de interés produce una renta anual de dos mil setecientos pesos (\$ 2.700) es la cantidad de cuarenta y cinco mil pesos (\$ 45.000) suma ésta con la cual estimamos quedan indemnizados los perjuicios ocasionados por la muerte trágica del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz.» (Folios 160 vuelto, 161 y 161 vuelto, cuaderno número 1).

En general, es acertado, a juicio de la Sala, hacer el cálculo, como lo hace el avalúo, de lo que habría de producir en el ejercicio de la profesión de ingeniero el señor Cuervo Ruiz. Pero tal cálculo se subordina a factores especiales que estructuran el daño en concreto.

La cantidad calculada por los peritos, de trescientos pesos (\$ 300) por mes, la extienden a todo el periodo de la vida probable de Cuervo, quien tenía 26 años y a quien le calculan una supervivencia de 37. Es natural tener en cuenta la declinación de la vida, que disminuye la capacidad de trabajo, la que no siempre se mantiene uniforme en toda la duración de aquélla, en este caso en los 37 años dichos.

Carece además el peritazgo de una debida fundamentación porque no relaciona la edad probable de los padres con la presunta supervivencia del hijo. Este podía llegar a la edad de sesenta y tres años; pero los padres podían fallecer antes de que el hijo alcanzase esa edad; y ello dentro del cálculo probable de la vida de los padres, como se ha hecho el cálculo probable de la vida del hijo. La prestación debe estar sujeta a la duración probable de la vida de los padres.

Sin que se pueda jurídicamente argüir contra esta tesis que el ingeniero Cuervo Ruiz —como otra persona en su caso— representaba un capital que habría de producir una renta líquida de x pesos, o de que lo que ha de pagarse en casos como éste es la vida humana, su valor económico, como se paga la de un irracional. El hombre no tiene sobre el hombre propiedad, y repugna a la naturaleza que se busque una prestación indemnizatoria por la muerte de una persona, tal como se persigue por la de un ave de corral o un caballo. Lo que no significa que se deje sin reparación total y completa el perjuicio. Se indemniza el daño cierto y real, según principios universales de derecho, y para hacerlo procede la demostración concreta del perjuicio recibido, acudiéndose a todos los medios legales de prueba, entre ellos la presunción, basada en premisas ciertas y en un razonamiento severo.

Por esta vía puede llegarse, en determinados casos, al pago a una familia de lo que se pretende que vale económicamente la vida de un hombre; porque ella reciba, con deducciones, o sin éstas, según las circunstancias, la totalidad del producido presunto de las actividades de la persona que falleció.

Pero tal pago no puede hacerse sin discriminación, sino que es preciso atender a las modalidades que configuran el perjuicio en concreto. Lo demuestra así una consideración obvia que la índole del asunto impone, y es la de que la reparación del daño no puede ir más allá de lo que hubiesen sido realmente las prestaciones del hijo para con sus padres, en la hipótesis de que no hubiese fallecido en accidente culposo. En tal caso, aquellas prestaciones presumibles estarían vinculadas a la coexistencia de los padres y el hijo; si los padres fallecían antes que éste, las obligaciones naturales del hijo desaparecían; pues la misma situación que se presume dentro de las relaciones normales de la vida de los padres y el hijo, deben suponerse existentes cuando se intenta reparar el perjuicio presumible ocasionado por la muerte trágica del hijo, y por ende es factor obligatorio el de la presunta coexistencia de los padres y el hijo. Así se demuestra, sin lugar a contradicción, que la coexistencia de Marcos Cuervo Ruiz y de sus padres es indispensable suponerla para calcular concretamente, y

racionalmente, el perjuicio que éstos han recibido con la muerte de su hijo.

De los testimonios uniformes de Ernesto N. Cabra, Julio A. Galeano y Leovigildo Nieto (folios 86, 91 y 103 cuaderno número 6), aparece lo siguiente: "Sé y me consta que *con el producto de su trabajo*, el matrimonio habido entre Julio S. Cuervo y la señora Florentina Ruiz de Cuervo, costó la educación de su hijo Marcos Cuervo Ruiz durante el tiempo necesario para adquirir el bachillerato en el Instituto Técnico Central de Bogotá y durante el año preparatorio y los seis años de estudios profesionales en la Facultad Nacional de Matemáticas e Ingeniería de Bogotá, con el fin de conseguir que dicho hijo fuera ingeniero y poder recibir cuando fuera graduado, el apoyo material y moral que los profesionales dan a sus familias".

Hay que admitir que el señor Cuervo Ruiz indiscutiblemente entraría a producir con su profesión una suma de importancia, que le habría permitido atender a sus propias necesidades y destinar una parte a la congrua subsistencia de sus padres, y como éstos carecían de bienes que les asegurasen esa subsistencia en el futuro, la Sala estima que el daño material causado consiste en la imposibilidad de que Cuervo Ruiz sufrague los gastos necesarios a esa asistencia congrua de sus padres. A ello debe limitarse la indemnización, calculándose el valor periódico de tal sustentación congrua, según la condición social de los padres del occiso. No son por esto pertinentes a fijar el perjuicio las consideraciones que hacen los peritos sobre deducción de cierta cantidad en razón de los gastos personales de Cuervo, ni otras deducciones que también sería del caso hacer si el daño se estimase por el procedimiento que siguieron los peritos. Mas como la indemnización ha de referirse a los alimentos congruos de los padres de la víctima, huelga examinar los otros aspectos que se sugieren. El señor Cuervo Ruiz, si viviese, trabajaría para su sostenimiento y con el fin de formar un capital propio, y destinaría lo necesario para sufragar los gastos de manutención congrua de sus padres. Esa misma situación que se contemplaría hoy si Cuervo no hubiese fallecido, es la que debe informar el avalúo del perjuicio sufrido por los demandantes.

No está, pues, debidamente fundamentado el avalúo pericial, y por lo mismo no puede la Corte acogerlo para basar en él una condena concreta sobre el monto del perjuicio. Pero como el daño causado es evidente, la condena se hará *in genere*, a fin de que en armonía con lo previsto en el artículo 553 del Código Judicial se fije ulteriormente su cuantía.

Al hacerse de nuevo la estimación del perjuicio, se tendrá en cuenta, para fijar su monto, la circunstancia de ser sucesivo el daño que se presume y de corresponderle, por lo mismo, una indemnización periódica. Por considerar la Corte, como lo ha declarado, que la seguridad en el pago de esas prestaciones exige su entrega anticipada, en la forma de una suma con la cual se puede atender, en su oportunidad, a tales obligaciones periódicas, se impone la consignación de esa cantidad, por el deudor al acreedor, deduciéndose los intereses que dicha suma que se entrega anticipadamente, habría de producir si se la supone depositada en un banco redeviendo intereses del seis por ciento (6%) anual durante todo el tiempo a que se refiere la condena, ya que a esos intereses ella no se extiende. (Véase la sentencia de esta Sala en el juicio de Marta Elena Montoya v. de Moreno contra el Departamento de Antioquia, *G. J.* número 1996).

Está creditado el perjuicio moral subjetivo que sufrieron los demandantes con motivo de la trágica muerte de su hijo. Por tanto, procede la condena en este concepto, que será la máxima autorizada por la ley. (Art. 95 del Código Penal).

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 para reformarla así:

Primero. La Nación es responsable de la muerte trágica del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz, ocurrida el día 23 de diciembre de 1934, en los trabajos de la empresa del Nuevo Acueducto de Bogotá, en jurisdicción del Municipio de Usme.

Segundo. Condénase a la Nación a pagar, en razón de perjuicio moral subjetivo, la cantidad de dos mil pesos (\$ 2.000) moneda legal a cada uno de los esposos Julio S. Cuervo y Florentina Ruiz de Cuervo.

Tercero. Condénase *in genere* a la Nación a pagar a Julio S. Cuervo y a Florentina Ruiz de Cuervo los perjuicios materiales y los morales objetivados causados a ellos por la muerte del ingeniero Marcos Cuervo Ruiz: En armonía con el artículo 553 del Código Judicial, se podrá fijar su cuantía, teniéndose en cuenta las consideraciones que al respecto se hacen en la parte motiva de este fallo.

Cuarto. No están probadas las excepciones propuestas.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

José M. Blancó Núñez, Anibal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Demanda sobre pérdida de la nacionalidad de un ciudadano colombiano.—Ilegitimidad de la personería sustantiva como excepción perentoria.

1.—La decisión de lo relacionado con la personalidad sustantiva de un demandante, o sea lo relacionado con el derecho que tenga para impetrar ante la justicia determinadas resoluciones, es cuestión que no puede anticiparse, porque ningún juicio puede principiarse por lo que es materia de la sentencia definitiva; y lo es el decidir que el actor carece de la acción que promueve, sea cual fuere el motivo que se invoque para que la acción sea rechazada. La carencia de acción o ilegitimidad de la personería sustantiva no es una excepción dilatoria, sino perentoria, porque no sólo se opone a lo sustancial de la acción (artículo 328, Código Judicial), sino que tiende a negarla, a desconocerla, a rechazarla, no por no ser hábil para comparecer en juicio por sí mismo quien la promueve en propio nombre, o por no exhibirse la prueba de la representación ajena que se ostenta, o por no constar la identidad del demandante, sino por no ser titular del derecho invocado quien aparece como actor. El caso en que puede ocurrir la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería lo expresa claramente el artículo 332 del Código Judicial. No siendo, pues, dilatoria la excepción que se encamine a que se rechace o niegue una acción por carecer el demandante de derecho para promoverla, porque ni cabe en los casos contemplados en el precitado artículo 332, ni su naturaleza da base para incluirla en tal clasificación, es perentoria, y, por tanto, no puede ser materia de previa decisión, porque a ello se opone el artículo 342 ibíd.

2.—Derogado el artículo 1993 del Código Judicial y no reemplazado por otro semejante, la personería del Procurador para promover un juicio de la naturaleza del que se trata, no se configura ni se integra sino en conformidad con las disposiciones generales vigentes (Constitución, artículo 38; Código de Procedimiento Civil, artículos 171 y 175; Ley 83 de 1936, artículo 3º), según las cuales los Agentes del Ministerio Público

no pueden promover o sostener juicios sin orden e instrucciones del Gobierno, porque estos juicios no los promueven ni sostienen en propio nombre, sino a nombre de otro, a nombre de la respectiva entidad de derecho público a quien deben representar conforme a esa orden y a esas instrucciones. Y esto mismo no puede decirse de quien promueve en propio nombre una demanda para que la Corte declare que determinado individuo ha perdido la nacionalidad colombiana. Este demandante no obra en ajeno nombre, y por ello nada tiene que comprobar para acreditar su propia personería, fuera de comprobar su propia identidad, caso de serle objetada por medio de la respectiva excepción dilatoria de que trata el ya citado artículo 332 del Código Judicial. La cuestión de si desaparecido el artículo 1993 del antiguo Código de Procedimiento Penal ha desaparecido el elemento titular que podía habilitar de personería a un ciudadano para promover la controversia de que se habla, es un punto sustantivo o de fondo que no debe ser materia de previo y especial pronunciamiento, porque así lo dice el artículo 342 del Código Judicial, pero la aceptación literal e integral del argumento del señor Procurador parece que podría llevar a la siguiente conclusión: que por cuanto el artículo 1993 del antiguo Código facultaba tanto al Procurador como a cualquier ciudadano para promover esta clase de acción, tampoco podría promoverla hoy el Procurador de la Nación, porque tal artículo ya ha sido derogado en su totalidad. Y la verdad es, en sentir de la Corte, que ello puede no ser así; que aun cuando la disposición expresa ha sido derogada, el principio puede aún existir, y que si existe, no se contradice el hecho de no admitir la intervención del Ministerio Público sin la previa autorización del Gobierno, porque él ha de obrar a nombre de la Nación en un caso que ya no está expresamente previsto, con el hecho de admitir, sin otro requisito, a quien promueve

la acción obrando en nombre propio. Este no necesita autorización alguna para presentarse como actor. Aquél sí necesita esa autorización para hablar a nombre de la Nación.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio veintiocho de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

En la demanda promovida por el doctor Alfonso Cifuentes y Gutiérrez para que la Corte declare "que el señor Hieriberto Schwartz Skildsen ha perdido la calidad de ciudadano colombiano, que en un principio tuviera, por abandono de su domicilio en Colombia", demanda que fue admitida por este Despacho y contestada por el señor Schwartz, manifestando que se opone a tal declaratoria porque estima que es "colombiano de pleno derecho, según el artículo 7º de la Constitución Nacional", y con motivo de haber este Despacho resuelto admitir en dicho juicio la intervención del señor Procurador Delegado en lo Civil, previa autorización que se le ha concedido por el Gobierno, conforme a Resolución número 68, de los señores Presidente de la República y Ministro de Gobierno, de fecha once de mayo último, se han presentado varios escritos: tres, del señor Procurador, de fecha primero de junio; otro del demandante, de fecha ocho, y otro del doctor Gilberto Alzate Avendaño, apoderado de Schwartz Skildsen, fechado el 30 del mismo mes de junio.

Escrito del señor Procurador.

En el primero de estos escritos pide el señor Procurador que este Despacho revoque el auto por el cual admitió la demanda de que se trata, y que en su lugar disponga el rechazo de tal demanda.

En el segundo, solicita que se aplace la expedición pedida y decretada, de varias copias y certificados relacionados con lo actuado en este juicio; y, por último, manifiesta en el tercero, que interpone el recurso de súplica para el caso de que no se acceda a reponer, en el sentido que lo pide, el auto que decretó la admisión de la demanda.

El primer escrito.—Las alegaciones del señor Agente del Ministerio Público, que contienen los Capítulos I y II, se concretan, en síntesis, en el planteamiento de la siguiente cuestión: el demandante carece de derecho para promover la acción de que trata la demanda, porque esta acción sólo interesa al Estado, representado por el Ministerio Público y al que es o pretende ser

natural suyo. El demandante carece de interés jurídico porque la sentencia que se pronuncie en esta clase de juicios no le aprovecha ni daña. Derogado, como ha sido, el artículo 1993 del antiguo Código de Procedimiento Penal que le daba la personería tanto al Procurador como a cualquier ciudadano, para plantear ante la Corte una controversia sobre la nacionalidad de otro individuo, sólo interesa al Estado, representado por el Ministerio Público ante la Corte, y al que es o pretende ser natural de aquél, la decisión de una controversia de esta clase.

"Las disposiciones reguladoras de los juicios sobre pérdida y recuperación de la nacionalidad —dice el señor Procurador— se hallaban incorporadas en el Código de Procedimiento Penal, y nunca han formado parte del de Procedimiento Civil, por una razón obvia: el derecho que se discute en aquellos juicios no es de carácter civil o privado sino político o público, y los hechos que daban lugar a la pérdida de la nacionalidad constituían en ocasiones el delito de traición a la Patria, conforme a disposiciones contenidas en las Constituciones de 1863 y 1886, de cuya vigencia fue coetánea la del antiguo Código de Procedimiento Penal.

"Al desaparecer las normas procedimentales para juicios de aquella índole —continuando, sin embargo, la Sala de Negocios Generales de la Corte con jurisdicción en ellos—, es claro que deben seguirse por los trámites del juicio ordinario, porque el artículo 734 del Código Judicial ordena este procedimiento 'para ventilar y decidir cualquier controversia judicial, cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales o no autoriza un procedimiento sumario', pero no porque los juicios sobre la nacionalidad se asimilen o tengan analogía con los referentes al estado civil de las personas, que es la razón que se ha dado en el auto que admite la demanda, con cita del artículo 736, para dar dicho trámite a la demanda del abogado Cifuentes y Gutiérrez. Esta cuestión tiene importancia, porque parece que se estuviera sacando de la pretendida analogía entre el estado civil y la nacionalidad otras consecuencias que ya no se refieren al procedimiento que debe seguirse en el juicio sino al derecho mismo con que se presenta la demanda.

"El estado civil es fuente de derechos y obligaciones civiles. Por eso puede tener acción para demandar en juicios en que se discuten hechos constitutivos de él las personas a quienes pueda afectar en su patrimonio moral o económico (derechos privados) el que otra persona tenga o deje de tener un cierto estado civil. Los juicios en que se ventilan estas cuestiones pertenecen al derecho privado y podrá presumirse por lo menos que tiene un interés jurídico quien

intente una demanda que, con la exposición de los hechos y por los fundamentos de derecho que aduzca en ellos, parezca que ha de ser afectado en su patrimonio económico o moral con la solución que se dé a los pedimentos que haga el Juez. Pero lo que el abogado Cifuentes y Gutiérrez pide como demandante es la declaración de que Schwartau Skildsen ha perdido la calidad de colombiano, y del hecho de la nacionalidad no emanan obligaciones ni nacen derechos de carácter privado, de donde puede resultar un interés jurídico en una persona para solicitar que se haga tal declaración respecto de otra.

“Sabido es que la nacionalidad sólo establece un vínculo jurídico entre el Estado y el nacional del mismo, y las consecuencias de ese vínculo sólo se proyectan en el derecho público y únicamente afectan al Estado y al que es o pretende ser natural suyo. Por eso la acción para presentarse en un juicio en que se discute la nacionalidad de un tercero es, por su esencia, una acción pública, y habiendo sido derogado el artículo 1993 del antiguo Código de Procedimiento Penal que la consagraba, es evidente que hoy no pueden ser partes en un juicio sobre pérdida o recuperación del carácter de colombiano sino el individuo a quien concierne tal declaración y el representante del Ministerio Público, autorizado por el Gobierno.”

Se considera:

La decisión de lo relacionado con la personalidad sustantiva de un demandante, o sea; lo relacionado con el derecho que tenga para impetrar ante la justicia determinadas resoluciones, es, como ya se dijo en el auto del seis de mayo, cuestión que no puede anticiparse, porque ningún juicio puede principiar por lo que es materia de la sentencia definitiva; y lo es el decidir que el actor carece de la acción que promueve, sea cual fuere el motivo que se invoque para que la acción sea rechazada.

“Las excepciones que pueden proponerse en juicio —dice el artículo 328 del Código de Procedimiento Civil— se dividen en dilatorias, que se refieren al procedimiento, para *suspenderlo o mejorarlo*; y en *perentorias*, que son las que se oponen a lo sustancial de la acción.”

La carencia de acción o ilegitimidad de la personería sustantiva, no es una excepción dilatoria, sino perentoria, porque no sólo se opone a lo sustancial de la acción (artículo 328 ib.), sino que tiende a negarla, a desconocerla, a rechazarla, no por no ser hábil para comparecer en juicio por sí mismo quien la promueve en propio nombre, o por no exhibirse la prueba de la representación ajena que se ostenta, o por no constar la identidad del demandante, sino

por no ser titular del derecho invocado quien aparece como actor.

Cuándo ocurre el caso de la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería, lo expresa claramente el artículo 332 del Código en cita:

“1º Cuando el demandante no es hábil para comparecer en juicio por sí mismo;

“2º Respecto del apoderado y demás personas que gestionen a nombre de otras, y

“3º Para que se pruebe la identidad de la persona que establece la demanda.”

No siendo, pues, dilatoria la excepción que se encamine a que se rechace o niegue una acción por carecer el demandante de derecho para promoverla, porque ni cabe en los casos contemplados en el precitado artículo 332, ni su naturaleza da base para incluirla en tal clasificación, es perentoria, y, por tanto, no puede ser materia de previa decisión, porque a ello se opone el artículo 342 ib., que dice que “las excepciones perentorias no son materia de incidentes de especial y previo pronunciamiento, pues ellas se deciden en la sentencia definitiva.”

El señor Procurador manifiesta que si el suscrito encontró que la derogatoria del artículo 1993 del antiguo Código de Procedimiento Penal “dejaba al Procurador de la República sin personería en esa clase de asuntos mientras no mediara el requisito legal de una autorización expresa del Gobierno para intervenir en ellos (no obstante reconocer desde el primer momento que en el juicio instaurado por el doctor Cifuentes y Gutiérrez se planteaba una cuestión de interés público en la que podía por esa circunstancia intervenir aquel funcionario), con mayor razón debe encontrar inaceptable que sea parte en un juicio sobre la calidad de nacional que tenga un individuo (es decir, en una litis en que no se controvierten derechos u obligaciones civiles) una persona particular a quien la sentencia que se dicta no aprovecha ni daña.”

No encuentra este Despacho la disconformidad u oposición que el señor Procurador anota. Por el contrario, lo mismo que el señor Procurador sostiene en el párrafo arriba transcrito, es lo que sirvió de fundamento a este Despacho. En efecto, no es igual admitir a quien propone una demanda en propio nombre —como lo hizo el doctor Cifuentes y Gutiérrez— y admitir en el juicio a que se refiere esa demanda a otra persona que no obra en su nombre sino a nombre de otro —en el presente caso, el señor Procurador a nombre de la Nación—.

De que el artículo 1993 citado haya sido derogado, no se sigue que esta distinción haya cesado. Vigente este artículo, si el juicio para que se declarara que alguna persona había perdido el carácter de colombiano, lo promovía el Pro-

curador, ningún problema se ofrecía ante la Corte, pues este funcionario podía promoverlo por disposición expresa de ese artículo, y, en tales circunstancias, no tenía por qué hacerse autorizar previamente por el Gobierno, ni la Corte tenía por qué exigir el cumplimiento de tal requisito, ya que la personería del Agente del Ministerio Público, en tal caso, emanaba, directa y expresamente, de la misma ley. Mas derogada tal disposición, y no reemplazada por otra semejante, tal personería del señor Procurador no se configura ni se integra sino en conformidad con las disposiciones generales vigentes (Constitución, artículo 38; Código de Procedimiento Civil, artículos 171 y 175; Ley 83 de 1936, artículo 39), según las cuales los Agentes del Ministerio Público no pueden promover o sostener juicios sin orden e instrucciones del Gobierno, porque estos juicios no los promueven ni sostienen en propio nombre, sino a nombre de otro, a nombre de la respectiva entidad de derecho público, a quien deben representar conforme a esa orden y a esas instrucciones.

Y esto mismo no puede decirse de quien promueve en *propio nombre*, como sucede en el presente juicio, una demanda para que la Corte declare que determinado individuo ha perdido la nacionalidad colombiana. Este demandante no obra en ajeno nombre, y por ello nada tiene que comprobar para acreditar su propia personería, fuera de comprobar su propia identidad, caso de serle objetada por medio de la respectiva excepción dilatoria de que trata el ya citado artículo 332 del Código de Procedimiento Civil.

Pero se dice que desaparecida la disposición del artículo 1993 del antiguo Código de Procedimiento Penal, que le daba personería a cualquier ciudadano para plantear ante la Corte, con acción pública, una controversia sobre la nacionalidad de un individuo, debe entenderse que, por el mismo hecho, ha desaparecido el elemento titular que podía habilitar de personería a ese ciudadano para promover tal controversia.

Se repite, ante todo, que ésta es la cuestión sustantiva o de fondo envuelta en la presente demanda, y que, por serlo, no debe ser materia de previo y especial pronunciamiento, porque así lo dice el artículo 342 del Código Judicial, pero la aceptación literal e integral del argumento del señor Procurador parece que podría llevar a la siguiente conclusión: que por cuanto el artículo 1993 del antiguo Código facultaba tanto al Procurador como a cualquier ciudadano para promover esta clase de acción, tampoco podría promoverla hoy el Procurador de la Nación, porque tal artículo ya ha sido derogado en su totalidad.

Y la verdad es, en sentir de este Despacho, que ello puede no ser así; que aun cuando la

disposición expresa ha sido derogada, el principio puede aún existir, y que, si existe, no se contradice el hecho de no admitir la intervención del Ministerio Público sin la previa autorización del Gobierno, porque él ha de obrar a nombre de la Nación en un caso que ya no está expresamente previsto, con el hecho de admitir, sin otro requisito, a quien promueve la acción, obrando en nombre propio. Este no necesita autorización alguna para presentarse como actor. Aquél sí necesita esa autorización para hablar a nombre de la Nación.

¿Que el interés público, y, por consiguiente, la acción pública para que se reconozca tal interés no pueden radicar ya en cualquier ciudadano, en juicios sobre nacionalidad de una persona, sino solamente en el Ministerio Público y en el individuo a quien se refiera la cuestión de si es o nó nacional tal individuo, porque a otra persona no aprovecha ni daña la sentencia que se pronuncie en esta clase de juicios, como si sucedería en los juicios referentes al estado civil de las personas, juicios a los cuales no se asimilan ni tienen analogía los relativos a la nacionalidad? Esto se desprende de las alegaciones del señor Procurador, pero este Despacho insiste en que las opiniones de tan distinguido funcionario sobre este particular, constituyen razones de fondo que no es este el momento en que pueden examinarse y decidirse.

Por las mismas razones que se han dejado precedentemente expuestas, tampoco puede aceptarse la tacha de inepta demanda que el señor Procurador, en subsidio, le hace a la de autos —para que no se le admita— porque, según lo afirma, no figura entre los hechos ni en parte alguna del libelo, aquel hecho en cuya virtud se deduzca el perjuicio o quebranto que el demandante haya de sufrir o sufrido por razón de la alegada nacionalidad de Schwartzau Skildsen.

Como se ve, tratáse aquí de la misma cuestión relativa al interés jurídico de que puede o no ser titular el demandante, motivo o razón de fondo que no puede constituir una excepción dilatoria de inepta demanda por defectos de *forma* en ésta, sino —en su caso— una excepción de ineptitud sustantiva de tal demanda, por falta de derecho para promoverla, lo cual no puede ser materia de decisión sino en la sentencia que ponga fin al presente juicio, según se deja anotado.

Iguales fundamentos asisten a este Despacho para considerar que no es este el momento de examinar y decidir nada, ni en lo relativo a las alegaciones del señor Procurador, relacionadas con los varios documentos que ha presentado, entre ellos, copia de la Resolución de 10 de abril último, de la Dirección General de la Policía Nacional, en virtud de la cual considera como

"ciudadano alemán" al señor Schwartau Skildsen y lo expulsa del país como responsable de las actividades a que se refiere tal Resolución, ni en lo relativo a los extensos escritos y documentos que como contradicción a la reclamación y alegaciones del señor Procurador han presentado el demandante, doctor Cifuentes y Gutiérrez, y el apoderado de Schwartau Skildsen, doctor Alzate Avendaño.

Por todo lo expuesto, se resuelve:

1º No se accede a revocar el auto por medio del cual este Despacho admitió la demanda del doctor Alfonso Cifuentes y Gutiérrez para que se declare que el señor Heriberto Schwartau Skildsen ha perdido la calidad de colombiano.

2º Aunque el suscrito Magistrado cree que el auto que admite una demanda, podría considerarse como de simple sustanciación, no obstante, dada la ilustrada y respetable intervención del señor Procurador y la importancia del presente asunto, se dispone que pase éste a la Sala Dual para que ella decida lo que fuere de ley en el recurso de súplica interpuesto en subsidio por él.

3º Por las mismas razones, mientras tal recurso esté pendiente de decisión, aplácese la expedición de las copias y certificado cuya expedición se había ordenado a petición del demandante.

4º Por cuanto en los escritos a los cuales se refiere el presente auto, sus autores se hacen mutuos y graves agravios, faltando así a la consideración, serenidad y medida que al exponer sus puntos de vista recíprocamente se deben los litigantes al tenor de lo dispuesto en el numeral 17 del artículo 121 del Código Judicial, este Despacho llama la atención de la Secretaría de esta Sala para que en lo sucesivo tenga en cuenta lo que se estatuye en tal disposición, antes de darles el curso legal a escritos concebidos en estos o parecidos términos.

Quedan en esta forma resueltas las peticiones del señor Procurador.

Notifíquese.

José M. Blanco Núñez—Luis Francisco Martínez, Oficial Mayor.

Se confirma el auto anterior. - Personería de las partes en juicio.

Cuando se analiza la personería de las partes en juicio cabe mirar dos aspectos de la cuestión que no deben confundirse: el interés jurídico en el pleito y el interés procesal. El primero lo tienen los relativamente incapaces, como los menores, aunque carecen del poder de estar en juicio por sí mismos: pueden adquirir y hasta enajenar, pero asistidos del Juez o de su representante legal; no gozan de capacidad procesal pero sí tienen capacidad jurídica para comparecer en juicio. Hay, pues, que distinguir la personalidad formal de la esencial; aquélla se califica desde el comienzo del juicio, pues es obvio que la economía procesal aconseja no adelantar una litis con personas incapaces de sobrellevar las consecuencias legales de la controversia; la determinación de la otra capacidad, la otra personalidad, esencial o sustantiva, vinculada estrechamente con el derecho que se demanda, no puede hacerse sino en el fallo definitivo. Esta distinción sirve para entender el contenido del artículo 466 del Código Judicial en cuanto califica de autos interlocutorios las resoluciones judiciales que determinan la personalidad de alguna de las partes o de sus representantes. Si tal determinación concierne a la personalidad del primer género será oportuno resolver por medio de un auto interlocutorio, y en incidente producido con el planteamiento de una excepción dilatoria, la cuestión suscitada acerca de la personalidad o capacidad procesal de una de las partes. Mas si se trata de resolver sobre el interés jurídico en el pleito, derivado de la personalidad de una de las partes, y vinculado al éxito en el fondo de las pretensiones de la demanda, entonces aunque haya de decidirse sobre la personalidad de la parte, la determinación sobre ello no se podrá tomar en providencia de carácter interlocutorio, como incidente de previa decisión, sino al final del juicio, cuando se profiera la sentencia.

Corte Suprema de Justicia—Sala Dual de la de Negocios Generales—Bogotá, agosto diez y seis de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Anibal Cardoso Gaitán).

En providencia dictada el 12 de abril del año en curso por el señor Magistrado doctor José M. Blanco Núñez, se admitió la demanda presentada por el doctor Alfonso Cifuentes y Gutiérrez para que se “declare que el señor Heriberto Schwartz Skildsen ha perdido el carácter de colombiano”, y allí se dijo: “Derogado expresamente por el artículo 723 del actual Código de Procedimiento Penal el Libro III, Título X, Capítulos IX y X del anterior Código, el cual establecía en sus artículos 1992 y siguientes el procedimiento para que la Corte declarara a petición del Procurador General o de cualquier ciudadano si alguna persona había ‘perdido o recobrado el carácter de colombiano’, y no existiendo en el actual Código Judicial otra regla sobre el particular que la del artículo 736, según el cual ‘se deciden en juicio ordinario de mayor cuantía, fuera de las controversias en que se atiende a ésta, las referentes al estado de las personas. . .’ considera el suscrito Magistrado que cabe aplicar esta disposición al presente caso, y, en consecuencia, ordena: 1º Por estar arreglada a lo dispuesto en los artículos 205 y 737 del Código Judicial, admítase la presente demanda.”

La anterior decisión dio lugar a varias solicitudes, del señor Procurador Delegado en lo Civil, del señor apoderado del demandado y del actor, sobre las cuales recayó otra providencia del propio señor Magistrado, fechada el 28 de julio último, la que por disposición de ella misma pasó en súplica a ésta Sala Dual.

Para resolver lo que sea legal, importa ver si el auto que originó la reclamación del señor Procurador admite el recurso de súplica para que ha venido el expediente a esta Sala.

Cuando se analiza la personería de las partes en juicio, cabe mirar dos aspectos de la cuestión que no deben confundirse: el interés jurídico en el pleito y el interés procesal. El primero lo tienen los relativamente incapaces, como los menores, aunque carecen del poder de estar en juicio por sí mismos; pueden adquirir y hasta

enajenar, pero asistidos del Juez o de su representante legal; no gozan de capacidad procesal pero sí tienen capacidad jurídica para comparecer en juicio.

Hay pues que distinguir la personalidad formal de la esencial; aquélla se califica desde el comienzo del juicio, pues es obvio que la economía procesal aconseja no adelantar una litis con personas incapaces de sobrellevar las consecuencias legales de la controversia; la determinación de la otra capacidad, la otra personalidad, esencial o sustantiva, vinculada estrechamente con el derecho que se demanda, no puede hacerse sino en el fallo definitivo.

Esta distinción sirve para entender el contenido del artículo 466 del Código Judicial en cuanto califica de autos interlocutorios las resoluciones judiciales que determinan la personalidad de alguna de las partes o de sus representantes. Si tal determinación concierne a la personalidad del primer género será oportuno resolver por medio de auto interlocutorio y en incidente producido con el planteamiento de una excepción dilatoria, la cuestión suscitada acerca de la personalidad o capacidad procesal de una de las partes. Mas si se trata de resolver sobre el interés jurídico en el pleito, derivado de la personalidad de una de las partes, y vinculado al éxito en el fondo de las pretensiones de la demanda, entonces aunque haya de decidirse sobre la personalidad de la parte, la determinación sobre ello no se podrá tomar en providencia de carácter interlocutorio, como incidente de previa decisión, sino al final del juicio, cuando se profiera la sentencia.

Estas sencillas consideraciones sobre el contenido del numeral 2º del artículo 466 citado, en la parte que se refiere a la determinación de la personalidad de alguna de las partes, aplicadas al auto que es materia del presente recurso de súplica, sirven para ilustrar el asunto tocante con la naturaleza de dicho auto. El ha declarado que se admite una demanda y dispone que se le dé curso, determinaciones ambas que se refieren a la prosecución ordinaria de los juicios, y por tanto la providencia en que se adoptan pertenece a la índole de las de sustanciación. Si contra la resolución que admite una demanda alguien se opone, y al examinar la oposición se encuentra que ella no toca con el interés jurídico en el juicio, del que reclama una decisión en la sentencia, sino con la capacidad procesal, la oposición

de que se trata, si se formula en los términos legales, será materia de un incidente de previo pronunciamiento como excepción dilatoria.

Admitida en este juicio la demanda, por auto de doce de abril del año en curso, y apersonado después en él el señor Procurador Delegado, éste funcionario solicitó y obtuvo que se le reconociera como representante de la Nación, lo que se hizo en providencias, complementarias de la primera, dictadas el 6 y el 26 de mayo siguientes: y luego, dentro del término hábil para hacerlo, pidió a la Corte que rechace la demanda presentada por el doctor Cifuentes y Gutiérrez, "porque dicho ciudadano carece de acción para presentarla, que es lo que estimo procedente para terminar de una vez este asunto, o en subsidio, porque no está ceñida a lo prescrito en el artículo 205 del Código de Procedimiento Civil y el actor debe corregirla y enmendarla o desistir de ella".

El señor Magistrado sustanciador consideró la petición del señor Procurador, así como otras solicitudes del demandante Cifuentes y Gutiérrez y del apoderado del demandado, y resolvió no acceder a revocar el auto que admitió la demanda. Al propio tiempo dispuso, en punto especial de la parte resolutive: "2º Aunque el suscrito Magistrado cree que el auto que admite la demanda, podría considerarse como de simple sustanciación, no obstante, dada la ilustrada y respetable intervención del señor Procurador y la importancia del presente asunto, se dispone que pase éste a la Sala Dual para que ella decida lo que fuere de ley en el recurso de súplica interpuesto en subsidio por él".

La súplica no es subsidiaria de la reposición; y como ésta se concedió y resolvió según el trámite para ello establecido, y como además, por lo antes expuesto, el auto de admisión de una demanda es de sustanciación y no interlocutorio, la Sala Dual decide que no tiene competencia para examinar las peticiones que ya fueron vistas en el auto que resolvió la reposición.

Notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el expediente al despacho a que corresponde.

Anibal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Representación en los juicios relacionados con los Ferrocarriles Nacionales.

De acuerdo con el artículo 19 de la Ley 7ª de 1943 y con el Decreto reglamentario número 1420, del 17 de julio del mismo año, la representación en los juicios relacionados con los ferrocarriles de la Nación corresponde a los Fiscales en los respectivos Tribunales Superiores en primera instancia, y al Procurador General de la República, ante la Corte.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio treinta de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

En el juicio promovido por el señor Miguel Vergara contra la Nación, se dictó por esta Sala el siguiente auto, con fecha diez y seis de marzo del presente año:

“El día cuatro de mayo de mil novecientos cuarenta el señor Miguel Vergara, hablando en su propio nombre presentó demanda ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se condenara a la Nación o República de Colombia a pagarle la suma de \$ 1.136.38, más los intereses de ese capital desde el 10 de agosto de 1929 hasta el día del pago total. Basaba dicha demanda en que la Empresa Ferrocarril del Pacífico se había negado a pagarle valores por la suma ya dicha, resultantes del contrato celebrado entre dicha Empresa y el señor Vergara. (Folio 8, cuaderno número 1).

“Admitida la demanda y corrido el traslado al señor Fiscal del Tribunal en su carácter de representante legal de la Nación, la contestó con fecha 5 de junio negando todas las peticiones del actor y oponiéndole algunas excepciones perentorias. (Folio 37, cuaderno número 1).

“El Tribunal, por medio de fallo que lleva fecha marzo diez de mil novecientos cuarenta y uno, puso fin a la primera instancia, declarando que había prescrito la acción establecida por el señor Miguel Vergara en su demanda contra la Nación. Notificado el fallo al apoderado del de-

mandante manifestó que apelaba, recurso que le fue concedido por auto de fecha diez y seis de abril de mil novecientos cuarenta y uno, por lo cual ha llegado el negocio a esta Corte.

“Tramitado el juicio en esta Superioridad se entra a considerar la tacha de nulidad propuesta por el señor Procurador Delegado en lo Civil en su vista del tres de febrero de mil novecientos cuarenta y dos.

“Al declarar la Sala Plena de la Corte exequibles los artículos 1º y 2º de la Ley 29 de 1931, que creó el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, y como el concepto del suscrito Magistrado ponente sobre estos asuntos es ya conocido (véase *Gaceta Judicial* número 1984, páginas 465 a 472), es el caso de tenerse en cuenta lo resuelto por las Salas Plena y de Negocios Generales de esta Corte, en el sentido de que todas las acciones de esta clase deben dirigirse contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, ya que es ésta una entidad de derecho público con personería jurídica propia y autónoma, según lo ha decidido la Corte.

“Ahora, teniendo en cuenta que el numeral 3º del artículo 448 del Código Judicial, dice que la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio es causal de nulidad, y como no aparece en el caso de autos que la parte demandada, que lo es el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, haya sido notificado de ningún auto, es evidente que se está en presencia de lo contemplado en la citada disposición legal.

“Aunque por la petición del señor Procurador Delegado en lo Civil, hubo de tramitarse dicha solicitud en conformidad con lo dispuesto en el artículo 456 del Código Judicial, observando la Sala, como observa por lo arriba expuesto, que en el presente caso la parte legítima no es la Nación, sino el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles, y que, por tanto, es esta última entidad la que tiene derecho a ratificar o nó lo actuado, lo que no podría hacer si ignora lo que le interesa en el presente juicio desde este punto de vista, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, ordena:

“Por medio de notificación personal póngase previamente en conocimiento del señor Administrador de los Ferrocarriles Nacionales la causal de nulidad existente en este juicio, para los fines mencionados en el artículo 455 del Código de Procedimiento Civil.”

En cumplimiento del auto que se acaba de citar, consta al folio 6 vuelto del cuaderno número 6, que fue notificado personalmente el Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, y que guardó silencio en cuanto a la ratificación de lo actuado, por lo cual debería entenderse que, de acuerdo con el artículo 455 del Código Judicial, sería el caso de decretar la nulidad de la presente actuación a partir del 28 de mayo de 1940, fecha de la notificación de la demanda al señor Fiscal del Tribunal de Cali, a quien se señaló como representante de la Nación, y quien con tal carácter actuó durante la primera instancia de este juicio.

Mas habiéndose dictado la providencia del 16 de mayo, en armonía con la doctrina de esta Sala de Negocios Generales y por la Sala Plena, establecida en el sentido de que de acuerdo con la Ley 29 de 1931, que creó el Consejo de los Ferrocarriles Nacionales, esta entidad era una persona jurídica autónoma, con un patrimonio especial, representada para todos los fines legales por su respectivo Administrador, y habiendo el Gobierno Nacional dictado, en desarrollo del artículo 19 de la Ley 7ª de 1943, el Decreto

número 1420, del 17 del presente mes, en cuyo artículo 1º se expresa que “la dirección y administración de los ferrocarriles de propiedad de la Nación corresponde al Organó Ejecutivo, quien la ejercerá por delegación en el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, creado por la Ley 29 de 1931”, la Sala considera que la representación en los juicios relacionados con los ferrocarriles de la Nación corresponde a los Fiscales en los respectivos Tribunales Superiores en primera instancia, y al Procurador General de la República, ante la Corte.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales,

RESUELVE:

1º No es el caso de acceder a decretar la nulidad de lo actuado en el presente juicio, por haberse tramitado con el Fiscal del Tribunal Superior de Cali.

2º Continúe la tramitación con el señor Procurador Delegado en lo Civil, y ejecutoriada que esté esta providencia, vuelva al Despacho el expediente para que siga el curso legal correspondiente.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

José M. Blanco Núñez, Anibal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—El Secretario, *Manuel Pineda Garrido*.

Excepciones. - Impuesto a la industria cafetera. - Inexactitud en las declaraciones de renta.

1.—El 31 de julio de 1939 terminó la vigencia del impuesto con que se gravó la industria cafetera por mandato de la Ley 21 de 1935, quedando en consecuencia sin efecto la exención que respecto del gravamen sobre el patrimonio estableció, en favor de dicha industria, el inciso 1º del artículo 24 de la Ley 78 de 1935, ya que muy claramente dispuso esta Ley que la exención “sólo se concederá mientras que los respectivos contribuyentes hayan pagado en el año gravable el impuesto de venta de giros sobre el Exterior y oro físico.”

2.—La inexactitud a que se refiere el artículo 20 de la Ley 78 de 1935, en consonancia con el 125 del Decreto 818 de 1936, reglamentario de esa Ley, se verifica cuando los contribuyentes declaran ingresos menores que los que realmente hayan percibido en el año gravable. De tal manera que basta la comprobación fehaciente de que la renta o el capital denunciados vale menos que la renta o el capital que realmente tiene el contribuyente para que, por ministerio de la ley, se haga aplicable el correspondiente recargo. Esta sanción no debe aplicarse en relación con la totalidad de los impuestos liquidados al contribuyente, sino única y exclusivamente en relación con la partida o partidas no denunciadas oportunamente por aquél.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio treinta y uno de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El Juzgado de Rentas Nacionales de Bogotá, en auto de fecha 23 de junio de 1942, libró orden de pago, por la vía ejecutiva, a favor de la Nación y a cargo del señor Carlos Rodríguez Maldonado, por la cantidad de \$ 1.826.04, proveniente de los impuestos sobre la renta y patrimonio que se le liquidaron en el año de 1940, y del recargo del 100% por inexactitud en la declaración de la renta.

A virtud de un pliego de excepciones presentado oportunamente por el ejecutado, el negocio

fue remitido a esta Sala de la Corte, de acuerdo con el artículo 10 del Decreto 1315 de 1936, para los efectos de la tramitación y fallo del respectivo incidente.

El ejecutado presenta sus defensas bajo las denominaciones de *error de cuenta, inexistencia de la obligación, nulidad del título ejecutivo y cobro indebido*. Los hechos fundamentales de estas excepciones serán calificados por la Corte en relación con las diversas partidas de la liquidación, objetadas por el excepcionante.

1º—*Impuesto sobre el patrimonio.*

La Corte encuentra fundada la tacha de ilegalidad que a este impuesto le formula el excepcionante en lo que se refiere a la partida que por la suma de \$ 32.000.00 incluyó el liquidador bajo la denominación de “usufructo de la casa números 7-36 a 7-40” de la calle 11 de esta ciudad (folio 17, cuaderno número 4). En efecto:

Según lo acreditado en este juicio, la señorita Lyna Rodríguez tiene la plenitud de la propiedad de la referida casa de la calle 11, cuyos arrendamientos ha percibido el señor Rodríguez Maldonado. Empero, esta facultad que la citada señorita le ha dejado al señor Rodríguez, de permitirle arrendar por cuenta propia la casa de su propiedad, no es el derecho de usufructo a que se refieren las leyes de impuestos. El usufructo a que se refieren dichas leyes es el constitutivo de un derecho real, definido y reglamentado en el Título 9º del Libro 2º del Código Civil. Según lo que aparece, el señor Rodríguez no es usufructuario; es un mero arrendador de cosa ajena, lo cual apenas genera relaciones personales entre el arrendador y el dueño, pero no es el derecho real de usufructo, que supone la desmembración de la propiedad de un inmueble en dos elementos distintos: la *nuda propiedad* y el *usufructo*. Por lo tanto hay que descartar del activo del patrimonio la partida de \$ 32.000.00 por concepto del derecho de usufructo sobre la casa de la calle 11 (folio 3, cuaderno número 4).

El excepcionante también objeta la liquidación del impuesto sobre el patrimonio en lo que dice relación a la finca de “El Rosario”, alegando que este inmueble, por estar destinado al cul-

tivo del café, según lo acredita con el certificado de la Federación Nacional de Cafeteros, visible al folio 15 vuelto del cuaderno número 4, no está sujeto al gravamen en referencia, por disposición expresa de la Ley 78 de 1935.

La finca cafetera de "El Rosario", cuyo avalúo catastral es de \$ 200.000.00, aparece incluida en la liquidación como uno de los elementos integrantes del patrimonio gravable de Rodríguez M. en el año de 1940.

Para determinar hasta qué punto son atendibles las alegaciones del excepcionante en contra del gravamen de que se trata, es preciso examinar las disposiciones legales relacionadas con las exenciones establecidas en favor de los capitales invertidos en la industria cafetera.

Dice el artículo 24 de la Ley 78 de 1935:

"No estarán sujetos al gravamen sobre el patrimonio:

"A)...L) Los capitales invertidos en predios, plantaciones, edificios y maquinarias, destinadas actual y principalmente a las industrias de café y bananos.

"La exención a que se refieren los incisos k) y l) de este artículo sólo se concederá mientras que los respectivos contribuyentes hayan pagado en el año gravable el impuesto de venta de giros sobre el Exterior y oro físico."

El artículo 103 del Decreto 318 de 1936, reglamentario de la Ley 78, dice lo siguiente:

"La exención prevista en los numerales k) y l) del artículo 24 de la Ley 78 de 1935, no beneficiará sino a los productores, y para tener derecho a ello se presume que han pagado el impuesto de giros sobre el Exterior y oro físico, con el sólo hecho de que esté en vigor la ley que establece estos últimos tributos."

Ahora bien: la Ley 21 de 1935, en su artículo 1º, estableció el impuesto sobre la venta de giros de exportación y oro físico, incluyendo la industria cafetera entre las afectadas con este tributo y con vigencia hasta el 1º de enero de 1938.

Luégo vino la Ley 41 de 1937, y en su artículo 1º prorrogó la vigencia del impuesto en mención. La prórroga fue por un año más a partir del primero de enero de 1938, pero en el párrafo del mismo artículo se estableció que "el Presidente de la República, queda revestido hasta el 31 de diciembre de 1938 de la facultad extraordinaria de prorrogarlo por otro año si las necesidades de la industria cafetera lo exigen, y de suspenderlo antes de aquella fecha si lo considera conveniente."

El Poder Ejecutivo, en uso de la facultad de que fue revestido por la citada Ley 41 de 1937, dictó el Decreto 2095 del 19 de noviembre de 1938, en cuyo artículo único dispuso la prórroga del impuesto de que se trata, hasta el 31 de julio de 1939.

El término de esta última prórroga venció, sin que el legislador dispusiera nada sobre la materia. De tal suerte que es preciso concluir que el 31 de julio de 1939 terminó la vigencia del impuesto con que se gravó la industria cafetera por mandato de la Ley 21 de 1935, quedando en consecuencia sin efecto la exención que respecto del gravamen sobre el patrimonio estableció, en favor de dicha industria, el inciso l) del artículo 24 de la Ley 78 de 1935, ya que muy claramente dispuso esta Ley que la exención "*sólo se concederá mientras que los respectivos contribuyentes hayan pagado en el año gravable el impuesto de venta de giros sobre el Exterior y oro físico.*"

De consiguiente, la finca de "El Rosario", de propiedad del señor Rodríguez M., aunque esté destinada al cultivo del café, no puede considerarse legalmente eximida del impuesto sobre el patrimonio en el año de 1940, puesto que ya desde el 1º de agosto de 1939 había dejado de regir la exención que respecto de tal gravamen estableció temporalmente la Ley 78 de 1935 en relación con las fincas cafeteras. Quiere ello decir que la liquidación que se examina se ajusta estrictamente a la ley en cuanto allí se incluye la referida finca de "El Rosario", por su avalúo catastral de \$ 200.000.00, como uno de los elementos integrantes del patrimonio gravable del señor Rodríguez en el referido año de 1940.

2º—*Recargo del 100% por inexactitud en la declaración de la renta.*

El liquidador impuso al señor Rodríguez un recargo por valor de \$ 913.02, equivalente al 100% de los impuestos que se le asignaron en el año de 1940, por inexactitud en la declaración de su renta.

La inexactitud de Rodríguez la hace consistir el liquidador en que este contribuyente no denunció el valor de los arrendamientos de la casa de la calle 11 en el citado año de 1940.

El excepcionante acepta que él en realidad percibió el valor de los arrendamientos, pero que involuntariamente omitió denunciarlos en la oportunidad legal, "por mala información."

El Administrador de Hacienda Nacional, después de presentada la correspondiente declaración por Rodríguez M., le pidió una aclaración respecto de aquella omisión, habiendo contestado Rodríguez lo siguiente, en carta de fecha 30 de septiembre de 1941 (folio 2, cuaderno número 4):

"Omití incluir los arrendamientos de la casa ubicada en la calle 11 de Bogotá, por mala información que se me suministró en el momento de formular la declaración; efectivamente percibo los arrendamientos de la citada casa que es de propiedad de mi hija Lina.... Estos arrendamientos los recibo como renta mensual y según convenio celebrado por cartas cruzadas".

En el escrito de excepciones el señor Rodríguez aduce más o menos las mismas explicaciones que en el particular le dio al Administrador de Hacienda Nacional para justificar su omisión respecto de los arrendamientos de la casa en referencia, y advierte además que su actitud no debe entenderse como "ocultamiento de la realidad económica".

Se observa:

Prescribe el artículo 20 de la Ley 78 de 1935:

"La sola inexactitud (subraya la Sala) en la declaración del patrimonio o de la renta dará lugar a un recargo del ciento por ciento (100 por 100)."

La anterior norma legal está desarrollada así en el artículo 125 del Decreto 818 de 1936, reglamentario de la Ley 78:

"De acuerdo con el artículo 20 de la Ley 78 de 1935, la sola inexactitud en la declaración hace incurrir en un recargo del ciento por ciento (100 por 100) del impuesto."

"Esta disposición no es aplicable a errores o diferencia de apreciación en que pueda incurrir el contribuyente sobre lo que constituye su renta o patrimonio gravables, sino a los que declaren ingresos menores de los que realmente perciban".

De consiguiente, la inexactitud en una declaración tiene lugar, de acuerdo con la ley, cuando los contribuyentes declaran ingresos menores de los que realmente hayan percibido en el año gravable.

De tal manera que basta la comprobación fehaciente de que la renta o el capital denunciados vale menos que la renta o el capital que realmente tiene el contribuyente, para que, por ministerio de la ley, se haga aplicable el correspondiente recargo.

En el caso de autos está plenamente acreditado que el señor Rodríguez no denunció oportunamente los arrendamientos de la casa de la calle 11, de propiedad de la señorita Lina Rodríguez, y que él percibió en el año de 1940, "como renta mensual", según convenio que al efecto celebró con la propietaria del inmueble. Las explicaciones que en el particular da el señor Rodríguez no hacen más que confirmar el hecho de que él declaró su renta por un valor menor del que realmente tenía en el año gravable. Luego la aplicación del recargo se hace ineludible, por disposición terminante de las leyes de impuestos.

Empero, la Sala considera que lo que no se ajusta a la ley es la cuantía del recargo, por cuanto esta sanción no debe aplicarse en relación con la totalidad de los impuestos liquidados al contribuyente, sino única y exclusivamente en relación con la partida o partidas no denunciadas oportunamente por aquél.

A esta misma conclusión llegó la Sala en el juicio ejecutivo seguido por la Nación contra Rodríguez Noguera, al examinar la legalidad del mismo recargo que aquí se estudia, como puede verse del siguiente aparte de la sentencia de excepciones proferida por la Corte en dicho juicio el día cuatro de junio último:

"2º El funcionario liquidador al revisar la primitiva liquidación, y al imponer la multa por inexactitud al excepcionante lo hace calculándola sobre el total del impuesto revisado. Si esta revisión fuera legal por ser aceptable el cargo de inexactitud contra el excepcionante, también adolecería de error tal multa. Que el artículo 125 del Decreto 818 de 1936 exprese que 'de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 78 de 1935, la sola inexactitud en la declaración hace incurrir en un recargo del ciento por ciento del impuesto', no quiere decir que ese recargo se liquide sobre todo el impuesto que resulte de sumar todos los renglones o partidas denunciadas por el contribuyente, sino, únicamente, el recargo que corresponda a la partida o partidas en que se haya incurrido en ocultación, o inexactitud maliciosa, porque injusto sería hacer recaer la pena aun con relación a aquello en que no se faltó a la verdad ni hubo fraude alguno al Fisco."

Ahora bien: como en el caso de autos el recargo por inexactitud está fijado en relación con la totalidad de los impuestos liquidados a Rodríguez M. en el año de 1940, se impone entonces la reforma de la respectiva liquidación en el sentido de que el recargo del 100% que debe aplicársele por su inexactitud en su declaración de renta, ha de fijarse teniendo en cuenta únicamente la partida de la renta no denunciada oportunamente, esto es, la de \$, correspondiente a los arrendamientos de la casa de la calle 11 en el citado año de 1940.

Por lo que hace al recargo en mención, el excepcionante alega además que se trata de una sanción que sólo puede imponerla el Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, y mediante una providencia motivada, definitiva y debidamente notificada al interesado. "La sanción del ciento por ciento —dice el señor Rodríguez— no es un impuesto sino una pena, y como tal, debe ser materia de una providencia separada, y no involucrarse en el mismo reconocimiento librado por impuestos."

Se observa:

En relación con la anterior defensa del ejecutado, la Sala acoge, por tener firme apoyo en la ley, las siguientes observaciones del señor Procurador Delegado en lo Civil, mediante las cuales este funcionario pone de manifiesto la inconsistencia de la objeción formulada por el excepcionante:

“El recargo de que se trata no es en estricto rigor una sanción autónoma, principal e independiente de la totalidad del impuesto, sino que es simplemente un aumento del impuesto, un sobreimpuesto, un aditamento al impuesto, como se deduce de sólo considerar la forma en que se establece y la denominación que le fue dada: recargo es una nueva carga o aumento de carga, que se agrega a otra ya existente para formar con ella un todo, una unidad. Siendo esto así, para hacerlo efectivo no es necesaria una resolución o un título especial, distinto del original, sino que basta con que se realicen los hechos que traen como consecuencia el recargo, para que éste nazca, por ministerio de la ley y para que venga a integrar, aumentándola, la obligación principal, originaria.

“Y el funcionario encargado de liquidar el impuesto será también el competente para liquidar todos los accesorios del mismo, como recargos por demora y recargos por inexactitud o por falta de declaración oportuna”.

Finalmente, el ejecutado alega que él se acogió a lo prescrito por el artículo 47 del Decreto-ley número 554, del 28 de febrero de 1942, “al solicitar en tiempo oportuno, que se ajustara la declaración de renta y patrimonio para el año de 1940 a lo indicado en tal disposición, ya que el espíritu de ella es general y encaja precisamente en el presente caso, pero se me denegó justicia no resolviéndose mi petición”.

Se considera:

Al folio 4 del cuaderno número 4 obra copia del memorial elevado por Rodríguez M. al Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, en el cual le manifiesta que desea reajustar su declaración de renta correspondiente al año de 1940.

La precedente solicitud le fue resuelta a Rodríguez M. en forma desfavorable, poniéndole de presente el citado funcionario que la gracia impetrada por el memorialista “no se refiere sino a los patrimonios y rentas ocultos en declaraciones anteriores al año de 1941 que no hubieren sido descubiertos anteriormente por los funcionarios de Hacienda, pero no puede cobijar las inexactitudes y omisiones ya establecidas y sancionadas. Por tanto no ha sido posible dar a su memorial el curso establecido para las declaraciones de reajuste”.

La Corte encuentra estrictamente legales las precedentes observaciones de la Jefatura de Rentas, comoquiera que para la época en que Rodríguez M. solicitó el reajuste de su declaración de renta para el año de 1940, ya estaba practicada la liquidación de los impuestos correspondientes y aplicada la respectiva sanción por inexactitud en aquella declaración. No se estaba, en consecuencia, frente al caso expresamente

previsto por el decreto-ley en mención, esto es, el de aquellos contribuyentes *no sancionados*, hasta la vigencia de dicho ordenamiento, por no haber declarado “su renta y patrimonio para los fines del impuesto con toda exactitud en los años anteriores a 1941”, y quienes en tales circunstancias estaban autorizados para “ajustar la declaración a su real y efectiva situación en 31 de diciembre de dicho año, *sin que en tales casos se apliquen las sanciones que prescriben los artículos 9º y 20 de la Ley 78 de 1935*, ni se practiquen por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales las revisiones de impuestos de años anteriores que ordena el artículo 15 de la Ley 81 de 1931” (artículo 47).

Por lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla así este incidente:

1º Declárase probada la excepción, consistente en que la liquidación del impuesto sobre el patrimonio del señor Carlos Rodríguez Maldonado en el año de mil novecientos cuarenta (1940), adolece de ilegalidad en lo referente a la inclusión de la partida de treinta y dos mil pesos (\$ 32.000.00) por concepto del derecho de usufructo sobre la casa números 7-36 a 7-40 de la calle 11 de esta ciudad, perteneciente a la señorita Lyna Rodríguez, como también en lo atinente a la cuantía del recargo del ciento por ciento por inexactitud en la declaración de renta.

En consecuencia, la autoridad administrativa correspondiente procederá a liquidarle nuevamente el impuesto sobre el patrimonio al señor Rodríguez Maldonado por lo correspondiente al referido año de 1940, deduciéndole la expresada partida por valor de treinta y dos mil pesos (\$ 32.000.00) moneda corriente. La misma autoridad administrativa fijará asimismo la cuantía del recargo que aquél debe pagar por la inexactitud en la declaración de la renta, teniendo en cuenta únicamente el gravamen correspondiente a la partida de la renta no declarada por el contribuyente, esto es, la de ocho mil cuatrocientos pesos (\$ 8.400.00) moneda corriente, valor de los arrendamientos de la referida casa de la calle 11.

2º Decláranse no probadas las demás excepciones propuestas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese este fallo en el próximo número de la *Gaceta Judicial*, y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

José M. Blanco Núñez, Anibal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Luis Francisco Martínez, Oficial Mayor.

Acción de responsabilidad civil por un accidente ferroviario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio treinta y uno de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

En escrito presentado al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, los esposos Bernardo Garcés y Ana Luisa Montoya, por medio de apoderado, demandan al Departamento de Caldas, para que en calidad de dueño y usufructuario de la empresa denominada Ferrocarril de Caldas, sea declarado civilmente responsable por la muerte del niño Bernardo Garcés Montoya, hijo de los demandantes, ocurrida el día 26 de abril de 1939, a causa de haber sido atropellado por una de las máquinas del ferrocarril en el sitio donde la carrilera cruza un camino carretable, entre los kilómetros 44 y 45; y que en consecuencia se condene al Departamento a resarcir todos los daños que a los actores les resultan por la muerte trágica del niño.

El Fiscal del Tribunal se opuso a la acción. Trabado el debate, el Tribunal le puso término en primera instancia, según sentencia de 17 de junio de 1941, en que absolvió al Departamento, con fundamento en no haber encontrado comprobada en forma plena la defunción del menor.

El apoderado de los demandantes apeló del fallo. El negocio vino a la Corte para los efectos del recurso. Tras de las ritualidades de la segunda instancia, en que se allegaron nuevas pruebas, citóse para sentencia, la que debe ya proferirse.

La muerte del menor Bernardo Garcés.

Está plenamente comprobado en el expediente, que el 26 de abril de 1939 la locomotora número 14 del Ferrocarril de Caldas atropelló y dio muerte al menor Bernardo Garcés, de 18 meses de edad, en el momento en que la máquina corría sobre los rieles con otros carros, al atravesar el paso-nivel en el punto de Playa Rica, en el sitio donde la carrilera atraviesa un camino carretable, jurisdicción del Municipio de Santa Rosa.

Dos testigos declaran categóricamente haber presenciado el accidente. Son Enrique Gutiérrez (folios 26 y 27, cuaderno número 3) y Teresa

Montoya de Cifuentes (folios 19 vuelto y 20, cuaderno número 6). El primero dice expresamente: "Yo presencié personalmente cuando la locomotora número catorce, marcada 'Ferrocarril de Caldas', atropelló violentamente el veintiséis de abril de 1939 al menor Bernardo Garcés". Y agrega: "Yo sí vi el accidente y me hallaba a los cinco metros aproximadamente del lugar en que ocurrió. El accidente se verificó en todo el paso-nivel". Y la testigo Montoya también declara de modo categórico: "Sí vi perfectamente bien cuando la locomotora número catorce, marcada 'Ferrocarril de Caldas', atropelló violentamente el veintiséis de abril de 1939 al menor Bernardo Garcés Montoya y alcancé a ver cuando con el golpe que le dio lo tiró a un lado del camino". Los dos testigos dicen que el hecho ocurrió en el paso a nivel de Playa Rica, de dicho ferrocarril.

Son pues dos testimonios acordes en cuanto al tiempo, al lugar, número de la locomotora y hecho del atropello.

Que por razón de ese atropello el menor Garcés sufrió golpes y heridas, lo dicen de modo terminante Enrique Gutiérrez (folio 20, cuaderno número 4, y folios 26 y 27, cuaderno número 3), Manuel Montoya (folios 13 vuelto y 14, cuaderno número 4), Clara Duque (folio 15, cuaderno número 4), Leonor Cifuentes de Jaramillo (folios 18 y 19, cuaderno número 6), y Teresa Montoya de Cifuentes (folios 19 y 20, cuaderno número 6). Todos éstos declarantes atestiguan que la locomotora le ocasionó al menor heridas y golpes mortales. No hay sobre el particular duda alguna.

Y que como consecuencia de dichos golpes y heridas falleció el menor atropellado, lo dice la diligencia o acta de necropsia de su cadáver, que en copia auténtica vino a los autos. En tal diligencia consta que el niño Bernardo Garcés sufrió varias heridas contusas y que "la causa de la muerte fue el *shok* producido por el traumatismo (folio 25, cuaderno número 6).

La responsabilidad del Departamento.

El Departamento de Caldas, demandado, es dueño de la empresa del Ferrocarril de Caldas, según se desprende de las Ordenanzas de la respectiva Asamblea, números 24 de 1911, 27 de 1912, 26 de 1913, 16 de 1915 y 4 de 1916, que

dispusieron su construcción, la financiación y administración de la obra; de cuyos actos se trajo copia legalizada al proceso. Además consta que el Departamento continúa siendo dueño de la empresa, según el documento visible al folio 12 vuelto del cuaderno número 6.

Pero se pregunta: ¿sobre el Departamento recae la plena responsabilidad en la muerte del niño Bernardo Garcés, atropellado por una máquina del ferrocarril de que la entidad es dueña?

Si medió culpa por parte de los empleados que manejaban la máquina, o si la empresa es responsable de omisiones o actos, a los cuales pueda atribuirse influencia exclusiva en el acaecimiento de la muerte del niño, no cabe duda que aquella culpa, o estas omisiones o actos, repercuten sobre el Departamento dueño de la empresa, comprometiendo su responsabilidad.

La culpa del empleado que manejaba la máquina está descartada. En el expediente aparecen las declaraciones de Juan B. Martínez, Gerardo Vallejo, Nicanor González, Francisco Tarifa (folios 8, 9, 10 y 11, cuaderno número 4), que viajaban en el tren que conducía la locomotora, quienes aseguran haber oído los pitazos repetidos de alarma que ésta daba desde que salió de la estación Gutiérrez, situada tres kilómetros antes del lugar del siniestro, y a medida que se iba acercando al cruce con la carretera; y que además sintieron el ruido y la conmoción producida por la aplicación apresurada de los frenos al convoy.

Estas declaraciones de trabajadores pertenecientes a la empresa del Ferrocarril, se confirman con las de Clara Duque y Carlos E. Jaramillo (folios 19 y 21, cuaderno número 4), quienes oyeron, momentos antes del accidente, el pito de la locomotora que se acercaba al lugar donde fue cogido el niño, así como el ruido del tren en marcha, agregando Jaramillo que "vi además cómo el tren disminuía la velocidad paulatinamente a medida que se acercaba al lugar del siniestro". Estos dos testigos estaban próximos a dicho lugar, y suministran otro dato importante; pues Clara Duque también dice: "Yo vi minutos antes del accidente al niño recogiendo piedras en la carrilera, pero juzgo que éste no se haya ido de allí cuando sintió o presenció que la máquina se acercaba"; y Jaramillo agrega: "Yo únicamente observé al niño cerca a la carrilera cuando el tren se acercaba".

De consiguiente el maquinista de la locomotora número 14 hizo todo lo que se le hubiera podido exigir a un hombre cuidadoso y diligente para evitar el siniestro: dar con la anticipación necesaria las señales de alarma y frenar el tren antes de llegar al punto donde se hallaba el niño.

De manera que si éste fue cogido debióse a la imprudencia de sus guardianes, que lo descuidaron en tal grado, que el niño todavía incapaz de resguardarse por sí solo, en razón de su edad —apenas contaba año y medio— fue dejado por sus padres libre para transitar y permanecer en un lugar tan peligroso como la carrilera de un tren en el cruce con una carretera o camino público.

Está demostrado, con la inspección ocular practicada en la primera instancia (folio 20, cuaderno número 3), durante la cual se tomaron cuatro fotografías del sitio del siniestro, desde puntos diferentes, que el niño fue cogido por la locomotora cuando estaba junto a la carrilera, en el lugar en que ésta es cortada por un camino o carretable público. Según la inspección, "existen cercas en el tramo donde ocurrió el accidente, en la zona que corresponde al ferrocarril de Caldas, a excepción del frente de la casa del señor Enrique Gutiérrez (diez metros veinte centímetros) y del frente de la casa del actor (diez y seis metros veinte centímetros). Estas dos casas están frente a frente y las separa la carrilera del ferrocarril de Caldas. No hay allí cercas divisorias ni vallas, ni nada que las separe de la vía férrea. Tampoco existe en el paso a nivel o cruce que hace la carrilera con la carretera que la atraviesa, guardavías o cadenero, ni empleado alguno que ponga bandera o signo parecido para indicar a carros y peatones la presencia de las locomotoras".

En las fotografías se ve muy claro que la casa del actor está situada en el ángulo oriental de la intersección de la vía férrea con la carretera, dándole frente a las dos vías y muy próxima a ellas.

Ciertamente el Ferrocarril debía tener en el referido cruce un cadenero o guardavías para evitar allí siniestros con los peatones o con los carros que transiten por la carretera. Esa es una omisión de la empresa, que puede ser origen de responsabilidad civil.

Pero en el presente caso, frente a la omisión culposa de la empresa del Ferrocarril, por no establecer las precauciones debidas en el paso a nivel, con las cuales quizá se hubiera evitado la muerte del niño Bernardo Garcés, existe también el descuido de los demandantes, sus padres, que tampoco tomaron las precauciones de vigilancia necesarias a impedir que el niño tuviera libertad para acercarse solo a la carrilera, en donde aquéllos sabían que peligraba gravemente su vida.

Concurrieron pues al accidente dos omisiones o negligencias inexcusables: de un lado, la ausencia de vigilancia por parte de la empresa del Ferrocarril para evitar accidentes; y de otro

lado, la ausencia de vigilancia de los padres sobre un niño de tan corta edad, quien sintiéndose solo pudo aproximarse a la carrilera, permanecer allí no obstante que el tren avanzaba por una recta, desde donde era visible a larga distancia, según también está comprobado en autos, de modo que por descuido de los demandantes dejó el niño de ser retirado del lugar del peligro en la debida oportunidad, para conjurar el accidente.

Son dos negligencias que a la luz de los principios legales se neutralizan y compensan. El artículo 2357 del Código Civil ordena tener en cuenta, en la apreciación del daño, la culpa de quien lo reclama. En estas condiciones, la culpa de los padres del menor Bernardo Garcés, que imprudentemente lo dejaron sin el cuidado que las circunstancias requerían, y no previnieron el accidente, estando dentro de sus capacidades, anula la culpa de que puede ser responsable la empresa del Ferrocarril, hasta el punto de que

la acción indemnizatoria de los padres queda enervada.

Sentencia.

Con fundamento en las consideraciones hechas, distintas de las del Tribunal *a quo*, 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 dictada en este juicio el 17 de junio de 1941.

Sin costas el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese este fallo en el próximo número de la *Gaceta Judicial*, y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

José M. Blanco Núñez, Anibal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Luis Francisco Martínez, Oficial Mayor.



SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

Acción para el pago de una suma de dinero por perjuicios. Nulidad de unas Resoluciones ejecutivas, etc.

Ha dicho la Corte que la caducidad en los contratos de la Administración "es un medio estrictamente jurídico que el Derecho Administrativo concede a la entidad de derecho público, y tiene por objeto poner fin a las convenciones cuando el contratista o concesionario incurre en incumplimiento de importancia". La caducidad es, pues, un medio de declarar terminado un contrato por la vía administrativa cuando el contratante lo infringe. La Administración cancela y procede a cobrar las penas e indemnizaciones estipuladas.

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de Unica Instancia—Bogotá, marzo treinta y uno de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Con fecha 4 de julio de 1936 el Director Nacional de Higiene, a nombre del Gobierno Nacional y con las debidas autorizaciones, celebró con el señor Antonio C. de Pombo, vecino de Cartagena, un contrato para la conducción de los enfermos de lepra existentes en el leprocomio de Caño de Loro al puerto de La Dorada, sobre el río Magdalena. Por dicho contrato el contratista se comprometió entre otras cosas:

A) A iniciar el traslado del personal y carga entre la que se incluían los equipajes de los enfermos y elementos existentes en el leprocomio, dentro de los sesenta (60) días siguientes al en que recibiera la suma de \$ 17.500 como parte de los \$ 25.000 que la Nación se comprometió a pagar por el total del contrato;

B) A suministrar al personal de enfermos y a las personas que fueran a asistirlos, como médicos, enfermeras, etc., en número estos últimos no mayor de 40 personas, alimentación sana y eficiente durante el viaje, obligación que tam-

bién se extendía a la tripulación del buque remolcador y de los planchones en que los enfermos debían ser transportados;

C) A arreglar convenientemente dichos planchones según los detalles especificados, los cuales debían ser suministrados al contratista por el Gobierno en la ciudad de Barranquilla, en calidad de préstamo, y sus dimensiones serían de 38 metros de largo por 7 metros de anchura;

D) A que el transporte de los enfermos se hiciera en un solo viaje y en planchones remolcados por un barco fluvial que cumpliera, a juicio de la Intendencia Fluvial, las exigencias indispensables en orden a garantizar una navegación segura y eficiente, especialmente en lo referente a sus máquinas y cascos.

El Gobierno Nacional por su parte se comprometió:

a) A entregarle al contratista en Barranquilla cuatro planchones de las dimensiones indicadas;

b) A que el número de enfermos movilizados no excediera de 400 en su totalidad;

c) A suministrar al contratista la vajilla y los elementos que se encontraran en Caño de Loro y que pudieran ser utilizados durante el viaje;

d) A dar al contratista con siete días de anticipación la lista de enfermos que estuvieran en los puertos del río Magdalena y que debieran también ser recogidos al paso de la embarcación;

e) A pagar al contratista como valor del contrato la suma de \$ 25.000, de los cuales \$ 17.500 recibiría al firmarse, \$ 6.000 el día que salieran los enfermos de Caño de Loro, y \$ 1.500 al llegar todos los enfermos a La Dorada.

Para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones el contratista dio una fianza hipotecaria por \$ 30.000 a cargo de su hermano el señor Enrique C. de Pombo, y además, se comprome-

tió a pagar una multa de \$ 5.000 en favor del Tesoro Nacional, en caso de que lo infringiera.

En la cláusula *quinta* se dijo que el Gobierno podía declarar administrativamente caducado el contrato por falta de cumplimiento del contratista a cualquiera de sus obligaciones, y además por las causales señaladas en el Código Fiscal.

El día 3 de diciembre de 1936, llenadas todas las formalidades de rigor por parte de la Nación para perfeccionar el contrato, el contratista De Pombo recibió la suma de \$ 17.500, valor del primer contado inicial; de manera que de este día en adelante empezó a correr el término de 60 días que tenía para la movilización de los enfermos. Pero como durante este término el Gobierno no le entregó al contratista los planchones estipulados, el plazo corrió y los enfermos no fueron movilizados.

Tiempo después, el 20 de octubre de 1939, el Gobierno dictó la Resolución ejecutiva número 1597, firmada por el señor Presidente de la República, en la cual después de la afirmación de que el señor De Pombo había incumplido el contrato por no haberse prestado a recibir los planchones, declaróse caducado administrativamente, le impuso la multa de los \$ 5.000 y le ordenó que en el término de cinco días debía reintegrar al Tesoro Nacional la cantidad que había recibido como primer contado.

El Gobierno, en la Resolución número 1135 de 14 de septiembre de 1940, negó la reposición de la anterior. En esta Resolución, que es más explicativa que la primera de los motivos que el Gobierno creía tener para considerar al contratista en mora de recibir los planchones, se aleja en síntesis:

Que la actitud del contratista no estuvo a la altura de sus obligaciones ni correspondió a la conducta del Gobierno, quien cumplió uno de sus principales deberes, cual era la entrega del primer contado. Desde este momento el señor Pombo ha debido desplegar toda su actividad para poner los bongos en estado de ser acondicionados, en vez de asumir una actitud pasiva atenido a la letra del contrato. Solamente el 19 de diciembre Pombo se apersona en Barranquilla con el fin de comenzar la obra de acondicionamiento; tropieza con la dificultad de que el Intendente Fluvial de dicha ciudad exige que monte los bongos a troje a fin de efectuar en ellos la inspección de rigor para dar el permiso de navegación; y en cambio de realizar él los gastos que implicaba la inspección de los bongos, "con lo cual habría puesto al Gobierno Nacional en el imperativo de reconocer estos gastos", porque no estaban previstos en el contrato, se pone a dirigir comunicaciones a la Dirección de Higiene dándole aviso de la dificultad

que encontraba e indicándole que a él no le correspondía soportar las erogaciones que implicaba el montar los bongos a troje para la inspección. Al darse cuenta el Gobierno de que los bongos del Ferrocarril de Antioquia que existían en Barranquilla cerca del caño de Los Tramposos, y que había puesto a disposición del contratista, estaban inservibles e inutilizados para ponerlos a flote, adelantó gestiones con la Colombian Line, encaminadas a conseguir los cuatro bongos de las condiciones especificadas en el contrato, y llegó a un acuerdo con esa Compañía. "Así, pues, el Gobierno tuvo los bongos a disposición del contratista desde el mes de marzo de 1937. Para entonces, éste manifestó que ya no era tiempo y que lo único que quería era la resolución del contrato, debiendo el Gobierno reconocerle la suma de \$ 20.000 por los perjuicios sufridos." En los contratos administrativos las obligaciones del contratista son más estrictas, dados los fines del contrato dirigidos al interés colectivo, por lo cual aquél "debe cumplir las prestaciones estipuladas y las inherentes al contrato, aun en presencia de acontecimientos económicos excepcionales independientes de la voluntad de las partes y que no se previeron al tiempo de firmar"; de esta manera una pequeña pérdida "o la ampliación de un plazo no puede ser argumento suficiente para excusarlo del cumplimiento fiel de sus obligaciones".

La demanda.

Vencido administrativamente, el señor Pombo instauró entonces demanda civil ante la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia, en la cual pide que, previo juicio ordinario contra la Nación, seguido con audiencia del señor Procurador, se hagan por la Corte los siguientes pronunciamientos:

"Primero. Que la Nación quedó obligada por el contrato de fecha 4 de julio de 1936, celebrado entre la Dirección General de Higiene y el señor Antonio C. de Pombo, a entregar a éste en Barranquilla, debidamente revisados por la Intendencia Fluvial de ese puerto, o en buen estado para la navegación, los cuatro planchones en que debía hacerse la conducción de los leprosos hospitalizados en Caño de Loro al puerto de La Dorada, dentro del mismo término señalado en ese contrato para que el señor Pombo diera principio al viaje de conducción de esos enfermos, o sea dentro de los sesenta (60) días corridos desde el 4 de diciembre de 1936 en que el contratista señor Antonio C. de Pombo recibió el primer contado del precio del transporte.

"Segundo. Que como consecuencia de no haber entregado la Nación al señor Antonio C. de Pombo, en Barranquilla, los cuatro planchones

en que debía hacerse la conducción de los enfermos, dentro del plazo y en las condiciones a que se refiere la declaración anterior, el Gobierno Nacional incumplió el contrato de 4 de julio de 1936 sobre conducción de los leprosos de Caño de Loro al puerto de La Dorada, otorgado entre el Departamento Nacional de Higiene y el señor Antonio C. de Pombo.

“Tercero. Que el contratista señor Antonio C. de Pombo se aprestó y estuvo siempre listo a cumplir el contrato celebrado con el Gobierno Nacional, a que se refiere la declaración anterior, dentro del plazo que en el mismo contrato se había fijado para darle cumplimiento.

“Cuarto. Que carecen de fundamento jurídico, son ilegales y en consecuencia nulas, las Resoluciones números 1597 de 20 de octubre de 1939 y 1135 de 14 de septiembre de 1940, por medio de las cuales el Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social declaró caducado el contrato celebrado entre el señor Antonio C. de Pombo con el Departamento Nacional de Higiene, con fecha 4 de julio de 1936, sobre traslado de los leprosos hospitalizados en Caño de Loro al puerto de La Dorada.

“Quinto. Que la Nación está obligada a pagar al señor Antonio C. de Pombo, el precio total del contrato, debiendo, de consiguiente, pagarle, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este juicio, o dentro del término que esa Corte señale, los siete mil quinientos pesos (\$ 7.500.00) moneda corriente que como resto de ese precio total del contrato de transporte, le adeuda la Nación todavía al contratista señor Antonio C. de Pombo, y debe pagarle además los perjuicios sufridos por el mismo señor Pombo con ocasión de la declaración de caducidad del contrato.

“Sexto. En subsidio de la petición anterior pido que se condene a la Nación a pagarle al señor Antonio C. de Pombo, mediante tasación de peritos en este juicio, o en juicio distinto, todos los perjuicios que el mismo señor Antonio C. de Pombo sufrió por razón del incumplimiento del contrato por parte de la Nación, y además los que se le han causado y se le sigan causando por motivo de la declaración de caducidad de este contrato.

“Séptimo. También en subsidio de las dos peticiones inmediatamente anteriores, y como consecuencia de la declaración de nulidad de las resoluciones ejecutivas acusadas en este libelo —fuera de los otros conceptos contenidos en la demanda—, por cuanto esas resoluciones se dictaron estando vigente el contrato y sin que mediara reconvencción al contratista, pido que se condene a la Nación a pagar al señor Antonio C. de Pombo todos los perjuicios que se le han causado y se le sigan causando por motivo de

la declaración de nulidad del contrato que celebró con el Gobierno Nacional.”

En orden a sustentar la acción se proponen varios hechos entre los cuales los fundamentales son los que se van a mencionar sintéticamente:

A) El día 4 de diciembre de 1936, siguiente al en que Pombo recibió el primer contado de \$ 17.500, comenzó también a correr el término de que el Gobierno disponía para entregarle al contratista en la ciudad de Barranquilla los planchones en que debía hacerse el traslado de los enfermos al puerto de La Dorada.

B) Antes de iniciarse el término fijado en el contrato para que se diera principio al viaje, el Departamento Nacional de Higiene solicitó de la Empresa del Ferrocarril de Antioquia que pusiera a órdenes del contratista, en el puerto de Barranquilla, cuatro planchones de los de propiedad de esa Empresa, para que en ellos el contratista verificara la conducción de los enfermos.

C) En atención a esa solicitud el Ferrocarril de Antioquia comunicó al señor Pombo, a Cartagena, que había ordenado al agente de la Empresa en Barranquilla que pusiera a disposición del contratista los cuatro bongos.

D) Pombo llegó a Barranquilla el 14 de diciembre de 1936, a recibir los planchones que debía entregarle el agente del Ferrocarril de Antioquia, pero encontró que los únicos planchones que la Empresa tenía amarrados en el puerto de Barranquilla, a esa fecha no habían sido revisados por la Intendencia Fluvial de dicho puerto, ni menos declarados por dicha oficina aptos para la navegación.

E) En la ocasión expresada la Intendencia Fluvial de Barranquilla manifestó al señor Pombo que para llevar a cabo un examen adecuado de los planchones era necesario que fueran subidos a troja; y como esto imponía gastos y atenciones extras a las obligaciones que Pombo había contraído, él hubo de regresar a Cartagena sin haber recibido del Gobierno los planchones para acondicionarlos. Posteriormente, la Intendencia Fluvial constató que los planchones del Ferrocarril de Antioquia que se le habían ofrecido al contratista se hallaban completamente inutilizados para ser dados a la navegación.

F) Ya de regreso a Cartagena, con fecha 19 de diciembre de 1936, el contratista Pombo dirigió a la Dirección Nacional de Higiene, dando cuenta de su viaje a Barranquilla y de lo que había ocurrido, y excitándola para que en el menor tiempo posible hiciera examinar los planchones; y previendo el contratista la dificultad que iba a encontrar el Gobierno para entregarle oportunamente los planchones que se había obligado a suministrarle y sabiendo además

que la navegación del dique es difícil en los meses de diciembre, enero, febrero y marzo, a causa de la escasez de agua por el verano, propuso también el contratista al Departamento Nacional de Higiene, que el viaje de conducción de los leprosos se transfiriera para el mes de abril de 1937, lo cual no fue aceptado; y más bien el contratista fue recriminado por la demora en la iniciación del viaje y por no haber hecho examinar los planchones cuando estuvo en Barranquilla.

G) No habiendo aceptado el Departamento Nacional de Higiene el aplazamiento del viaje hasta el mes de abril de 1937; habiendo exigido el mismo Departamento en carta de 29 de diciembre que ese viaje se verificara necesariamente dentro del término del contrato, o sea dentro de los meses de diciembre de 1936 y enero de 1937, a pesar de que ya el primer mes expiraba, el contratista Pombo alistó el barco "Esteban de Pombo", conforme estaba obligado por los ordinales h) y k) de la cláusula primera del contrato, y se aprestó con él en Barranquilla a recibir los planchones que debía entregarle el Gobierno debidamente examinados por la Intendencia Fluvial del puerto, con pase para ser navegados, para que el contratista los acondicionara para el viaje en los términos del ordinal j) de la cláusula primera del contrato.

H) En la ocasión a que se refiere el hecho anterior estuvo el señor Antonio C. de Pombo en Barranquilla durante los últimos días del mes de enero de 1937, hasta el 3 de febrero siguiente, con el barco "Esteban de Pombo" debidamente examinado por la Intendencia Fluvial del puerto, equipado y tripulado según los ordinales h) y k) del contrato, listo a recibir los planchones que allí debía entregarle el Gobierno, y como éste no se los entregara debidamente revisados por la Intendencia Fluvial, hubo de dirigirse en la fecha 3 de febrero de 1937 a la Dirección Nacional de Higiene en cablegrama de que son los siguientes términos:

"B. Velasco Cabrera, Director Nacional de Higiene—Bogotá—Encuéntrome listo efectuar traslado enfermos Caño de Loro al puerto de La Dorada acuerdo nuestro contrato. Hasta la fecha Gobierno no ha hecho entrega bongos especificanse contrato.—Servidor, Antonio de Pombo."

I) No habiendo entregado el Departamento Nacional de Higiene al contratista señor Antonio C. de Pombo el 3 de febrero de 1937, día último del plazo del contrato, los planchones que se había obligado a entregarle en préstamo, debidamente revisados, y apenas para ser acondicionados para el traslado de los enfermos, el contratista se declaró desde esa fecha desvinculado del contrato.

De la demanda corrióse traslado al señor Procurador, quien la contestó oponiéndose a la acción.

Surtida la tramitación de la instancia, y recogidos los alegatos de las partes, citóseles para sentencia, la cual es ya, por lo tanto, tiempo de pronunciar.

El fundamento de la acción.

Toda la discusión del pleito gira alrededor de la entrega de los planchones al contratista señor Pombo, pues al paso que éste afirma que la Nación, dentro del plazo que el contrato otorgaba para la movilización de los enfermos, en ningún momento le facilitó los planchones que necesitaba con el objeto de acondicionarlos para el viaje, la Nación no niega que dejara de suministrar los planchones dentro de los sesenta días del plazo; sino afirma que el contratista ha debido, aun cuando los términos del contrato no lo obligaban a ello, hacer los gastos que implicaba la inspección de los planchones de propiedad de la Empresa del Ferrocarril de Antioquia, y que en un principio puso a su disposición en Barranquilla; y que aun cuando aquéllos resultaron ciertamente inservibles, el Gobierno tuvo otros bongos a disposición del contratista desde el mes de marzo de 1937, tiempo para el cual éste se había declarado indebidamente desvinculado del contrato.

La situación probatoria es la siguiente:

1º Firmado el contrato por el Departamento Nacional de Higiene y antes de que recibiera la aprobación del Presidente de la República, la Empresa del Ferrocarril de Antioquia le puso de Medellín un telegrama al señor Pombo a Cartagena el 22 de julio de 1936 en que le informa: "Acuerdo solicitud Departamento Nacional de Higiene, hemos ordenado Constantino Duque, Barranquilla, poner a disposición de usted cuatro bongos destinanse movilización enfermos Caño de Loro." (Fls. 17 c. principal).

2º Del 15 al 18 de diciembre de 1936 el contratista viajó de Cartagena a Barranquilla, en el vapor *Tolosa*, de la United Fruit Co., con el objeto de recibir los planchones que debía entregarle el Gobierno para hacer el viaje de los enfermos de Caño de Loro a La Dorada. Al regresar Pombo a Cartagena, dice el testigo Joaquín Miranda, que él quedó en Barranquilla con el encargo de enterarse de las diligencias que hiciera el Departamento Nacional de Higiene para conseguir los planchones, y comunicarle a Pombo inmediatamente estuvieran listos para su entrega. (Certificado de fl. 9 y declaraciones de Joaquín Miranda y Julio Delgado, fls. 9 v. y 23, c. número 2).

3º El 19 de diciembre de 1936 el señor Pombo le dirige una carta desde Cartagena a la Dirección Nacional de Higiene en la que le informa:

"Ayer regresé de Barranquilla adonde fui a arreglar los bongos que el Gobierno debía entregar para efectuar el traslado de los enfermos de Caño de Loro al puerto de La Dorada, pero no se ha podido dar principio a la mencionada obra debido a que la Intendencia Fluvial de Barranquilla me ha pedido que monte los bongos a troja para poder efectuar la inspección de rigor y ver si se encuentran en buenas condiciones para hacer el traslado. Como usted comprenderá, la montada de esos bongos a troja me trae gastos que no estoy obligado a hacer, pues, cuando se verificó el contrato, desde su comienzo con el doctor Francisco Gómez Pinzón, fue cosa convenida que los bongos estaban en buenas condiciones y sobre esa base fue que el Gobierno consiguió con el suscrito el valor tan reducido del traslado, pues sólo tenía y tengo que hacer los trabajos de madera para acondicionar los mencionados bongos para los enfermos de Caño de Loro. En la actualidad no se sabe si los mencionados bongos se encuentran en buen estado hasta tanto no se les haga la inspección que la Intendencia requiere. Espero que usted se interesará en arreglar lo conveniente para que la Intendencia de Barranquilla pueda hacer la inspección que ellos requieren para la seguridad del viaje. Hablando con el Intendente Fluvial de Barranquilla sobre el traslado de los enfermos de Caño de Loro al puerto de La Dorada en el mes de febrero del año entrante y revisando los datos fluviométricos del Canal del Dique es casi imposible poder efectuar el traslado en ese mes, pues el Canal del Dique se seca y queda inhabilitado para la navegación en el mes de febrero, como lo pude ver por los datos fluviométricos que me mostró el señor Intendente Fluvial de Barranquilla, y nos someteríamos tanto el Gobierno como el suscrito, a serios perjuicios sin beneficio de ninguna clase, pues al suscrito le costaría una suma ilimitada una varada de meses, y al Gobierno se le puede presentar un desbande de los enfermos al encontrarse detenidos en esos bongos. Tenemos que tener en consideración que los bongos que llevará el buque que traslada los enfermos, son sumamente grandes, pues sólo tienen de largo 38 metros por 7 metros de ancho, y tiene que cargar como cuatro de dichos bongos, cuando en el verano sólo se consiguen en el río Magdalena, canales que con trabajo pasan buques sin remolque por informaciones que usted mismo puede tomar del Ministerio de Obras Públicas y del Intendente Fluvial de Barranquilla. Creo prudente dejar el traslado de los mencionados enfermos para el mes de abril, cuando se normalice el río Magdalena, pues no es culpa del que suscribe la demora del traslado, toda vez que el Gobierno dejó de aprobar el mencionado contrato cuando se podía hacer el traslado con

el río lleno. Yo creo que se puede arreglar todo el traslado en los meses de enero, febrero y marzo y comenzar el viaje en el mes de abril sin correr ningún riesgo para el envío de esos enfermos. Deseo que usted estudie con calma y detenidamente lo que le informo y me comuniqué lo que resuelva el Gobierno al respecto."

4º Esta carta la contestó el Departamento Nacional de Higiene por medio de la de 29 de diciembre, dirigida al señor Pombo a Cartagena, en la que le manifiesta:

"Habiéndole sido girada a usted con fecha dos de los corrientes la mitad del valor total del contrato celebrado conmigo el 4 de julio del presente año en Cartagena, no puedo ocultarle mi sorpresa de que el 24 de este mes todavía se estuviera apenas en los preliminares de la inspección de los bongos que fueron colocados a órdenes de usted en Barranquilla desde mediados de este año, como tuve el gusto de manifestárselo personalmente en Cartagena.

"Me permito recordar a usted que el contrato comienza a regir desde el día 3 de diciembre, fecha en la cual recibió usted la mitad del valor de él, y que de acuerdo con el mismo contrato, desde esa misma fecha comienzan a contarse los sesenta días que usted tiene de plazo para llevar a cabo el traslado de los enfermos.

"No se me oculta que para empezar la navegación era necesario que los bongos estuvieran en buenas condiciones, pero la verificación de esta circunstancia ha debido hacerse hace muchos días. Y no era obstáculo para ello el valor adicional que pudiera reportar la montada de los bongos a troja, pues bastaba que usted hiciera oportunamente la manifestación correspondiente para que este Despacho procediera a dar las órdenes del caso.

"Así, pues, fue muy grande mi sorpresa cuando, el 24 de los corrientes por la tarde, el doctor Daniel Rodríguez Herrera, Jefe de la Sección 2ª de este Departamento, me comunicó telefónicamente la dificultad que surgía con la Intendencia Fluvial de Barranquilla. Por otra parte, el doctor Velasco Cabrera me informó que durante los días que él permaneció en Barranquilla estuvo aguardando a usted en Barranquilla de acuerdo con cita que él le dio y usted aceptó; pero tuvo que venirse después de una espera inútil de varios días.

"No obstante, la dificultad de que me hablaba el doctor Rodríguez Herrera por teléfono fue subsanada inmediatamente en menos de cinco minutos. Todo esto demuestra que no ha dejado de haber por su parte un pequeño descuido en dar principio a las labores que le corresponden de acuerdo con el contrato celebrado con este Departamento.

"En cuanto a la dificultad que pueda presentarse en el mes de febrero para la navegación por el Canal del Dique y en el río Magdalena, creo que esto no es motivo para que usted no empiece inmediatamente la obra de madera sobre los bongos, para dar estricto cumplimiento al contrato. Si, llegada la fecha del 3 de febrero, en que se cumplen los sesenta días previstos en el contrato, las condiciones del Canal y del río no permiten la navegación, el Gobierno Nacional dispondrá lo conveniente, y es lógico que eso no se le tomará en cuenta a usted por ser un caso de fuerza mayor.

"En todo caso no es posible a este Departamento el establecer de una vez que el transporte de los enfermos se haga en el mes de abril."

5º El contratista Pombo mantuvo a sus órdenes y por su cuenta en el puerto de Barranquilla, durante los últimos días de enero y primeros tres días de febrero del año de 1937, el barco "Esteban de Pombo", de su propiedad, listo en clasificación, tripulación, etc., para recibir allí los planchones que el Gobierno debía entregarle (declaraciones de Joaquín Miranda, Manuel Castillo, Joaquín Conde, Diomedes Valiente y Julio Delgado, fls. 10, 15, 16, 17 y 24 del cuad. número 2). Además, la Intendencia Fluvial de Barranquilla el 3 de febrero le extendió al señor De Pombo el siguiente certificado:

"1º Es cierto que el vapor 'Esteban de Pombo' se encuentra debidamente clasificado, de acuerdo con los reglamentos del Gobierno. Sus calderas, están en regular estado y en observación permanente por parte de los técnicos de esta Intendencia.

"2º Es cierto que el vapor 'Esteban de Pombo' reúne las condiciones para transportar o remolcar hasta cuatro (4) planchones, llevando en dichos planchones cuatrocientas (400) personas debidamente acomodadas.

"3º Es cierto que el vapor 'Esteban de Pombo' reúne las condiciones para llevar cuarenta (40) pasajeros debidamente acomodados.

"4º Es cierto que el vapor 'Esteban de Pombo' se encuentra actualmente con toda la tripulación que requiere la buena marcha del mencionado vapor.

"5º Es cierto que el vapor 'Esteban de Pombo' se encuentra listo en clasificación, personal de navegación y demás requisitos legales para hacer un viaje al puerto de La Dorada hasta con cuatro (4) planchones de remolque."

6º El 3 de febrero ya indicado Pombo se dirige desde Barranquilla a la Dirección General de Higiene, notificándole:

"Encuéntrome listo efectuar traslado enfermos Caño de Loro al puerto de La Dorada, de acuerdo nuestro contrato. Hasta la fecha Go-

bierno no ha hecho entrega bongos especifican-se contrato." (Telegrama de fl. 32 v., c. número 1).

7º El 4 de febrero salió de Bogotá para Barranquilla, en avión, el doctor Luis F. Buenaventura, alto empleado de la Dirección Nacional de Higiene, con el objeto de conseguir los planchones y arreglar el asunto con el contratista. En carta del funcionario al Director de Higiene, del 6 de febrero, le informa de las gestiones que hasta ese día había adelantado: Dice que se entendió con el Gerente de la Naviera Colombiana sobre la posibilidad que tuviera de suministrar al Gobierno los cuatro planchones que se necesitaban para traslado de los enfermos, y el Gerente le informó que la Compañía tenía algunos que requerían reparaciones que debía efectuar el Gobierno; que por estar deteriorados también se los ofrecía en venta a razón de \$ 500 cada uno. Que se dirigió también a todas las compañías de navegación con el ánimo de saber si alguna de ellas estaba en posibilidad de suministrarle los planchones al Gobierno. Citó también al señor Pombo, a que lo acompañara a inspeccionar, con el ingeniero de la Intendencia Fluvial, los bongos que hubiera en el puerto de Barranquilla, del Gobierno, de las compañías de navegación y del Ferrocarril de Antioquia, a fin de saber cuáles podían utilizarse, pero que el señor Pombo esquivó esa cita; no obstante lo cual siempre se practicó la inspección, con el siguiente resultado: 1º, los bongos del Ferrocarril se encontraron inservibles, perforados, repletos de agua, hasta el punto de que ofrecen peligro de hundirse con el simple peso del cuerpo de una persona; 2º, los bongos de la Naviera Colombiana estaban también muy deteriorados y la Compañía no se hace cargo de hacer las reparaciones y limpiarlos, ni aun en caso de que el Gobierno los compre; 3º, es difícil conseguir los bongos o planchones con las compañías particulares, porque ellas los necesitan para el transporte de su carga; todo esto debía saberlo el señor Pombo desde mucho tiempo atrás, lo mismo que el estado de los bongos del Ferrocarril de Antioquia, dados sus conocimientos en la navegación del río Magdalena, y además como dueño del barco "Esteban de Pombo"; 4º, los únicos planchones que estaban en condición de ser utilizados eran los "Nasintrans", números 10, 18, 21, 22 y 25, de propiedad del Ministerio de Obras Públicas, que tienen la ventaja de que pueden navegar por el Canal del Dique en toda época. Agrega por último el doctor Buenaventura en su carta, que cree que sería muy fácil conseguir los bongos anteriores en el Ministerio de Obras Públicas, porque actualmente no estaban prestando servicio; la reparación de ellos costaría poco y podrían estar reparados en cuatro semanas, reparándolos todos al tiempo.

8º El 12 de febrero el doctor Buenaventura vuelve a dirigirse desde Barranquilla al Director Nacional de Higiene dándole cuenta de que no ha podido conseguir los planchones con las compañías de navegación, de manera que, en consecuencia, "no queda otro recurso que activar la consecución de los planchones 'Nasintans' con el Ministerio de Obras Públicas, cosa que no me parece difícil, pero debe hacerse en Bogotá".

9º El Director Nacional de Higiene, doctor Benigno Velasco Cabrera, en carta de Bogotá, del 22 de febrero, dirigida al doctor Buenaventura a Barranquilla, le dice que continúe gestionando lo relacionado con los planchones a fin de obtener el cumplimiento del contrato; y le informa que ha estado entendiéndose con el Ministerio de Obras Públicas en busca de un acuerdo sobre el alquiler de los planchones, sin resultado; pero que en cambio se convino que entre el doctor Buenaventura y el señor Manuel Samudio, arreglaran el asunto en Barranquilla, que en el caso de que Pombo no acepte los planchones que el Gobierno le ofrezca, por la falta de las longitudes estipuladas en el contrato, y proponga en cambio la rescisión de éste, Buenaventura indagará del contratista el monto de la indemnización que exija, porque "es mi propósito invitarlo a que esa cantidad sea estipulada por un peritazgo extrajudicial, en el cual estén representadas las partes".

10. El 17 de marzo, el doctor Buenaventura todavía en Barranquilla, le informa en carta al Director Nacional de Higiene que ha continuado adelantando algunas gestiones con el Gerente de la Colombian Line y con la Compañía de Navegación de Santander, para conseguir los planchones, sin éxito. Envía un certificado expedido por la Colombian Line acerca de dichas gestiones; y dice que en ese certificado no consta el rechazo que la Dirección Nacional de Higiene le dio a la última propuesta de la Compañía; haciéndolo expedir así. "porque tengo miedo de que Pombo, conoedor de la imposibilidad del Gobierno para suministrarle los planchones, venga nuevamente a solicitarlos. El está convencido de que yo los tengo listos y por eso no ha querido venir".

11. El 16 de marzo el doctor Buenaventura telegráficamente, se dirige al contratista Pombo a Cartagena, sugiriéndole la conveniencia de rescindir amigablemente el contrato sobre las bases que al efecto se acordarían.

12. El 20 de marzo el doctor Buenaventura le informa desde Cartagena al Director Nacional de Higiene, que Pombo accede a la rescisión del contrato siempre que se le reconozca una indemnización por valor de \$ 20.000.

13. La Dirección Nacional de Higiene, en telegrama del 22 de marzo, declara inaceptable la propuesta, pero sugiere la constitución de un tribunal de honor que decida las diferencias de los contratantes.

14. Por último, tras de nueva correspondencia entre el Director de Higiene, el doctor Buenaventura y el señor De Pombo, éste, en telegrama del 6 de abril al doctor Velasco Cabrera, le dice:

"No estamos confrontando dar cumplimiento contrato traslación leprosos sino su resolución por incumplimiento de parte Gobierno."

A lo cual el Director de Higiene contestó al señor De Pombo:

"Su telegrama indicame que usted no ha leído con detención el contrato que usted mismo firmó, pues el Gobierno no tiene plazo fijo para entregar los bongos."

Aplicación del derecho.

Que el Gobierno debía suministrarle al contratista De Pombo los cuatro planchones necesarios para el traslado de los enfermos de Caño de Loro al puerto de La Dorada, fue condición estipulada en el contrato. Y es obvio que este suministro tenía que hacerse con tiempo suficiente dentro del término de sesenta días con que el contratista contaba para iniciar el viaje de movilización a La Dorada, para que dicho contratista pudiera arreglar convenientemente los planchones con el fin de acomodar en ellos a los enfermos que debían ser transportados. Sin que el Gobierno suministrara los planchones, el contratista no podía hacerles las instalaciones necesarias, ni menos iniciar el viaje a que estaba comprometido.

En el contrato no se estipuló expresamente que los planchones que el Gobierno prestaba —según la expresión que emplea el contrato—, al contratista para movilizar los enfermos, debían estar en condiciones de navegar. Pero esta circunstancia se subentendía, pues es claro que planchones inadecuados o inutilizados de nada servían. Por ello el Gobierno corría con la obligación implícita de adelantar las diligencias indispensables tendientes a establecer, antes de entregarlos al contratista, que los bongos o planchones que a éste le iba a prestar, por el buen estado material en que se encontraran prestarían el servicio a que iban a ser destinados. De consiguiente, las inspecciones oficiales que las autoridades ordenaron sobre los bongos con el fin de probar su buen estado a efecto de dar el correspondiente permiso de navegación, recaían entre las prestaciones previas del Gobierno, quien no podía estar atenido a que la contraparte lo reemplazara en la realización de ellas. Es norma de derecho en todo campo que en los con-

tratos obliga, no sólo lo expresamente estipulado, sino también toda cosa que emane precisamente de la naturaleza de lo pactado. De donde si el Gobierno estipuló en el contrato con Pombo, prestarle cuatro planchones de ciertas dimensiones, bien entendido quedaba que eran embarcaciones utilizables, listas para prestar servicio; lo que naturalmente conllevaba la práctica a cargo del Gobierno de los hechos conducentes a obtener la entrega de lo prometido en buen estado.

Los funcionarios de la Dirección Nacional de Higiene, que comprometieron al Estado en el suministro de los planchones, previamente han debido saber cuáles eran los que serían materia del préstamo y el buen estado en que se hallaban. Pero por la correspondencia que se dejó citada en el capítulo anterior, se concluye sin dificultad que el Gobierno apenas contaba con los que le ofreció la Empresa del Ferrocarril de Antioquia, que resultaron inservibles cuando se examinaron ya corriendo y avanzado el término del contrato. De la misma correspondencia se infiere que dichos funcionarios ninguna preocupación tuvieron por hacer examinar y tener listos los planchones para el día en que el contratista llegara a Barranquilla a recibirlos. Resultando de ello que cuando el señor De Pombo los reclamó a mediados del mes de diciembre, los bongos ofrecidos no habían sido inspeccionados ni, por tanto, se habían obtenido las necesarias licencias de navegación que debía dar la Intendencia Fluvial de aquella ciudad. A la reclamación del contratista de que a él no le correspondían las diligencias y los gastos de la inspección, la Dirección de Higiene contesta en la carta del 29 de diciembre apremiándolo a la inmediata ejecución del contrato, apoyada en el argumento, que no admitía asidero en los términos de lo pactado, de que el contratista debía hacer practicar los exámenes necesarios en los planchones para obtener la respectiva patente de navegación, adelantando los gastos que ello requiriera, por cuenta del Gobierno. Indudablemente, el contratista, con criterio de amplitud y para facilitar la labor del Gobierno, había podido acceder a la demanda, aun cuando en definitiva la gestión no habría solucionado la situación oficial porque los bongos estaban inutilizados conforme luego se comprobó en el mes de enero, al someterlos el Gobierno al examen de rigor. Pero de que el contratista sin obligación ninguna de su parte, hubiera podido, amistosamente, prestarse a efectuar él las diligencias y gastos de inspección, no se deduce ningún cargo legal en contra suya, que lo hubiera llevado a la violación de la convención. Por lo cual, siendo realmente el Gobierno la parte

que estaba en mora de entregar los planchones estipulados, cuando la Dirección de Higiene recibió la carta del señor De Pombo, del 29 de diciembre, habría resultado más prudente y acertado por parte de dicha Dirección, que le hubiera aceptado la propuesta que aquél formuló en la misma carta, de aplazar la movilización de los enfermos hasta después de los meses del verano que ya comenzaba, en cambio de rechazar de plano esa propuesta, con lo cual agravó la posición jurídica del Estado, que vióse así abocado necesariamente a la infracción del contrato, porque carecía de los planchones que había prometido.

El 4 de febrero de 1937 cuando el doctor Buenaventura, empleado de la Dirección de Higiene, salió para Barranquilla a conseguir los bongos, el Gobierno ya estaba en mora de suministrarlos, porque el día anterior había vencido el plazo de sesenta días que el contratista tenía para iniciar el transporte de los enfermos, dentro del cual también le correspondía al Gobierno entregarle con la debida oportunidad al contratista los planchones para que éste los acondicionara al fin perseguido. Las diligencias que adelantó el mencionado empleado en Barranquilla prueban superabundantemente la negligencia inicial de los funcionarios oficiales, pues todavía el 17 de marzo, según la carta del punto 10, la Dirección de Higiene estaba consiguiendo inútilmente los planchones con las compañías particulares.

La resolución ejecutiva sobre caducidad del contrato afirma que el Gobierno tuvo los bongos a disposición del contratista desde el mes de marzo de 1937. Esta afirmación antes que mejorar la posición del Estado la debilita considerablemente. Acredita oficialmente la mora de los agentes públicos en el cumplimiento del contrato. Además de que el haz probatorio traído al proceso, y que fue el mismo que el Ministerio tuvo a la vista para dictar la resolución, iámpoco comprueba que en realidad el Gobierno hubiera contratado los bongos con la Colombian Line en el mes de marzo, y que una vez contratados los hubiera puesto a disposición del contratista. Toda la documentación enumerada en el capítulo anterior deja la impresión nitida de que en el mes de marzo la Dirección General de Higiene no había podido conseguir los planchones ni con el Ministerio de Obras Públicas ni con ninguna compañía particular.

En consecuencia, es palpable que el Gobierno, por culpa de los empleados que intervinieron en el adelantamiento y gestión del contrato de traslación de los leprosos de Caño de Loro, lo incumplió, poniéndose en mora indefinida de dar-

le satisfacción a una de sus principales obligaciones. Siendo así, las resoluciones ejecutivas que declararon caducado el contrato imputándole la violación al señor De Pombo, carecen de todo fundamento y deben ser anuladas como se solicita en la demanda. El Gobierno tenía a su cargo dos obligaciones iniciales antes de que Pombo diera comienzo a las suyas:

- 1ª Pagar los \$ 17.500 del primer contado; y
- 2ª Entregar los cuatro bongos necesarios.

La primera prestación se satisfizo. Mas no así la segunda.

Declarada la nulidad de las resoluciones y hallado cierto el fundamento esencial de la demanda, consistente en que fue la Nación la parte que incumplió el contrato, y no el demandante, quien estuvo listo, como lo dejó comprobado, a satisfacer los compromisos que el contrato le imponía, falta determinar ahora cuál es la responsabilidad pecuniaria de la primera por la culpa contractual en que incurrió, a la luz de las disposiciones legales aplicables al caso.

La convención celebrada encaja dentro del contrato civil de transportes. El señor De Pombo se comprometió mediante un precio, y el préstamo de cuatro planchones, que él acondicionaría debidamente y que serían remolcados por un barco fluvial puesto por él, a transportar hasta cuatrocientos enfermos de lepra, del leprocomio de Caño de Loro, al puerto fluvial de La Dorada, debiendo iniciar el viaje en el término de sesenta días, a partir del día 3 de diciembre de 1936.

El artículo 2070 del Código Civil define el arrendamiento de transporte, como un contrato en que una parte se compromete, mediante cierto flete o precio, a transportar o hacer transportar una persona o cosa de un paraje a otro.

Lo esencial, pues, en el contrato definido es el compromiso de transporte de personas o de cosas. Que el *acarreador*, en vehículos propios o alquilados, tome a su cargo los riesgos del viaje y la atención indispensable para que las cosas o las personas transportadas lleguen a salvo de daños y oportunamente al lugar de destino. Y ese hecho fue el que se pactó entre el Gobierno y el señor De Pombo, al obligarse éste a transportar por la ruta fluvial del río Magdalena los enfermos, en embarcaciones convenientemente arregladas. Las demás estipulaciones accesorias, como el préstamo de los planchones, etc., quedan dominadas por el hecho principal, al cual es al que hay que atender, para determinar globalmente a qué categoría de contrato pertenece el estipulado.

En estas circunstancias, la violación del contrato que acusa la demanda se sanciona por el

artículo 2076 de la obra citada. "Si por cualquier causa dejaren de presentarse en el debido tiempo el pasajero o carga, el que ha tratado con el acarreador para el transporte será obligado a pagar la mitad del precio o flete."

La negligencia de los respectivos funcionarios del Gobierno en el préstamo de los cuatro planchones a que se habían comprometido, en definitiva, se traduce, como así ocurrió, a que el personal de enfermos que debía movilizarse dejara de presentarse a embarcarse en la debida oportunidad. Ello representa un rompimiento de lo convenido de parte del Estado, por cuyo motivo la infracción se sanciona con el pago de la mitad del precio estipulado por el transporte, o sea la cantidad de doce mil quinientos pesos (\$ 12.500), mitad de veinticinco mil pesos (\$ 25.000), que fue el flete total pactado. Como el contratista señor De Pombo tiene en su poder la cantidad de \$ 17.500, por pago que se le hizo de parte de aquel precio, debe devolverle al Gobierno la cantidad de cinco mil pesos (\$ 5.000).

La solución sería la misma si el contrato se considerara como comercial, porque entonces el incumplimiento lo regularía el artículo 267 del Código Mercantil.

Por tal causa, las prestaciones que el demandante plantea en las peticiones *quinta*, *sexta* y *séptima* del libelo, son exorbitantes y exceden por ende los límites de la ley. Fundado en que la convención le imponía al contratista la obligación de poner el barco que habría de remolcar los planchones, deduce de allí un arrendamiento de tal barco al Gobierno, y propone que se aplique el principio contenido en el artículo 2013 del Código Civil, que obliga a pagar la totalidad del canon de arrendamiento, cuando se ha fijado término para la duración de éste. Lo inadmisibles de tal pretensión salta a la vista, pues conforme quedó dicho, lo pactado miraba más esencialmente al transporte de los enfermos que al arrendamiento del barco remolcador, cuyo empleo lo hacía el propio transportador, de modo que no puede hablarse del arrendamiento de ese barco al Gobierno. Por igual motivo es extraña la cita que se hace de los artículos 217 y 225 del Código de Comercio Marítimo, para que se apliquen al caso. Esas disposiciones contemplan el caso de flete de naves.

Se reclaman perjuicios además por el hecho de haber declarado el Gobierno caducado el contrato en las resoluciones acusadas.

Ha dicho la Corte que la caducidad en los contratos de la Administración, "es un medio estrictamente jurídico que el Derecho Administrativo concede a la entidad de derecho público, y tiene por objeto poner fin a las convenciones cuando el contratista o concesionario incurre en incumplimiento de importancia".

La caducidad es, pues, un medio de declarar terminado un contrato por la vía administrativa cuando el contratante lo infringe. La Administración, lo cancela y procede a cobrar las penas e indemnizaciones estipuladas.

En el caso de autos, la Administración, siendo la responsable de la violación del contrato, lo declara caducado, con el pretexto de que tal responsabilidad no recae sobre ella sino sobre el contratante. Lo irregular del procedimiento se corrige declarando la nulidad de las resoluciones, y eso basta. No se derivan de allí perjuicios especiales distintos de los que provienen del incumplimiento, los cuales están, según se ha visto, prefijados en la ley. Cuando el Gobierno declaró caducado el contrato, éste ya estaba incumplido por él, de suerte que la declaración fue inocua. Lo cual lleva por consecuencia que no produzca los efectos que de otra manera, de haber sido fundada, hubiera producido. Pero de ahí, se repite, no surgen perjuicios especiales.

Dice la ley procesal que si el demandante pide más de lo que se le debe, el Juez sólo le declara el derecho a lo que pruebe que se le adeuda (artículo 210 del Código Judicial).

En fuerza de lo preceptuado, la Corte tiene poder para decidir las peticiones de la demanda, reconociendo únicamente lo efectivamente debido.

Y como al descontar la indemnización debida de la suma que el señor De Pombo recibió como primer contado a cuenta del precio total del transporte, queda en su poder un excedente de cinco mil pesos (\$ 5.000), cuya retención debe cesar una vez definido este pleito, lo indicado es que se le ordene al demandante hacerle al Estado la correspondiente restitución.

Sentencia.

A mérito de las consideraciones expuestas, la Sala Civil de Única Instancia de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, resuelve esta acción así:

Primero. La Nación quedó obligada por el contrato de fecha 4 de julio de 1936, celebrado entre la Dirección Nacional de Higiene y el señor Antonio C. de Pombo, a entregar a éste en Barranquilla, debidamente revisados por la Intendencia Fluvial de ese puerto, o en buen estado para la navegación, los cuatro planchones en que debía hacerse la conducción de los leprosos hospitalizados en Caño de Loro al puerto de La Dorada, dentro del mismo término señalado en ese

contrato para que el señor Pombo diera principio al viaje de conducción de esos enfermos, o sea dentro de los sesenta (60) días corridos desde el 4 de diciembre de 1936, en que el contratista señor Antonio C. de Pombo recibió el primer contado del precio del transporte.

Segundo. Como consecuencia de no haber entregado la Nación al señor Antonio C. de Pombo, en Barranquilla, los cuatro planchones en que debía hacerse la conducción de los enfermos, dentro del plazo y en las condiciones a que se refiere la declaración anterior, el Gobierno Nacional incumplió el contrato de 4 de julio de 1936 sobre conducción de los leprosos de Caño de Loro al puerto de La Dorada, otorgado entre el Departamento Nacional de Higiene y el señor Antonio C. de Pombo.

Tercero. El contratista señor Antonio C. de Pombo estuvo listo a cumplir el contrato celebrado con el Gobierno Nacional, a que se refiere la declaración anterior, dentro del plazo que en el mismo contrato se había fijado para darle cumplimiento.

Cuarto. Carecen de fundamento jurídico, son ilegales y en consecuencia nulas, las Resoluciones números 1597 de 20 de octubre de 1939 y 1135 de 14 de septiembre de 1940, por medio de las cuales el Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social declaró caducado el contrato celebrado entre el señor Antonio C. de Pombo con el Departamento Nacional de Higiene, con fecha 4 de julio de 1936, sobre traslado de los leprosos hospitalizados en Caño de Loro al puerto de La Dorada.

Quinto. Como consecuencia de su incumplimiento la Nación está obligada a reconocer a favor del demandante, señor Antonio C. de Pombo, la cantidad de doce mil quinientos pesos (\$ 12.500) moneda legal, como indemnización de perjuicios, de acuerdo con la ley, suma que está ya en poder del señor De Pombo, a virtud de haber éste recibido anticipadamente el valor del primer contado del precio estipulado en el contrato.

Sexto. Y como esa anticipación fue por la suma de diez y siete mil quinientos pesos (\$ 17.500), el señor De Pombo restituirá a la Nación, una vez ejecutoriado este fallo, la cantidad de cinco mil pesos (\$ 5.000) moneda legal.

Séptimo. Se absuelve a la Nación de los demás cargos de la demanda.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

José M. Blanco Núñez, Anibal Cardoso Gaitán, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

INDICE

SALA PLENA			
Decretos números 1454 de 1940 y 1743 de 1942, acusados como inconstitucionales.—Se declara que no hay lugar a resolver sobre la demanda de inexecutable de los Decretos 1454 de 1940 y 1743 de 1942, por falta de materia para decidir.—Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre	509	rrior del Distrito Judicial de Tunja, el diez y nueve de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio sobre indemnización de perjuicios iniciado por Gregorio Rojas Londoño y Ana Salazar contra Micaelina del Patrocinio Páez.—Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez	536
Salvamento de voto. Magistrado doctor José Antonio Montalvo	510	Acción de nulidad de un contrato por simulación.—Presunciones. —No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, el veintinueve de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario seguido por Luis I. Suescún Delgado contra Rosalbina Buitrago.—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca	539
SALA DE CASACION EN LO CIVIL			
Acción negatoria de una servidumbre de aguas. Continuación de la personería de la sociedad nula o disuelta para responder ante terceros de sus obligaciones. —Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el cuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario de Gonzalo Lourido, Gerente de la sociedad anónima "Tejar de Santa Mónica, S. A.", contra el Municipio de Cali y otros. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez	511	Mandato. —No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el catorce de abril de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario instaurado por Francisco Borja M. contra Ana de Jesús García v. de Vaca y José Gabriel García.—Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón	543
Acciones de nulidad de un contrato, reivindicación, etc.—Prueba legal del matrimonio celebrado por colombianos en el Extranjero. —No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintiséis de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa seguido por Isabel Fernández Monroy, Concepción Monroy y Matilde Fernández, contra los señores Felipe Rodríguez y Antonio Patiño.—Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez	520	Acción de reivindicación. —No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintiséis de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio sobre reivindicación iniciado por Purificación Ballén contra Alejandrina Ortiz.—Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez	546
Acción de dominio de minas.—Legitimidad en causa. —No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el diez de abril de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario que adelantó Vicente Garcés de la Cuesta contra Mesías Pinzón.—Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez	526	Acción principal para el pago de una suma de dinero.—Reconvención por perjuicios. —No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario promovido por la sociedad comercial Hijos de Augusto Tono, contra el señor Douglas Freeman.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza	550
Recurso de revisión en materia civil.—En qué consiste la violencia.—Qué se entiende por fraude. —Se declara inadmisibles el recurso de revisión propuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de seis de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio sobre pago de cesantía promovido por Aristóbulo Morales P. contra Roberto Morales G.—Magistrado sustanciador, doctor Liborio Escallón....	531	Acción petitoria de declaración de herederos. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario instaurado por Wolf Konietzko contra los sucesores legítimos de Ana Joaquina Pérez	554
Acción sobre pago de perjuicios. —No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Supe-		Oposición a la posesión de una mina. —Se casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el diez y nueve de julio de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio sobre posesión de una mina, promovido por Milcíades y Estanislao Prieto contra Julio Cuesta Soriano y otros.—Magistrado ponente, doctor Isaias Cepeda	557

	Págs.	Págs.
Acción de responsabilidad para el pago de perjuicios. —Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el veintiséis de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio sobre responsabilidad civil promovido por Martín Rojas y Resurrección Núñez de Rojas contra el Municipio de Pijao.—Magistrado ponente, doctor Isaias Cepeda	563	parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el diez de abril de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de responsabilidad seguido por Jesús Acosta Ch. con la sociedad "Carboneras de San Vicente".—Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón....
Acción de remoción de un guardador. —No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el diez y seis de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio sobre remoción del curador Pedro A. García, de la demente Clementina García, iniciado por Elvira García S.—Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez	566	Acciones de nulidad de un contrato y de reivindicación. —Prueba testimonial.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, el ocho de abril de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario incoado por Rosa María León de López contra Roberto Niño y otros.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza
Presentación en juicios de escrituras públicas. No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, el diez y siete de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio sobre resolución de una compraventa seguido por Sebastiana Suárez Zapardiel contra Fermín Angarita.—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca	570	Reivindicación. —Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el seis de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario adelantado por Luis A. Muñoz y Vieira contra Gustavo Posada V.—Magistrado ponente, doctor Isaias Cepeda
Acción petitoria de declaración de derecho a una porción conyugal. —No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el diez y nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario seguido por Josefina Alonso v. de Molano contra Zoraida Molano y otros.—Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango	574	Oposición a un deslinde. —No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, el cuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio sobre deslinde interpuesto por Olivo Murzi contra José Rosario González.—Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón....
Acción para el pago de una suma de pesos. —No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el diez y ocho de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio sobre pago de una suma de pesos, promovido por José Nicolás Chedraue contra Pedro Chedraue. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza	577	Régimen patrimonial en el matrimonio conforme a la Ley 28 de 1932. —Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el diez y nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario promovido por Marco Velásquez contra Isaias Velásquez.—Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola
Acción de cumplimiento de un contrato y de indemnización de perjuicios. —No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el veintiséis de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario sobre cumplimiento de un contrato, adelantado por Rosa Salomón contra Carlos Nauffal.—Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón	581	Apreciación de los Jueces sobre la divisibilidad o indivisibilidad en la confesión. —No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el trece de julio de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio sobre pago de unos honorarios, incoado por Pantaleón Vargas T. contra Juanario Gómez B.—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca
Filiación natural. —No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el diez y siete de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de filiación natural seguido por Ana Felisa Ramírez H. contra Romelia Bonilla v. de Solís y otros.—Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón	587	SALA DE CASACION EN LO PENAL Aplicación de la causal 2ª de casación. —No se invalida la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, el siete de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, que impuso a Eliécer Medina la pena de seis años de presidio como responsable de la muerte de Pedro Agustín González.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo
Acción de nulidad de un contrato. —No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el cinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario iniciado por Felisa Rodríguez contra María de Jesús Bonilla y otros.—Magistrado ponente, doctor Isaias Cepeda	589	Nulidad sustancial del procedimiento penal por aplicación de leyes posteriores al delito. —Se invalida la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, el veintitrés de julio de mil novecientos cuarenta y uno, que condenó a Tobías Silva Navia a la pena de ocho años de presidio.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo
Acción de responsabilidad civil por perjuicios. Dictamen pericial. —Lucro cesante.—Se casa		Error en la aplicación de la Ley Penal por agravación o aumento de la pena en caso de delito de robo. —Se invalida la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el veintuno de febrero de

- | Págs. | | Págs. |
|-------|--|-------|
| | mil novecientos cuarenta y dos, que impuso a Pablo Morales la pena de seis años de presidio por el delito de robo.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo | |
| | Impedimentos. —Se declara que el doctor Wenceslao Facio Lince, Magistrado del Tribunal Superior de Medellín, no está impedido para actuar en el proceso de que es sindicado el señor Jaime Orrego Madrid.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo | |
| | Requisitos para que pueda prosperar la causal 2ª de casación. —No se invalida la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el trece de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, que condenó a Reyes Beltrán, Luis Antonio Benito, Luis Beltrán y Mardoqueo Benito a la pena de veinticuatro años de presidio.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo | |
| | Desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del Jurado. —Se invalida la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el once de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, que impuso a Julia García Abril la pena de cuatro años de presidio.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo | |
| | Salvamento de voto. Magistrado doctor Campo Elías Aguirre | |
| | Recurso de revisión. —Se niega el recurso de revisión propuesto por el señor Luis F. Villamil contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que impuso al peticionario la pena mínima contemplada por el artículo 648 del Código Penal de 1890. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre | |
| | Ilegalidad de la agravación de la pena a un delincente por motivo de reincidencia, nor haberse demostrado que el recurrente no es la misma persona contra la cual se había seguido juicio y dictado sentencia en otro tiempo. —Se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, el veinte de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, que impuso a Víctor Manuel Muñoz la pena de nueve años dos meses y siete días de presidio.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo | |
| | Sobreseimiento definitivo a favor del ex-Intendente Nacional del Meta, doctor Gonzalo Combariza M., por diversos cargos de responsabilidad. —Se sobreseé definitivamente a favor del doctor Gonzalo Combariza M., ex-Intendente del Meta, por los delitos que denunció contra él Tobias Laverde G.—Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre | |
| | Sobreseimiento definitivo en favor del ex-Intendente Nacional de San Andrés y Providencia, señor Guillermo Ruiz Rivas, por cargos de responsabilidad. —Se sobreseé definitivamente en favor del señor Guillermo Ruiz Rivas, ex-Intendente de San Andrés y Providencia, por el cargo de responsabilidad que se le atribuyó.—Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre | |
| | Nulidad del proceso penal por haberse hallado el reo indefenso en la audiencia pública. —Se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el veinte de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, que impuso a Efraim Casas la pena de veinte años de presidio, y cuatro de | |
| | reclusión por los delitos de asesinato y robo. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo | 656 |
| 630 | Cómputo de la reincidencia.—Apreciación de circunstancias agravantes del delito. —Se invalida la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el trece de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, que condenó a Carlos Martínez Hernández por dos delitos de estafa.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo | 661 |
| 633 | Apreciación de las pruebas del proceso penal y de la responsabilidad del acusado. —En qué casos puede ser motivo de casación la injusticia notoria del veredicto.—No se invalida la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el diez y siete de junio de mil novecientos cuarenta y uno, que condenó a Félix Lago a la pena de quince años de presidio.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo | 663 |
| 635 | No se infirma la sentencia proferida por el delito de robo. —No se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, que impuso a Fidel Solano y Efraim Castro, ocho y cuatro años de presidio, respectivamente, por el delito de robo.—Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre | 666 |
| 640 | Veredicto notoriamente injusto.—Autores materiales e intelectuales del delito.—Concurso recíproco. —No se infirma el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, que condenó a Parmenio Rodríguez, Urbano Morales y otros, a la pena de quince años de presidio.—Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre | 668 |
| 646 | Qué debe entenderse por veredicto contradictorio.—Concurso recíproco. —No se infirma la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, que impuso veinticuatro años de presidio a Francisco y Teófilo Cárdenas, como reos de asesinato e incendio. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre | 675 |
| 648 | Cantidad de pena imponible en los casos de concurso formal y real de delitos. —Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, que impuso a Hipólito Garzón la pena principal de ocho años de presidio, como responsable de robo y fuga.—Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre | 680 |
| | SALA DE NEGOCIOS GENERALES | |
| | Jurisdicción y competencia en asuntos referentes a prestaciones sociales. —No se accede a reponer la providencia dictada por la Sala de Negocios Generales de la Corte, en el juicio que para reclamar indemnización de perjuicios intentó el señor Santos Camelo ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.—Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez | 683 |
| 652 | Aviso de exploración y explotación de petróleos. Determinación e identidad de predios.—Prescripción de tierras baldías. —Se declara infundada la pretensión de la Comunidad de Condueños de El Carmen o Malemba y de la Socony Vacuum Oil Co. of Colombia, formulada ante el Ministerio de Minas y Petróleos, de ser de propiedad particular de las entidades mencionadas el petróleo existente | |
| 654 | | |

	Págs.	Págs.
en el subsuelo del globo de tierra detallado en el aviso que presentaron.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta	686	
Excepciones.—Radio de acción de la justicia administrativa y la ordinaria, en relación con excepciones en juicios seguidos por jurisdicción coactiva. —Se declara probada una excepción que rebaja en diez mil doscientos cincuenta y ocho pesos con veintitrés centavos, la cantidad por que se ejecuta al señor Rafael Galindo, ex-Tesorero del Municipio de Fusagasugá, y a los fiadores señores Noé Jiménez y Ernesto García.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán	692	
Reivindicación.—Interpretación del artículo 3º de la Ley 200 de 1936. —Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el catorce de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario promovido por la Nación contra Pedro Trujillo, Isidoro Páez Sierra, Aureliano Márquez y otros.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta.....	700	
Declaración del impuesto sobre la renta. —Se declara probada la excepción de "falta de causa en la liquidación y en la multa impuesta", en el juicio ejecutivo que le promovió el Juez de Rentas Nacionales de Cundinamarca al señor Rodrigo Noguera.—Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez	704	
Acción de responsabilidad civil por perjuicios. Se confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario de indemnización de perjuicios que promovió Julia Villamil contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán	710	
Acción de liquidación y disolución de una sociedad anónima.—Cesión de obligaciones.—Sociedades anónimas.—Embargo de aportes de los socios de sociedades anónimas. —No se hace ninguna de las declaraciones pedidas por el señor Hans J. Dryander en la demanda ordinaria que presentó contra el Departamento del Valle y el Municipio de Zarzal.—Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez	713	
Excepciones en juicios seguidos por jurisdicción coactiva. —(Se revoca la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ejecutivo que el Departamento de Cundinamarca inició contra Luis Mallarino Child.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán	726	
Competencia para conocer de las acciones de dominio y propiedad ejercitadas por la vía ordinaria respecto del subsuelo de globos de terreno en que puedan encontrarse yacimientos de petróleo, cuando en esas acciones es parte la Nación. —Se confirma el auto dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que decidió un pliego de excepciones opuestas contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta	728	
Oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos. —Se declara infundada la pretensión de la Richmond Petroleum Company of Colombia y de los demás opositores, a oponerse a la celebración del contrato de exploración y explotación de petróleos solicitado por el señor Giovanni Serventi.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta	734	
		Representantes legales de los Departamentos en las acciones judiciales contra éstos. —Se revoca el auto dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el veintiséis de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario que por suma de pesos instauró el señor Efraim Burbano B. contra el Departamento de Nariño.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..
		742
		Oposición a una exploración y explotación de petróleo.—Prescindencia de pruebas.—Identificación de predios.—Condición a que quedaban sujetas las tierras realengas en virtud de la Cédula de San Ildefonso, de 1870. —Se declaran infundadas las oposiciones hechas a nombre del Municipio de Pivijay y de la comunidad de "Candelaria" o "Condueños", a la propuesta de contrato de exploración y explotación de petróleos del señor Jaime Samper, en terrenos de aquel Municipio.—Magistrado ponente, doctor J. M. Blanco Núñez..
		744
		Acción para el pago de perjuicios materiales y morales.—Posibilidad de la prueba de los perjuicios que aparecen como eventuales y contingentes.—Presunciones. —Se condena a la Nación a pagar, en razón de perjuicio moral subjetivo, a los esposos Julio S. Cuervo y Florentina Ruiz de Cuervo, la suma de dos mil pesos moneda legal, y también los perjuicios materiales y objetivos causados por la muerte del ingeniero doctor Marcos Cuervo Ruiz, acaecida el 23 de diciembre de 1934, en los trabajos de la Empresa del Nuevo Acueducto de Bogotá, en el Municipio de Usme, y se niegan las excepciones propuestas.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán
		763
		Demanda sobre pérdida de la nacionalidad de un ciudadano colombiano.—Ilegitimidad de la personería sustantiva como excepción perentoria. —No se accede a revocar el auto por el cual se admitió la demanda del doctor Alfonso Cifuentes y Gutiérrez, para que se declare que el señor Heriberto Schwartzau Skildsen ha perdido la calidad de colombiano, y se ordena pasar el negocio a la Sala Dual para que decida el recurso de súplica.—Magistrado ponente, doctor J. M. Blanco Núñez
		774
		Se confirma el auto anterior.—Personería de las partes en juicio. —Como el auto de admisión de una demanda es de sustanciación y no interlocutorio, la Sala Dual decide que no es competente para examinar peticiones ya vistas en el auto que resolvió la reposición.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán
		779
		Representación en los juicios relacionados con los Ferrocarriles Nacionales. —No se accede a decretar la nulidad de lo actuado en el juicio de Miguel Vergara contra la Nación, promovido ante el Tribunal de Cali, con el Fiscal de este Tribunal, y ordena siga la tramitación con el Procurador Delegado en lo Civil. Magistrado ponente, doctor J. M. Blanco Núñez
		781
		Excepciones.—Impuesto a la industria cafetera.—Inexactitud en las declaraciones de renta. —En el juicio del Juez de Rentas Nacionales de Bogotá contra el señor Carlos Rodríguez Maldonado, se declara probada la excepción de ilegalidad por inclusión de una partida en la liquidación de los impuestos de

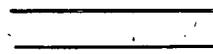
SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

	Págs.		Págs.
renta y patrimonio, y se ordena hacer nueva liquidación.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta			
Acción de responsabilidad civil por un accidente ferroviario. —Se confirma la sentencia del Tribunal de Manizales, aunque por razones distintas de las de aquella corporación, por la cual se absolvió al Departamento de Caldas en el juicio de responsabilidad de Bernardo Garcés y Ana Luisa Montoya, por la muerte de su menor hijo Bernardo Garcés, ocasionada por un atropello del ferrocarril de Caldas.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta	783	Acción para el pago de una suma de dinero por perjuicios. —Nulidad de unas resoluciones ejecutivas, etc.—Se anulan las Resoluciones 1597 de 1939 y 1135 de 1940, por medio de las cuales el Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social declaró caducado el contrato de conducción de leprosos, celebrado entre el Departamento Nacional de Higiene y el señor Antonio C. de Pombo, y declara que la Nación está obligada a pagarle la suma de doce mil quinientos pesos a título de indemnización de perjuicios.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta	790
	787		



GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE
SÚPREMA DE JUSTICIA



—————
DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS



Señores suscriptores:

Por el Decreto número 1595 del Ministerio de Gobierno, la "Gaceta Judicial" se publicará en la Imprenta Nacional. Por tanto, puede Ud. dirigir sus pedidos al Expendedor del "Diario Oficial", calle 10 número 10-45, Bogotá.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

TOMO LV

BOGOTA, 1945

NUMERO 2000

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO LV

POR

JULIAN MOTTA SALAS

RELATOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

A

ABANDONO DE MERCANCIAS

— 1 —

Los Tribunales de Aduanas tienen facultad legal bastante para hacer la calificación de abandono sobre las mercancías a las cuales no les resulta dueño que las reclame, y para disponer, consecuentemente, su venta. (Ley 79 de 1931). (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, abril 16 de 1943).....Pág. 449, 2.^a

ABUSO DEL DERECHO Y ARROGACIÓN DE DERECHOS

— 2 —

Hay que distinguir entre ejercicio abusivo de un derecho efectivo y la arrogación de un derecho, puesto que, aunque en ambos casos en habiendo culpa hay la consiguiente obligación de indemnizar el perjuicio que se haya causado, esta igualdad de conclusión no autoriza a pasar por alto la diferencia de las fuentes. Estrictamente hablando, no es en abuso del derecho en lo que incurre quien, atribuyéndose uno de que carece, daña a un supuesto obligado o a quien, estándole obligado, no puede ser cumplido en la forma en que aquél lo hace. Ejemplo de esto, de ño infrecuente ocurrencia, es la pretensión de dar cariz

de delito al incumplimiento de una obligación civil con el fin de forzar el pago por el temor de los perjuicios de todo orden, cardinalmente morales, que apareja a una persona el aparecer como delincuente. Y ejemplo de lo primero, muy señalado por la feliz circunstancia de mediar disposición legal escrita, es la limitación que el artículo 283 del Código Judicial ha puesto a la potestad conferida al acreedor por el artículo 2488 del Civil. Como la expresión misma lo indica, el abuso del derecho comienza por afirmar desde luego un derecho que asiste a quien lo ejercita. El abuso consiste en que en este ejercicio se exceda o se desvíe de los fines que económica y socialmente corresponden, y así perjudique al perseguido, sin siquiera obtener las más de las veces provecho para sí. (Casación, LV, números 1996 y 1997, mayo 27 de 1943).....Pág. 318, 2.^a

ACCIÓN EXHIBITORIA

— 3 —

La acción exhibitoria no tiene lugar sino cuando una parte, o presunta parte, le pide a la otra que exhiba documentos, libros, muebles u otras cosas que pueden ser objeto de un debate judicial. Cuando la parte a quien se demanda la exhibición presenta el documento solicitado, no hay lugar ni al incidente ni al fallo, porque el fin está ya cumplido. Cuando una de las partes en un juicio, sea demandante o demandado, presenta un

documento, por el mismo hecho lo exhibe ante la contraparte y lo aduce al proceso, para que surta el valor probatorio del caso, pero es obvio y trivial que esa presentación no se puede hacer en esas condiciones por medio de la acción exhibitoria, la cual no cabe en ese caso. (Casación, LV, números 1996 y 1997, mayo 3 de 1943). Pág. 293, 2.^a

ACTO ARBITRARIO Y ACTO INJUSTO

— 4 —

Los términos «arbitrario» e «injusto», empleados en el artículo 171 del nuevo Código Penal, 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 nó 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. El «acto arbitrario» no fue definido en disposición especial del nuevo Código. Mas tratándose de conceptos que tienen un significado propio en el tecnicismo del Derecho Penal, su definición no es indispensable. En la disposición que se comenta, el solo enunciado de los términos «acto arbitrario» —visto independientemente del «acto injusto» — integra los elementos del hecho punible y le da expresión a éste. (Auto, Sala de Casación Penal, LV, números 1993 a 1995, octubre 23 de 1942)..... Pág. 76, 1.^a

ADJUDICACIÓN DE TIERRAS AL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

— 5 —

Al estudiar el alcance de las Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874 dijo la Corte en otra ocasión que esas Leyes no contienen la cesión del derecho de dominio, sobre partes concretas del territorio antioqueño, sino la del derecho a obtener la adjudicación de cierto número de hectáreas. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, abril 14 de 1943).....Pág. 438, 1.^a

ADMINISTRADORES DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

— 6 —

En concepto de la Corte, y en el caso de autos, mientras el Tribunal y la parte actora no recibieron legalmente noticia de que la notificación personal ordenada se había llevado a cabo, existía

en el proceso una situación de hecho y de derecho determinante de la suspensión del término probatorio, pues si bien es cierto que según el artículo 366 del Código Judicial, el término de pruebas comienza a correr desde el día siguiente al de la notificación del auto que lo concede, no es menos cierto que, de acuerdo con los artículos 387 y 327 del mismo Código, por regla general, ninguna resolución produce efecto antes de haberse notificado legalmente a los interesados, y que las notificaciones tienen por objeto poner en conocimiento de éstos las providencias judiciales, precisamente para que ellos las conozcan y puedan hacer uso de los recursos que contra ellos les correspondan. Y ya se sabe que, por tratarse del Administrador de los Ferrocarriles Nacionales, residente en Bogotá, la notificación, ordenada por el Tribunal de Manizales, del auto sobre apertura a pruebas, no quedaba legalmente hecha mientras no se hubiera efectuado en forma *personal* a dicho Administrador, lo que no podían conocer ni el Tribunal ni el actor sino cuando el Juez comisionado hubiera devuelto el exhorto debidamente diligenciado. (Auto, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, marzo 8 de 1943).....Pág. 376, 1.^a

ALCANCES

— 7 —

El alcance, según lo dijo la Corte en otra ocasión, que administrativamente es la cantidad que se deja a cargo del empleado al ser examinada por quien corresponda su cuenta de manejo de fondos por no hallarse debidamente comprobada su inversión, tiene un carácter provisional y está sujeto a rectificaciones a lo largo del juicio de cuentas, y solamente adquiere la calidad de definitivo como crédito exigible en favor de la correspondiente entidad de derecho público, cuando es deducido como tál en el auto en que culmina el procedimiento fiscal que da base al ejercicio de la jurisdicción coactiva. El alcance deducido con observancia y al final de los trámites administrativos pertinentes con carácter de definitivo es lo que propiamente viene a constituir en el campo del Derecho Civil el crédito de la entidad pública contra el responsable de la cuenta. Antes de esto no hay en realidad obligación cierta y exigible, y mientras no termine el proceso administrativo de comprobación de abonos e inversiones para deducir un saldo final, no hay obligación jurídicamente configurada.

Para deducir un alcance líquido definitivo es necesaria la observancia de todas las reglas que se prescriben en las leyes y ordenanzas para po-

der formarse aquél. El alcance deducido en una visita que hace un empleado a otro de manejo, es sólo un alcance provisional, sujeto a las rectificaciones y explicaciones que el visitado pueda hacer en el juicio de procedimiento especial previsto para cada caso, en que una persona que maneja bienes o dineros públicos deba rendir sus cuentas. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, marzo 12 de 1943).

Pág. 382, 1.ª y 2.ª

APELACIONES

— 8 —

El principio consagrado en el artículo 494 del Código Judicial no es ilimitado, pues el propio artículo lo limita al establecer que «salvo que, a virtud de la reposición, sea preciso hacer modificaciones a esta parte sobre puntos íntimamente relacionados con la otra». (Casación, LV, números 1998 y 1999, julio 14 de 1943).....Pág. 591, 1.ª

APELACIONES

— 9 —

La Corte Suprema no puede conocer de las apelaciones que se surtan en los incidentes de competencia entre los Jueces de Tierras y los Alcaldes de Distrito. (Auto, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, marzo 23 de 1943).....Pág. 387, 2.ª

ARRENDAMIENTO DE MINAS

— 10 —

Ninguna disposición legal expresa que sólo cuando se han conferido derechos reales en una mina, se necesita que ésta se *entregue* a quienes deben explotarla. La concesión o el otorgamiento del derecho para extraer el mineral de una mina equivale al arrendamiento, y por más que el arrendamiento no confiere al arrendatario ningún derecho *real* sobre la finca arrendada, no puede entrar él en el goce de la cosa que se le ha dado en arriendo, si el arrendador rehúsa entregársela, contra lo dispuesto en el artículo 1982 del Código Civil. Negar que se entregue al arrendatario la finca arrendada y autorizarlo a la vez para que éntre en el goce de dicha finca, son términos que, lógicamente y legalmente, se destruyen entre sí por antagónicos. Sería tanto como reconocer que el reivindicador es el propietario de la finca perseguida por él como dueño, y ordenar, a la vez, que no se le entregue o restituya esa misma finca. (Sentencia, Sala Civil de Única Instan-

cia, LV, números 1993 a 1995, diciembre 2 de 1942).....Pág. 201, 1.ª

ARRENDATARIO

— 11 —

Conforme al artículo 2042 del Código Civil, si el arrendatario no entrega el mismo número de animales en igualdad de edades y calidades de los recibidos del arrendador, estará obligado a pagar la diferencia en dinero, disposición que no se refiere al arrendador, al cual no se puede aplicar. (Casación, LV, números 1996 y 1997, marzo 24 de 1943).....Pág. 240, 1.ª

ASESINATO

— 12 —

No exige la ley para la existencia del asesinato, actos insidiosos de parte del homicida, a fin de engañar a la víctima y llevarla desprevenida al sacrificio, con seguridad y sin peligro para el acusado. Siempre se ha considerado asesinato el homicidio perpetrado con altos caracteres de gravedad por la cobardía, la perversidad, el poco riesgo que corre el delincuente a causa de la inferioridad o indefensión en que se encuentra la víctima. Y así, hay muchos casos en que existe esta excepcional gravedad sin que de parte del acusado se haya acudido a la insidia para eliminar al ofendido; como cuando se sorprende dormido al enemigo y se le da muerte, o se le asecha en una emboscada, o se coloca veneno en sus alimentos. Lo esencial en todos estos casos es que se sorprenda indefensa a la víctima, y que el agresor se aproveche de esa indefensión, con cobardía o deslealtad de su parte y una notable inferioridad en el sujeto pasivo del delito. Si el legislador hubiera pensado en exigir una serie de actos perversos de parte del acusado, tendientes a obtener la indefensión o inseguridad de la víctima, no habría puesto como ejemplo el homicidio por medio del veneno o con alevosía, ya que ocurren muchos casos en que se asegura el golpe sin haberle fingido a la víctima amistad, sin haberla engañado con artimaña alguna capaz de obtener la indefensión. (Casación, LV, números 1993 a 1995, febrero 9 de 1943).....Pág. 90, 2.ª

ATENUANTE ESPECIAL

— 13 —

No porque el actual Código Penal llame asesinato al homicidio perpetrado en personas ligadas con vínculo de parentesco de consanguinidad o

de afinidad, debe prescindirse de las causas que aminoran la pena en el uxoricidio cuando concurren esas circunstancias; y no son incompatibles con el estado psicológico en que se obre. En este caso, la conducta relajada de la esposa puede considerarse como causa determinante del estado de ira o intenso dolor que se produce en el ánimo de su esposo. El artículo 28 del Código Penal, al atenuar la pena por el estado de ira o de intenso dolor, se refiere a toda infracción penal, pues dice «cuando se cometa el hecho»; de modo que esta atenuante especial se aplica a toda clase de homicidio, o a las lesiones personales. (Casación, LV, números 1996 y 1997, abril 6 de 1943). Pág. 355, 2.^a

B

BALDÍOS

— 14 —

Aunque en ciertos casos determinados la ley puede ser un título constitutivo de dominio, en tratándose de un inmueble no puede existir un título constitutivo de dominio si el instrumento que se alega como título de ese derecho real —ley, escritura, etc.— no contiene la individualización de ese inmueble para que se conozca fijamente cuál es y no se confunda con otro de la misma especie. La Nación, el Estado, todas las demás entidades públicas con personería jurídica, no están relevadas de una obligación que es común a ellos y a los particulares: la de determinar, concreta y claramente, por su situación, linderos y demás particularidades que los den a conocer, los bienes raíces que sean objeto de una constitución o de una transferencia de dominio. Y en tratándose de la concesión de baldíos, no sólo deberán cumplirse estos requisitos para que el agraciado con la concesión tenga en ellos un derecho real y concreto sobre la determinada porción o lote que la Nación le ha cedido, sino que deberán cumplirse, además, para que la cesión sea perfecta, todos los otros requisitos que las leyes exigen para obtener la adjudicación de esa clase de bienes patrimoniales del Estado. Si la Ley 63 de 1872 no pudo constituir título de dominio de *determinada* extensión superficiaria de terrenos baldíos en favor del Estado de Antioquia, tampoco puede operar con ese carácter en tratándose del petróleo que pueda existir en el subsuelo de esa misma y determinada extensión superficiaria, porque de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 160 de 1936, es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y ya quedó demostrado que *legal-*

mente no salió del patrimonio de la Nación, para entrar en el del Estado de Antioquia, la zona o lote al cual se refiere el presente juicio sumario, porque tal zona o lote no aparece determinado o individualizado como cuerpo cierto en la Ley 63 de 1872, ni se obtuvo entrega de él antes de 1873, previo el cumplimiento de las formalidades establecidas para tales casos. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, abril 14 de 1943).....Pág. 441, 1.^a y 2.^a

BIENES DE DOMINIO PÚBLICO Y FISCALES

— 15 —

Según nuestro sistema legal, el patrimonio del Estado se descompone en bienes de dominio público y en bienes fiscales. Los primeros se caracterizan por su condición de inalienables e imprescriptibles. Los bienes fiscales o del dominio fiscal, según clasificación de modernos expositores de derecho, pueden ser: fiscales comunes, estrictamente fiscales, y fiscales adjudicables, que son los destinados por las leyes fiscales a la adjudicación a particulares, mediante el lleno de los requisitos que en las mismas leyes se establecen. Es evidente que el dominio fiscal, el que tiene el Estado sobre los baldíos, así como el que tiene sobre los bienes de uso público, difiere, por varios aspectos, del derecho de propiedad privada. Pero igualmente, es evidente que ciertos hechos, como la apropiación por el Estado de los productos de los bienes fiscales adjudicables, carecería de explicación si se desconoce que al Estado y demás entidades de derecho público asiste un derecho de propiedad sobre los bienes de que se trata. Derecho de propiedad *sui generis*, sin duda, pero innegable derecho de dominio. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, abril 14 de 1943).....Pág. 440, 2.

BIENES OCULTOS

— 16 —

Concedida a alguna persona la facultad de promover una acción sobre bienes ocultos, no puede quedar a su juicio el incoar y seguir otra clase de acciones o prescindir de las que debió promover, según el contrato respectivo celebrado con el Gobierno, tanto porque el denunciante obra en carácter de mandatario de la Nación, como porque a ésta no puede imponérsele, por medio de una sentencia, una situación jurídica que no estuvo en su propósito crear ni aceptar. (Sala Civil de Unica Instancia, LV, números 1993 a 1995, diciembre 2 de 1942).....Pág. 177, 1.^a

BIENES VACANTES

— 17 —

Aunque conforme a la legislación española que rigió en la época colonial, los bienes mostrencos y los vacantes estaban incluidos entre los de regalía de la Corona, aplicándose indiferentemente una y otra denominación a cualquier clase de bienes muebles o inmuebles abandonados por sus dueños, y aunque naturalmente la República, como sucesora de la Corona Española, incorporó a sus dominios los mismos bienes, mientras sobre el particular mantuvo vigente la legislación peninsular, ya la Nueva Granada, por las Leyes de 19 de mayo de 1834, en el artículo 178, inciso 3.º; de 13 de junio de 1844, en el artículo 26; y de 3 de junio de 1848, en su artículo 6.º, declaró de propiedad de los Municipios los mostrencos o vacantes que se hallasen dentro de determinada extensión de sus límites. Vinieron luego las Leyes de 22 de junio de 1850 y 21 de mayo de 1851, que destinaron el producto de los bienes vacantes o mostrencos a acrecentar los fondos para la gradual liberación de los esclavos. Y en el año de 1857 se dictaron dos leyes muy importantes, las de 7 de febrero y 2 de junio, las cuales fueron explícitas en radicar en cabeza de los Municipios la propiedad de los bienes vacantes o mostrencos, como entonces eran llamados. Más tarde el legislador de 1887 declaró pertenecer a los Municipios los bienes vacantes o mostrencos que se hallaban dentro de sus límites, con lo cual no hizo sino confirmar la situación que ya existía desde el 31 de diciembre de 1861, por obra del artículo 10 de la Ley de 7 de febrero de 1857.

De la reglamentación hecha en el Código Civil del antiguo Estado Soberano de Bolívar se deduce que el dueño de los bienes considerados como vacantes nunca perdía el derecho de propiedad sobre ellos mientras no fueran enajenados; eran declarados vacantes porque no aparecía su dueño; pero si aparecía antes de la enajenación se le restituían los bienes, pues éstos no se consideraban «irrevocablemente perdidos» para su dueño sino después de ser enajenados. Luego la conclusión que se saque de este postulado tiene que ser lógica: si el dueño de los vacantes conservaba el derecho de propiedad hasta la enajenación, el adquirente era sucesor directo e inmediato de aquélla propiedad, sin que entre los dos se colocase ninguna otra persona que pudiese considerarse adquirente y transmisor de la propiedad del vacante. En consecuencia, la comunidad de indígenas de Tubará fue dueña de sus tierras hasta el día en que, por causa de la declaración de vacantes formulada por el Juez de Barran-

quilla, fueron rematadas. Por tanto, el rematador es el sucesor y dueño de esas tierras de propiedad particular.

Desde el año de 1921, en sentencia de 23 de abril de la Sala de Negocios Generales, *Gaceta Judicial*, tomo 28, página 343, ha sostenido la Corte la doctrina de que los bienes vacantes son fundamentalmente distintos de los baldíos. Esta tesis, que es cierta, se refuerza hoy con nuevos argumentos, de los cuales también se infiere una segunda tesis, consistente en que aun de acuerdo con la actual legislación nacional de vacantes, el fenómeno de la transmisión de la propiedad de ellos se opera con solución de continuidad del anterior dueño del vacante al que lo remata o se le adjudica en el juicio que se sigue para formular la declaración de vacante y disponer del inmueble. Es un principio igual al examinado anteriormente y que establecía el Código Civil del Estado Soberano de Bolívar. Que los inmuebles vacantes son bienes distintos de los baldíos, lo había venido también sustentando la Corte desde el año de 1907. Los baldíos son aquellas tierras a que alude el artículo 675 del Código Civil, y los vacantes, aquellas a que se refieren los artículos 706 a 709 del mismo Código. La institución de los bienes vacantes es conocida entre nosotros desde la legislación española como institución distinta de los baldíos; las Reales Cédulas estatufan que los bienes mostrencos (y bajo esta denominación se incluían los vacantes) cuyos dueños no se presentaren hechas las necesarias diligencias de publicidad prescritas por las leyes, pertenecían al Fisco. Las tierras realengas, que hoy equivalen a los baldíos, obedecían a otro concepto. Tales diligencias tenían por objeto, como también sucedió después y sucede hoy, darle oportunidad al dueño de reclamar el bien y recuperar su derecho. Y en las leyes de la República que atrás se citaron, los vacantes adquirían el carácter real de tales mediante decisión judicial que así los declarase, previo el juicio o la investigación correspondiente en que si el dueño aparecía, recobraba el bien. Y declarado vacante un inmueble, se adjudicaba al Municipio o se remataba para destinar su producto a los fines que la misma Ley establecía, por ejemplo, aumentar el fondo de manumisión de esclavos, según la Ley de 22 de junio de 1850. Otro tanto disponía la Ley de 7 de febrero de 1857, en su artículo 1.º El Código Civil adoptado en 1873, que rigió exclusivamente, conforme está dicho, en los territorios nacionales que administraba el Gobierno central, durante la Federación, disponía que los bienes vacantes y los mostrencos de esos territorios pertenecían a la Unión, y que su enajenación y aplicación se regirían por las disposiciones del Código Fiscal. De consi-

guiente, desde la época colonial los vacantes y mostrencos forman una institución jurídica inconfundible con los baldíos. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1993 a 1995, octubre 10 de 1942).....Pág. 135, 2.ª y ss.

C

CADUCIDAD

— 18 —

Ha dicho la Corte que la caducidad en los contratos de la Administración «es un medio estrictamente jurídico que el Derecho Administrativo concede a la entidad de Derecho Público, y tiene por objeto poner fin a las convenciones cuando el contratista o concesionario incurre en incumplimiento de importancia». La caducidad es, pues, un medio de declarar terminado un contrato por la vía administrativa cuando el contratante lo infringe. La administración cancela y procede a cobrar las penas e indemnizaciones estipuladas. (Sentencia, Sala Civil de Única Instancia, LV, números 1998 y 1999, marzo 31 de 1943).

Pág. 798, 2.ª

CAREO

— 19 —

En materia de pruebas en lo civil no hay ni pueden decretarse diligencias de careo. (Casación, LV, números 1993 a 1995, febrero 10 de 1943).

Pág. 21, 2.ª

CASACIÓN

— 20 —

Para que una acusación sea viable en casación es necesario no sólo señalar el error de hecho o de derecho en que incurrió el fallador al apreciar las pruebas, sino también señalar los artículos de la ley sustantiva que por ese error fueron violados. No basta pues el señalamiento del error, sino que es necesaria la indicación de las disposiciones violadas o quebrantadas o infringidas por ese error, por cuanto, como lo dice el recurrente y es exacto, en casación no se contemplan sino dos extremos: la sentencia, enfrentada a la ley, en virtud de la acusación. Así, por vía de ejemplo, no basta acusar un fallo por violación de una disposición sobre pruebas, que tienen carácter de sustantivas, si no se cita la disposición, también sustantiva, que por esa infracción haya podido ser quebrantada. Si en un juicio reivindicatorio, verbigracia, el demandante acusa el fallo únicamente por infracción del artículo 630 del Código Judicial, y se detiene ahí, aun cuando esa infracción se comprobara, no podría por eso sólo ca-

sarse la sentencia, por cuanto faltaría saber cuál otra disposición sustantiva se quebrantó por la no aplicación del artículo 630. La no aplicación de esta norma pudiera llevar, en el caso puesto como ejemplo, a la violación, por infracción, de los artículos 669 y 946 del Código Civil. (Casación, LV, números 1993 a 1995, marzo 12 de 1943).....Pág. 60, 1.ª y 2.ª

CASACIÓN

— 21 —

Los artículos 593 y 472 del Código Judicial, que son normas directivas para los funcionarios del orden judicial, por sí, aisladamente considerados, no pueden dar lugar a la casación de una sentencia sino que es preciso que el desconocimiento de esas normas haya conducido a la violación de otras, señalándolas, de carácter sustantivo. Así lo tiene resuelto la Corte en varias sentencias, una de las cuales se halla en la *Gaceta Judicial* número 1947, página 74, tomo XL. El artículo 472 es meramente exhortativo, y el 593 directivo, pero por sí mismos no dan base para una casación. (Casación, LV, números 1996 y 1997, mayo 25 de 1943).....Pág. 309, 1.ª

CASACIÓN

— 22 —

El artículo 601 del Código Judicial no da base para la casación, pues es meramente directivo. Puede relacionarse con una disposición sustantiva para entonces entrar al estudio de si la prescindencia de tal norma violó la otra disposición. (Casación, LV, números 1998 y 1999, julio 19 de 1943).....Pág. 595, 1.ª

CASACIÓN

— 23 —

Repetidas veces ha dicho la Corte que la casación no es una tercera instancia, y que no es pertinente pretender que en casación se adelante un estudio de todas las probanzas para deducir conclusiones extrañas al recurso extraordinario. (Casación, LV, números 1993 a 1995, febrero 17 de 1943).....Pág. 92, 2.ª

CAUCIÓN DE SANEAMIENTO

— 24 —

Cuando el ejecutado no presenta bienes suficientes para satisfacer lo que se le demanda, dando caución de saneamiento para garantizar que tales bienes le pertenecen y que son de valor su-

ficiente para la cancelación de la deuda y las costas, es legal el embargo que se haga de bienes del mismo ejecutado mediante denuncia del acreedor. La suficiencia del valor de esos bienes la aprecia o califica el Juez ejecutor; pero esto no quiere decir que deba prescindirse de la caución de saneamiento, pues la ley la exige sin distinción alguna. Es esta la recta interpretación de los artículos 999 (numerales 4.º y 6.º) y 1016 del Código Judicial. Fuera de la caución de saneamiento tiene el ejecutado otro medio para impedir el embargo de bienes y hacer cesar el que se haya hecho; consignar una cantidad suficiente como caución para el pago de la deuda y las costas, como lo dispone el artículo 1018 del mismo Código. Lo dispuesto en el artículo 66 del Decreto número 1020 de 1936 no está en oposición con estas normas del Código Judicial. (Auto, Sala de Negocios Generales, marzo 9 de 1943).

Pág. 379, 1.ª

CAUSALES DE CASACIÓN EN LO PENAL

— 25 —

El motivo de casación consistente en «ser una sentencia violatoria de la Ley Penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma», se refiere de manera exclusiva al Código que prevé los delitos y establece las sanciones, es decir, al Código Penal, y ninguna relación guarda con el Código de Procedimiento, cuyo quebranto puede engendrar otras causales diversas. En el presente caso, la equivocación central del demandante radica en que reduce la materia de indicios a los «necesarios» y a las «presunciones legales», no concibiendo los indicios que son «simplemente graves». (Casación, LV, números 1993 a 1995, febrero 19 de 1943).....Pág. 94, 1.ª

CAUSAL 2.ª DE CASACIÓN EN MATERIA PENAL

— 26 —

Tratándose de juicios por Jurado, el fallo del juzgador de derecho se funda propiamente en el veredicto; y las alusiones a pruebas del proceso suelen hacerlas los juzgadores de derecho tan sólo para mostrar por qué no debe considerarse notoriamente injusto el veredicto; pero esa invocación de pruebas no podría tener el alcance de una decisión acerca del valor de ellas, considerándolas o estimándolas con independencia del veredicto.

La causal 2.ª de casación del Código vigente, «errada interpretación o apreciación de los hechos», sólo puede aplicarse de manera *directa* respecto de sentencias dictadas por los Tribuna-

les Superiores sobre juicios de los cuales hayan conocido en primera instancia los Jueces de Circuito; como en los juicios por Jurado el fundamento inmediato de la sentencia no son en rigor las pruebas del proceso sino el veredicto, cuando se trata de tal clase de juicios la causal 2.ª de casación sólo puede aplicarse de una manera *indirecta*, y eso mediante una amplia interpretación analógica. Como no sería posible pasar por alto el veredicto del Jurado y examinar y calificar de nuevo las pruebas con prescindencia de aquél, para que pueda prosperar el recurso por dicha causal 2.ª es necesario que resalte de modo tan evidente el error en la apreciación de los hechos, que haga ver a la Corte como indudable la notoria injusticia del veredicto. (Casación, LV, números 1998 y 1999, abril 2 de 1943). Pág. 637, 1.ª y 2.ª

CAUSAL 2.ª DE CASACIÓN EN MATERIA PENAL

— 27 —

A pesar de los temores del señor Procurador Delegado, de que con el uso inmoderado de la causal 2.ª se desvirtúe o anule prácticamente el veredicto del Jurado, la Corte ha subrayado en sus fallos la advertencia de que la causal 2.ª no tiene aplicación general sino excepcional cuando se trate de sentencias en juicios por Jurado; que en relación con tal género de sentencias sólo podrá prosperar el recurso por la causal 2.ª cuando el veredicto sea notoriamente injusto, y que no es posible llegar a este extremo si el veredicto tiene respaldo probatorio en el proceso. Con esta triple limitación, la aplicabilidad de la causal 2.ª sobre sentencias recaídas en los juicios por Jurado no desvirtuará tal institución, pues tratándose de esta clase de procesos, la Corte, para aceptar como fundamento del recurso «la errada interpretación o apreciación de los hechos», no podrá hacer caso omiso del veredicto sino que tendrá que declararlo notoriamente injusto, cosa de excepcional ocurrencia por las razones arriba expuestas. (Casación, LV, números 1998 y 1999, febrero 15 de 1943).....Pág. 625, 1.ª

CAUSAL 6.ª DE CASACIÓN

— 28 —

La causal 6.ª sólo incide en casación cuando, o ha existido incompetencia de jurisdicción, o las personas que han debido ser citadas en juicio no lo han sido debidamente, o cuando existe la ilegitimidad de personería, pero no cuando se alega carencia de acción en el demandante, que es cosa muy distinta, y en esos casos la ab-

solución se impone con la negativa de las peticiones de la demanda. (Casación, LV, números 1998 y 1999, junio 15 de 1943).....Pág. 545, 2.ª

CELEBRACIÓN DE LA AUDIENCIA SIN ASISTENCIA DEL FISCAL NI DEL DEFENSOR DEL PROCESADO

— 29 —

Ya ha dicho la Corte que la audiencia «suele ser una simple diligencia, no esencial en el procedimiento, y a la cual no concurren las partes quizá porque en esa clase de procesos estiman los interesados que sus razones pueden ser apreciadas mejor si las presentan por escrito, y así prescinden generalmente de aquella formalidad, considerándola casi superflua, sin que sufra quebrantos la defensa del reo con esa omisión, porque el Juez, al fallar, está obligado a analizar detalladamente los argumentos que se le hayan propuesto en los alegatos llevados al expediente». (Casación, LV, números 1993 a 1995, febrero 22 de 1943).....Pág. 98, 1.ª

CERTIFICADO DEL REGISTRADOR SOBRE SUFICIENCIA DE TÍTULOS

— 30 —

La Sala de Casación ha sostenido en numerosos fallos que para el ejercicio de la acción reivindicatoria no es necesario presentar ni exhibir el certificado del Registrador, sobre suficiencia de una titulación de propiedad, a que se refiere el artículo 635 del Código Judicial, porque en esta clase de controversias no se trata de apreciar y demostrar la existencia o validez de las sucesivas transferencias del dominio de las fincas reivindicadas en espacio mayor de treinta años, sino únicamente de enfrentar el título de dominio del actor con los del demandado o con la posesión que éste pretende, para deducir en cada caso, y sólo entre las partes, y de esas situaciones debe ser preferida y respetada en el orden prevalente de antigüedad. Si el título del actor reivindicante es anterior al del opositor o a la posesión que alega, debe prosperar la acción y ordenarse la restitución del bien al que aparece con mejor derecho entre los dos para conservar su dominio y goce, en orden a la mayor antigüedad. (Casación, LV, números 1996 y 1997, marzo 24 de 1943).....Pág. 247, 1.ª y 2.ª

CESIÓN DE CRÉDITOS

— 31 —

Dos formas consagra la ley civil para que el deudor quede vinculado a la operación de cesión:

la notificación judicial de la cesión o la aceptación de ella. Al crearse el lazo de instancia entre el actor y el demandado en un proceso, se verifica esa notificación judicial de la cesión con vista y presentación del título respectivo, sin que pueda alegarse que tal notificación judicial no se hizo porque el duedor demandado se opuso a la cesión o no convino en las pretensiones del actor demandante, en el hecho o en el derecho. Acéptese o nó la cesión, o los fundamentos de la acción incoada, el fenómeno de la notificación queda cumplido y desplazado el crédito de manos del acreedor cedente a las del cesionario. (Casación, LV, números 1996 y 1997, marzo 24 de 1943).....Pág. 244, 2.ª

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD

— 32 —

No es aceptable que la circunstancia de haber incurrido anteriormente el reo en condenaciones judiciales o de policía se le cargue, además, como antecedentes de depravación. Ni puede considerarse como circunstancia de mayor peligrosidad en un delito de estafa «el ejecutar el delito valiéndose de artificios», porque los artificios son elemento constitutivo del mismo delito. (Casación, LV, números 1998 y 1999, julio 2 de 1943). Pág. 661, 2.ª

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD Y CIRCUNSTANCIAS DESFAVORABLES AL OFENDIDO

— 33 —

Existe sustancial diferencia entre las dos clases de circunstancias: las de mayor peligrosidad son elementos accesorios del delito, que se contemplan para determinar la sanción penal al delincuente; son de libre apreciación por el juzgador, al proferir la sentencia. Mientras que las otras son modificadoras o constitutivas, elementos esenciales que en el caso de autos integran la especie de homicidio llamado asesinato; estas circunstancias son materia de estudio previo, consideradas en el auto de proceder, deben consignarse en los cuestionarios y calificarse por el Jurado en los juicios en que intervienen. (Casación, LV, números 1993 a 1995, febrero 9 de 1943) Pág. 90, 1.ª

CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS

— 34 —

La Corte considera, como el señor Procurador, que la circunstancia modificadora de la ultrain-

tención debiera tenerse en cuenta no sólo para el homicidio común sino también para varios casos de asesinato; sin embargo, el texto del artículo 365 del Código Penal se refiere clara y únicamente al artículo 362 *ibidem*, y no al 363. De manera que la solución al problema de *jure condendo*, propuesta por el señor Procurador, la comparte la Sala; pero considerando el asunto *ex jure condito*, tiene que reconocer que en el Código se omitió hacer extensiva la calificación de preterintencional al asesinato. (Casación, LV, números 1993 a 1995, diciembre 2 de 1942).....Pág. 84, 1.^a

COAUTORES DEL DELITO

— 35 —

Tal vez no concierta con los principios de Derecho Penal ni con el Código de 1890 la teoría del señor Procurador según la cual el autor de un delito no es sino aquel que a la intención dolosa acompaña el acto material de ejecutar por sí el hecho criminoso consumativo de la violación de una norma jurídica. Disiente la Corte de esa teoría, que descarta a los autores intelectuales de un delito y a los que coaccionan a otro u otros para que lo cometan y a los que participan en su perpetración con fraternidad intencional preordenada o instantánea, en una cooperación de tal suerte activa y principal que corresponde a un concurso de acción, por más que no todos los cooperadores ejecuten la materialidad consumativa del hecho. En semejantes contingencias todos serían coautores, advirtiendo que es de rigor no confundir las nociones de *simples coautores* y de *coautores en concurso recíproco*, que son diferentes. Los que delinquen en concurso recíproco tienen el carácter de coautores, siempre; pero no siempre en todo delito realizado por dos o más coautores habrá concurso recíproco. (Casación, LV, números 1993 y 1999, julio 21 de 1943). Págs. 673, 2.^a y s. s.

COMPETENCIA DE LA SALA DE NEGOCIOS
GENERALES DE LA CORTE SUPREMA

— 36 —

No de toda providencia de carácter civil que dicten los Tribunales de Distrito Judicial en Sala de Decisión puede conocer la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia. Para que esto pueda tener lugar, es preciso que se trate de una providencia dictada por esas corporaciones como Tribunales de primera instancia, en asuntos contenciosos en que sea parte la Nación o un Departamento, salvo, por supuesto, disposición expresa de ley en sentido contrario. En

negocios entre particulares que se ventilen ante dichos Tribunales, no puede intervenir la Sala de Negocios Generales de la Corte. (Artículos 37 y 76, Código Judicial). En asuntos sobre decisión de incidentes sobre competencia rige el artículo 38 del Código Judicial. La enumeración que hace ese artículo es taxativa, y por consiguiente no puede extenderse a casos distintos; los cuales quedan reservados a la competencia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, quienes los deciden en una sola instancia, según lo dispuesto en el numeral 3.º del artículo 82 *ibidem*. (Auto, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, marzo 23 de 1943).....Pág. 386, 2.^a

COMPETENCIA

— 37 —

Ya ha dicho la Corte en anteriores decisiones que lo primero que deben hacer los Jueces al decidir un juicio o un recurso, es asegurarse si tienen o no competencia para ello, pues si no la tuvieren, razones de economía procesal y de orden público, ya que las disposiciones relativas a la competencia de los Jueces y Tribunales, por razón de la naturaleza de la causa o por la calidad de las partes, son de esta índole, y por ende, irrenunciables, les imponen el deber de abstenerse de seguir conociendo y de anular lo que se hubiere actuado subsistiendo tal vicio. No importa que se trate de un juicio ejecutivo. Si el ejecutado no ha reclamado sobre la incompetencia de jurisdicción del respectivo Juez, debe éste proceder oficiosamente a decretar la nulidad de que en tal caso estaría afectado el procedimiento en forma insubsanable. (Auto, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, marzo 25 de 1943).Pág. 403, 2.^a

CONCURSO RECÍPROCO

— 38 —

Nunca se le ha ocurrido a la Corte negar una verdad elemental: que el concurso recíproco supone coautores materiales de uno o varios delitos. Pero lo que la Corte no admite es la opinión del señor Procurador, quien circunscribe la participación material, el *concurso de acción*, al estrecho término de ejecutar el acto consumativo del hecho. Los maestros Carrara, Pessina y demás jefes ilustres de la escuela clásica, no llegaron hasta el extremo de enseñar que carece del carácter de coautor material, en concurso de recíproca acción, *verbi gratia*, el individuo que, en concierto con otro, sujeta a la víctima para que el compañero pueda ocasionarle la muerte o inferir-

le una lesión personal. Y, finalmente, si los artículos 22 y 23 del Código Penal de 1890 distinguen entre los autores y los cómplices secundarios, no significa ello, en una sana interpretación doctrinaria, que el concurso recíproco de que trata el ordinal 1.º del artículo 22 deje de existir porque sólo uno de los cooperadores perpetre el acto material de la consumación del hecho; prescindiendo sin razón de la eficacia y la eficiencia que para realizar el delito comporte la también principal actividad criminal de otro u otros, *en el instante de esa realización*, aunque dicha actividad no sea como la del copartícipe que lleva a cabo la infracción penal directamente, físicamente, materialmente. (Casación, LV, números 1998 y 1999, julio 22 de 1943).....Págs. 679, 1.ª y 2.ª

CONFESIÓN

— 39 —

La ley ha dejado a los Jueces la facultad de analizar la prueba de confesión y deducir y calificar si el hecho confesado y añadido como explicación del principal es o no separable de éste. (Casación, LV, números 1998 y 1999, julio 30 de 1943).....Pág. 623, 1.ª

CONSONANCIA DEL FALLO CON LA DEMANDA

— 40 —

Se ha repetido hasta el exceso que cuando el fallador decide, afirmativa o negativamente, las peticiones de la demanda, la sentencia que así lo hace guarda consonancia con las pretensiones aducidas por las partes en el litigio. (Casación, LV, números 1998 y 1999, julio 8 de 1943).

Pág. 576, 1.ª

CUENTAS

— 41 —

Para los juicios de cuentas ha establecido la ley un procedimiento especial, y le ha atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa su conocimiento. Dicha tramitación y competencia están reguladas y establecidas en los artículos 169 y 188 de la Ley 167 de 1941 o Código Contencioso Administrativo. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1998 y 1999, abril 13 de 1943).....Pág. 693, 2.ª

CULPA AQUILIANA

— 42 —

El artículo 219 del Código de Comercio no es aplicable en casos de responsabilidad por culpa

aquiliana. (Casación, LV, números 1998 y 1999, julio 19 de 1943).....Pág. 595, 1.ª y 2.ª

CH

CHEQUES

— 43 —

El protesto de una letra de cambio —y el cheque es una letra de cambio (artículo 186, Ley 46 de 1923)— es dispensado por cualquier circunstancia que dispense el aviso de rechazo (artículo 160 *ibídem*). Y la noticia de rechazo dispensa «cuando el girador es la persona a quien el instrumento se presenta para el pago». (Artículo 116, numeral 3.º). Y eso es claro, ya que entonces el aviso sobra, puesto que lo constituye la propia demanda de pago. De consiguiente, no es valedera la objeción de que por no haberse hecho el protesto conforme a la ley, el girador quedó descargado de la obligación, al tenor del artículo 91, según el cual cuando un instrumento ha sido rechazado por falta de aceptación o de pago, debe darse noticia de ello al girador y a cada endosante, quienes quedan *descargados* cuando se omite ese aviso, pues el artículo 91 hay que aplicarlo en forma que armonice con las demás disposiciones de la misma Ley. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, abril 9 de 1943).....Pág. 424, 1.ª

CHEQUES FALSOS

— 44 —

La regla general que hace al banco responsable por el pago de cheques falsos, conforme a lo dispuesto en el artículo 191 de la Ley 46 de 1923, no tiene otra limitación que la que nace de no darle aviso al banco de la falsedad de los cheques dentro del término de un año, indicado allí.

El fundamento jurídico de la norma consignada en el artículo 191 de la Ley 46 de 1923, sobre instrumentos negociables, no puede ser otro que la obligación de cuidado que corresponde a los bancos para defender el dinero que sus clientes les confían, mediante el control que pueden y deben ejercitar con relación a la identidad de la firma de sus consignatarios, ya sea para obtener chequeras ya para el pago de sus cheques. Este aspecto fundamental de la responsabilidad bancaria, vinculado a la demostración de una culpa por descuido o negligencia en el control del uso de la firma de los clientes, es cuestión de hecho que en cada caso hará variar el concepto de la responsabilidad y su alcance, y que, por tanto, ha de consi-

derarse siempre a efecto de que la aplicación del citado precepto legal que hace responsables a los bancos por el pago de cheques falsos, no resulte simplemente mecánica, y como tal expuesta a soluciones injustas. (Casación, LV, números 1993 a 1995, marzo 11 de 1943).....Pág. 51, 2.^a

CHEQUES--REQUISITOS PARA QUE PUEDAN SER
CONSIDERADOS COMO INSTRUMENTOS
NÉGOCIABLES

— 45 —

Es innegable que los cheques, para conservar su carácter y prerrogativas de instrumentos negociables, deben ser protestados por falta de pago en la forma y en la oportunidad establecidas por la ley. El cheque, de acuerdo con su definición legal (artículo 186 de la Ley 46 de 1923), es una letra de cambio girada sobre un banco y pagadera a su presentación. Y debe ser presentado para su pago en el término de 30 días, si su emisión se hace en la misma plaza en que debe ser pagado; o de 60 días, si la emisión corresponde a plaza distinta, dentro del territorio de la República. (Artículo 187 *ibidem*). Para que el cheque conserve su carácter de instrumento negociable debe presentarse al banco para que lo pague, y si no es pagado debe protestarse. (Artículo 154 *ibidem*, reformado por el 1.º de la Ley 46 de 1923). La ley enseña cómo se hace el protesto (artículo 155 *ibidem*), por medio de una diligencia notarial que en adelante no puede separarse del instrumento. Mas la falta de protesto no liberta al girador de sus obligaciones, ni esa falta significa que la obligación a que el cheque se refiere haya dejado de existir de hecho. Meramente ocurre que el instrumento perdió su carácter de negociable y por ende los privilegios de que estaba revestido al emitirlo. Se trata entonces de una obligación corriente, regida por el derecho común, y, como tal, colocada en un campo en que puede ser discutida ampliamente, lo que no sucedería si se pretendiese conservar el carácter de tenedor en debida forma del cheque. La referida falta del protesto apenas significa que el actor que se presenta a cobrarlo en juicio no es un tenedor en debida forma del cheque, investido del privilegio de que se le pague sin admitir discusión. Uno de los requisitos fundamentales para adquirir el carácter de tenedor en debida forma de un instrumento negociable, es el de que se adquiriera antes de haber pasado la fecha del vencimiento y sin noticia de que hubiera sido previamente rechazado (artículo 55 *ibidem*). De consiguiente, presentado el cheque para su cobro por un tenedor que no lo es en debida forma, está sujeto el actor a todas las excep-

ciones que pueda oponer el demandado, como en los casos de obligaciones de derecho común (artículo 60). (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1993 a 1995, febrero 22 de 1943).
Pág. 154, 1.^a y 2.^a

D

DACIÓN EN PAGO

— 46 —

La dación en pago tiene una naturaleza jurídica, una fisonomía propia, dentro de la cual el carácter predominante es su equivalencia con la solución o pago efectivo, esto es, constituye propiamente una manera de extinguir obligaciones, lo que diferencia fundamentalmente esta institución del contrato de compraventa, que sirve para crear obligaciones. Como modalidad del pago no puede confundirse la dación en pago con la venta, hasta el extremo de entender que puedan asociarse estos dos fenómenos jurídicos para tratarlos como el caso de la doble venta que gobierna el artículo. (Casación, LV, números 1996 y 1997, marzo 24 de 1943).....Pág. 247, 2.^a

DAÑO MORAL

— 47 —

El daño moral inobjetivado, según lo ha expresado la Corte en numerosas decisiones, no puede confundirse con el dolor físico o con el sentimiento de pesar inherente a toda lesión o herida que el hombre recibe en su propio cuerpo. Esta clase de daño no es susceptible de reparación en ninguna forma. Lo que debe entenderse por daño moral inobjetivado en el caso de lesiones o heridas sufridas por una persona, es la depresión psíquica a que está sometida la víctima cuando tales heridas o lesiones originan deformidades que afectan de modo permanente y definitivo la integridad corporal y funcional. En tales circunstancias es indiscutible la existencia de una causa de preocupación y de pesar en el ser interior de la víctima de tales deformidades, que lo acompañará mientras viva o por lo menos en gran parte del decurso de la existencia futura. Ese pesar o preocupación se basa en la pérdida de la anterior integridad corporal, lo que hace aparecer a quien la sufre como disminuido ante la sociedad por la deformación padecida. Y es entonces cuando puede hablarse de daño moral subjetivo indemnizable. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, marzo 4 de 1943).
Pág. 374, 1.^a

DECRETO NÚMERO 954 DE 1932

— 48 —

El Decreto 1954 de 1932 es complementario del 1206 de 1927, y ninguna oposición existe entre ellos. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1993 a 1995, febrero 18 de 1943).....Pág. 145, 1.^a

DECRETO NÚMERO 32 DE 8 DE ENERO DE 1932, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL, «POR EL CUAL SE REGLAMENTA LA LEY 51 DE 1937, SOBRE EJERCICIO DE LA ODONTOLOGÍA»

— 49 —

Ya dijo la Corte, en sentencia que declaró inexecutable el artículo 62 de la Ley 167 de 1941, que las cuestiones referentes a la inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno son de la exclusiva competencia de aquélla como guardián de la Constitución Nacional, y que al Consejo de Estado solamente le corresponde el conocimiento de las demandas referentes a la ilegalidad de aquéllos.

La cumplida ejecución del artículo 3.º de la Ley 51 de 1937 imponía al Gobierno el deber de señalar el plazo de la demostración correspondiente, señalamiento que en nada exagera ni extralimita la potestad reglamentaria, y que no tenía ni tiene por qué ser facultad exclusiva del Congreso. A los dentistas u odontólogos indicados en el artículo 3.º de la citada Ley no se les arrebató ningún derecho por el primer inciso del artículo 7.º del Decreto acusado. Conservaron el derecho de seguir ejerciendo la profesión, sin sujetarlos a exámenes, probando, eso sí, que en ellos concurren las condiciones legales. Y para la prueba era menester decir cuándo y cómo se aducía. El plazo del inciso primero acusado, en vez de dañar el derecho ayuda a su efectividad, y no infringe los artículos 26, 54, 69, 73 y 115 de la Constitución, los cuales se afectan menos con el otro plazo de treinta días que el penúltimo inciso del artículo 7.º del Decreto diera a las Juntas Seccionales para estudiar las pruebas y rendir su concepto escrito a la Junta Central de Títulos Odontológicos.

Más inconducente es la acusación de abuso de la potestad reglamentaria con que el demandante ataca la exigencia de las pruebas b), c) y f) del artículo 7.º del Decreto número 32 de 1938, reglamentación de suyo libre en orden a establecer, dentro de lo racional, los medios probatorios que se juzgen indispensables.

Finalmente, lo dispuesto en los artículos 8.º y 10 del Decreto acusado armoniza con el alcance

constitucional de la reglamentación de leyes por el Gobierno, a quien ningún precepto de la Carta impedía expresar la condición de validez de las licencias (artículo 8.º) y las causas de su cancelación (artículo 10). (Corte Plena, sentencia, LV, números 1993 a 1995, marzo 4 de 1943).

Págs. 4, 2.^a, y 5, 1.^a y 2.^a

DECRETO NÚMERO 2259 DE 1939

— 50 —

El ordinal 9.º del artículo 69 de la Constitución Nacional autoriza al Congreso para revestir *pro tempore* al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, y los decretos que en ejercicio de tales facultades expida el Gobierno tienen el carácter de verdaderas leyes que sólo pueden ser modificadas por el mismo Presidente si no ha vencido el lapso por el cual se le concedieron las facultades extraordinarias. Vencido éste, sólo el Congreso tiene poder constitucional para derogarlas, sustituirlas o reformarlas. Y en cuanto a la potestad reglamentaria, en ningún caso se ha de contrariar el espíritu de las disposiciones legales, y menos aún sustituirlas, decretar nuevas normas, ampliar o restringir el alcance de la ley, pues entonces se invade la órbita del Órgano Legislativo, ya que el reglamento sólo tiene por objeto asegurar la aplicación de la ley que por él se completa, y debe hallarse por lo mismo contenido en la ley a que se refiere.

Como el artículo acusado suprime la comprobación por el Consejo de Guerra de los motivos justos para el retiro de los Oficiales Navales, que exige el texto del Decreto-ley, so pretexto de reglamentarlo, invade la órbita del legislador y vulnera por lo mismo el ordinal 1.º del artículo 69 de la Constitución Nacional, por lo cual es inexecutable. (Sentencia, Corte Plena, LV, números 1993 a 1995, marzo 4 de 1943).....Pág. 8, 1.^a y 2.^a

DECRETO NÚMERO 1357 DE 31 DE JULIO DE 1941 Y ARTÍCULO 46 DE LA LEY 58 DE 1931, SOBRE CONTADORES JURAMENTADOS, ACUSADOS COMO INCONSTITUCIONALES

— 51 —

Con la creación de los contadores juramentados, en manera alguna se atiende, se faculta o se provee a la creación de nuevos empleados oficiales. Los contadores juramentados, según la intención del artículo 46 acusado, no son empleados públicos; forman más bien un núcleo de técnicos, seleccionados por sus conocimientos y con título especial de idoneidad, que por fuerza de las cir-

cunstancias debe figurar inscrito en un escalafón. El verdadero sentido, por consiguiente, del artículo 46, es el de anticipar unos pocos elementos de reglamentación de la profesión de contador, delegando en la Superintendencia el poder de perfeccionar la estructura de la institución. Esto lo puede hacer el legislador, de conformidad con el artículo 38 de la Constitución Nacional. Pero cuando el artículo 46 autorizó a la Superintendencia de Sociedades Anónimas, que no es el Gobierno, sino una oficina secundaria dependiente del Gobierno, para «establecer la institución de los contadores juramentados», cometió un error de técnica y un error de principios. La reglamentación de la profesión de contador, al igual que la de cualquiera otra profesión, es una subinstitución que debe agrupar reglas de derecho primarias suficientes a crear una situación abstracta de derecho a cuyo imperio quede sometido el grupo de personas que tengan el respectivo oficio y aspiren a ampararse con la institución. Esas reglas primarias no puede darlas sino el legislador; el Gobierno podrá reglamentarlas y ejecutarlas. La Superintendencia de Sociedades Anónimas, como la dependencia gubernamental más adecuada para aplicar aquellas normas y reglamentos, podía ser el organismo de ejecución de aquéllos y de éstos, pero no podía recibir la prerrogativa de *establecer la institución* por medio de reglamentos que sean reglas de derecho.

El ordinal 3.º de ese artículo quebranta el orden constitucional, y con ese artículo se viola la regla 8.ª del artículo 6.º de la Carta, el cual sólo facultaba al Congreso para conceder autorizaciones al *Gobierno* mismo; y el *Gobierno* en ese caso es el Organismo Ejecutivo personificado en el Presidente de la República y sus Ministros. Tratándose de crear una institución, es decir, un conjunto de reglas de derecho relativas a gobernar un hecho determinado, el del ejercicio de la profesión de contador juramentado, constitucionalmente el Congreso no podría depositar esa potestad sino en el Presidente de la República. Hacerlo en una oficina subalterna del Presidente de la República es pecar contra la Ley Fundamental. También desconoce ese artículo acusado el 38 de la Constitución Nacional. En una palabra, el artículo acusado es inconstitucional en estas dos proposiciones fundamentales: 1.º Cuando autoriza a la Superintendencia de Sociedades Anónimas para establecer la institución de los contadores juramentados; y 2.º Cuando asimismo le otorga poder a la entidad nombrada para señalar las funciones que los contadores deben desempeñar (última parte del numeral 3.º).

El Decreto acusado es en su integridad inconstitucional. Desde que representa el uso de una facultad constitucional, de la cual no podía desprenderse el Congreso, todo lo actuado por el Gobierno participa del mismo vicio originario. Cayendo la causa, también deben caer sus efectos. El Gobierno no podía establecer la institución de los contadores juramentados ni dictar en consecuencia, como lo hizo, sus reglas básicas o esenciales. (Sentencia, Sala Plena LV, números 1996 y 1997, marzo 27 de 1943). Págs. 226, 2.ª, y ss.

DECRETO NÚMERO 200 DE 1942, SOBRE ALZA DE TARIFAS EN LAS EMPRESAS DE ENERGÍA ELÉCTRICA, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL

— 52 —

Que el Decreto acusado es absolutamente constitucional lo demuestra el artículo 38 de la Codificación Constitucional, el cual ha sido desarrollado, en cuanto a suministro de energía eléctrica se refiere, por las Leyes 109 de 1936 y 126 de 1938, y por el Decreto extraordinario número 5 de 1940. Como esta última Ley consideró el suministro de energía eléctrica como un servicio público fundamental, esta situación, doctrinariamente perfecta, determina consecuencias ineludibles en el campo del derecho que afectan la condición jurídica de las empresas destinadas a la producción de energía eléctrica, una de las cuales es que el servicio público esté subordinado al Gobierno. Esta modalidad de subordinación va implícita en el concepto jurídico de servicio público y es la que explica y justifica la intervención del Estado en su prestación y reglamentación, a fin de que no solamente se satisfaga el interés particular sino que se consulten asimismo las conveniencias generales. El aspecto de función social que corresponde también a la noción de servicio público, diferencia a las empresas que lo prestan, directamente o a través de concesiones, del negocio simplemente privado, restringiendo lógicamente la libertad de obtener ilimitada e incontroladamente beneficios lucrativos en la explotación del negocio en la medida que lo exijan la conveniencia colectiva y la moral comercial. Los contratos administrativos por medio de los cuales se llevó a cabo la legalización de las empresas de energía eléctrica tenían que ceñirse en sus estipulaciones a la pauta obligatoria que fijaron la Ley 109 de 1936 y el Decreto extraordinario número 5 de 1940, de modo que sus tarifas y reglamentos quedaron sometidos a la obligatoria y previa aprobación del Gobierno, a su

control permanente y a su revisión para mantenerlos ajustados a las conveniencias colectivas. Estos contratos que engloban la concesión de un servicio público no pueden considerarse exclusivamente como fuentes de relaciones jurídicas de derecho privado, sino como actos complejos en que se combinan y coexisten una parte legal o reglamentaria, esencialmente modificable por el Estado dentro de los límites y condiciones previstos, y otra parte propiamente contractual que sí crea situaciones jurídicas individuales y concretas que no pueden modificarse unilateralmente. El recuerdo de estas nociones revela que no es pertinente invocar la norma constitucional que ampara los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles con ocasión de un decreto de carácter general en que el Gobierno prohibió el alza de tarifas por la prestación del servicio público de energía eléctrica durante un año, por considerar, como en su parte motiva está expresado, que impidiendo el encarecimiento de este servicio primordial para el consumo doméstico y la producción nacional se contribuía a evitar la elevación desmedida del costo de la subsistencia y se estabilizaba uno de los factores básicos de la economía. (Sentencia, Sala Plena, LV, números 1996 y 1997, abril 29 de 1943).

Págs. 231, 1.^a y 2.^a, y ss.

DECRETOS NÚMEROS 1454 DE 1940 Y 1743 DE 1942, ACUSADOS COMO INCONSTITUCIONALES

— 53 —

Ha sido constante la jurisprudencia de la Corte acerca de que el ejercicio de guardar la integridad de la Constitución cuando se menoscaba por obra de leyes o decretos, se sujeta a la condición de que tales actos subsistan en el instante de fallar. Si no subsisten, especialmente por la derogatoria, la función de la Corte carece de base y de objeto. (Auto, Sala Plena, LV, números 1998 y 1999, agosto 18 de 1943). Págs. 510, 1.^a

DELEGACIÓN

— 54 —

El fenómeno de la delegación, que en general consiste en que un deudor, por su propia iniciativa, comisiona a otra persona para que pague a su acreedor, está contemplado y reglamentado en el artículo 1694 del Código Civil. Comprende esta disposición la delegación perfecta o novatoria, cuando el acreedor da por libre al primitivo deudor, y la imperfecta, que se caracteriza porque el delegante no queda libre de su obligación por no

consentir en liberarlo el delegatario. Dentro de esta modalidad parece contemplar este artículo, bajo la denominación de diputado por el deudor, el caso de que la nueva persona indicada al acreedor para hacer el pago no sea más que un mandatarario, jurídicamente indiferenciable del mandante, caso en el cual no existe propiamente delegación por falta de las tres personas necesarias para integrar ese fenómeno. El criterio aplicable para saber si se trata de una simple indicación de pago o de una delegación imperfecta en que se produce una yuxtaposición de deudores, es, de acuerdo con el Código, la propia interpretación del texto y del espíritu del pacto celebrado entre delegante y delegado.

Grande analogía existe entre la delegación imperfecta y la estipulación por otro. Tratadistas como Somarriva Undurraga advierten que es muy sutil la diferencia entre estas dos instituciones, y que en realidad se refiere al tiempo en que le nace al acreedor el derecho para exigir el pago al delegado, que en caso de estipulación es al momento de celebrarse el contrato entre estipulante y promitente, y en caso de delegación imperfecta, cuando el delegatario acepte al delegado como deudor. También advierten las analogías de esas dos instituciones jurídicas Planiol y Ripert. Un caso de delegación imperfecta es aquel en que una persona compra una propiedad que está hipotecada y se obliga a pagar la hipoteca, como lo dice Alessandri Rodríguez. (Casación, LV, números 1993 a 1995, enero 29 de 1943). Págs. 13, 2.^a

DELITO FRUSTRADO Y TENTATIVA

— 55 —

Delito frustrado y tentativa son modalidades del delito imperfecto, y tienen características comunes. De allí que en la práctica sea muy sutil la distinción precisa entre ellas. Son comunes a estas dos figuras: a) La intención de cometer un delito determinado; b) La no realización del hecho punible por circunstancias o contingencias ajenas a la voluntad del agente. Y difieren en que en la tentativa concurre el principio de ejecución del mismo delito; y en el delito frustrado se requiere la ejecución de todo lo que es necesario para la consumación de ese delito. Así, pues, en la tentativa no se realizan completamente todos los actos externos en desarrollo de la acción física delictiva y que el agente, sin la causa que le impide alcanzar el fin perseguido, podría ejecutar para conseguirlo. Y en el delito frustrado el responsable ha ejecutado objetivamente todo lo indispensable para consumar el delito. No basta poner en práctica todo lo que se crea suficiente

según las personales previsiones del agente, sino que es menester ejecutar todo lo que en armonía con las leyes naturales tiene aptitud eficaz para obtener el resultado intentado por el agente. Carrara lo expresa muy claramente así: «Para la existencia del delito frustrado no basta que el agente haya hecho todo cuanto quería hacer a fin de consumar el delito; es indispensable ejecutar todo lo necesario a fin de llevarlo a cabo». (Casación, LV, números 1993 a 1995, marzo 11 de 1943). Pág. 107, 2.ª

DELITOS DE RESPONSABILIDAD

— 56 —

I—El tenor literal de los artículos 148 y 160 de la Constitución Nacional indica que el Juez o Magistrado no puede ser depuesto sino por sentencia judicial, es decir, previo un juicio que termine por fallo condenatorio; y que los Magistrados de los Tribunales de Justicia son juzgables por la Corte Suprema como juez de única instancia «por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o leyes, o por mal desempeño de sus funciones». En los demás casos, cuando se trata de hechos que se denominan delitos comunes, no son juzgables por la Corte Suprema sino por los Jueces o Tribunales comunes, como el resto de los ciudadanos. Antiguamente —en particular bajo los regímenes monárquicos— las gentes de la nobleza comparecían ante tribunales diferentes de los que juzgaban al común del pueblo. La legislación colombiana sólo ha dejado subsistir como especial —no como privilegiada— la jurisdicción militar para delitos estrictamente militares; y dentro de la jurisdicción común ha asignado a los Jueces Superiores de Distrito Judicial el juzgamiento —sin jurado— de ciertos eclesiásticos.

La Constitución colombiana de 1858 (artículo 49) y la de 1863 (artículo 70) daban jurisdicción a la Corte Suprema para conocer de las causas por delitos comunes cometidos por el Presidente de la República o por los Secretarios (Ministros) de Estado; y tanto esas Constituciones como la de 1853 (artículo 42) establecían la jurisdicción de la Corte para juzgar a los Magistrados (o Ministros, como se decía entonces) de los Tribunales de justicia, pero sólo en «causas de responsabilidad», o «por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones». Estos antecedentes pueden ilustrar el sentido del artículo 148 de la Constitución actual.

El Código Judicial (Ley 105 de 1931) dispuso en el artículo 33 que la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema conociese «de las

causas de responsabilidad por faltas o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, por.... Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial». Y además de la jurisdicción que la Carta Fundamental confiere a la Corte Suprema para juzgar a los Magistrados de Tribunal en causas «de responsabilidad» o por delitos cometidos con motivo o pretexto de ejercer sus funciones, el nuevo Código Judicial dio jurisdicción a esta entidad para conocer «de las causas que se sigan por delitos comunes cometidos en cualquier época por individuos que al tiempo en que debiera decidirse del mérito del sumario» estuviesen desempeñando el cargo (entre otros) de Magistrados de Tribunal Superior. Como se ve, el Código Judicial tenía en cuenta para determinar la competencia legal de la Corte respecto de los Magistrados de Tribunales Superiores, la naturaleza del hecho imputado —delito o motivo de responsabilidad— y la calidad oficial del sindicado, puesto que aun por delitos comunes cometidos en cualquiera época podía juzgar la Corte a los Magistrados si al tiempo en que debe calificarse el mérito del sumario se hallaba el sindicado desempeñando la magistratura. No así en el Código de Procedimiento Penal que entró en vigencia el 1.º de julio de 1933. Este, lejos de ampliar la jurisdicción que como privativa le confiere a la Corte el artículo 148 de la Constitución, restringió los llamados *fueros*, no atribuyó a la Corte la facultad de juzgar por delitos comunes a los Magistrados de Tribunales, y le dejó el juzgamiento de ellos únicamente en cuanto a cargos o delitos de responsabilidad relacionados con sus funciones de Magistrados. El nuevo Estatuto Procedimental se atuvo, para fijar la competencia legal de la Corte, exclusivamente a la naturaleza del hecho juzgable. Y así, el delito cometido en ejercicio de la Magistratura o con abuso o pretexto de las funciones correspondientes, debe ser juzgado por la Corte, ya sea que se trate de un Magistrado en ejercicio o de quien haya dejado de serlo. En cambio, si se trata de un delito común, el juzgamiento del asunto no corresponde a la Corte sino a los Jueces ordinarios, aun cuando el sindicado haya ejecutado el hecho siendo Magistrado, y aun cuando conserve tal carácter al tiempo en que se le vaya a juzgar.

II—En el año de 1930 estableció el legislador la prohibición a todos los empleados para formar parte de directorios políticos o «poner al servicio de la política las funciones que ejerzan»; la Ley 105 de 1931 repitió la prohibición para los empleados del Órgano Judicial y del Ministerio Público, pero la expresó en otra forma: «Tampoco pueden hacer parte de directorios políticos ni in-

tervenir en debates públicos de este carácter»; y el Código Penal de 1936 declaró punible al «funcionario o empleado público que forme parte de directorios políticos o intervenga en debates de este carácter». La expresión *debate electoral* ha adquirido carta de naturaleza, y suele emplearse para indicar en general las actividades de los partidos o bandos, relativas a las elecciones, en especial, las ocasionadas por la pugna de aquéllos en el acto de las votaciones; de manera que el *debate electoral* es, por definición, un debate de carácter político. La intervención de los funcionarios públicos —y particularmente de los Jueces o Magistrados— en debates de carácter político, es una de aquellas infracciones que se penan no por el daño efectivo causado sino teniendo en cuenta solamente el riesgo o daño de peligro, la intranquilidad pública, la desconfianza que siembra en el ánimo de los asociados la conducta del infractor aun sin que pueda imputársele el haber causado un daño concreto y efectivo (*delito formal*). (Casación, LV, números 1996 y 1997, septiembre 30 de 1942).....Págs. 324, 2.ª, y ss.

DEMANDA

— 57 —

La aceptación *ab initio* de una demanda no compromete el criterio del fallador en el sentido de que no pueda él después reconocer y declarar su improcedencia cuando llegue el momento de fallar en el fondo de la litis. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, diciembre 2 de 1942).

Pág. 209, 1.ª

DESLINDE

— 58 —

En los juicios ordinarios que se inician como consecuencia de la oposición a toda o parte de la línea o líneas divisorias fijadas por el Juez que conoce del deslinde, no puede contemplarse otro extremo ni fallarse otra cuestión sino la relacionada con la fijación que hizo el Juez, para estudiar y resolver si ella se ajusta o nó a las pruebas presentadas por las partes. Cualquiera otra cuestión es extraña al juicio y no puede ser decidida dentro de él. (Casación, LV, números 1998 y 1999, julio 30 de 1943).....Pág. 608, 2.ª

DICTAMEN PERICIAL

— 59 —

El Juez tiene amplia facultad de apreciación del dictamen pericial aunque éste sea uniforme y

aparezca fundado, pues el juicio sobre las calidades o requisitos del dictamen corresponde exclusivamente al Juez, quien las reconoce o niega, para otorgar o negar fuerza probatoria al dictamen de los peritos. Mas esa facultad de calificación fundamental del peritazgo no autoriza, tratándose de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, para que los Magistrados o Jueces procedan a fijar el precio o la estimación de las cosas que deben ser apreciadas o estimadas para decidir la controversia, con prescindencia o alteración del dictamen pericial, como lo establecía el artículo 79 de la Ley 105 de 1890, en el antiguo régimen probatorio. Ahora los casos que pueden ocurrir sobre justiprecio judicial del mérito del peritazgo cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, están previstos y regulados en el artículo 721 del Código Judicial. (Casación, LV, números 1998 y 1999, julio 19 de 1943).....Pág. 597, 1.ª

E

EJECUCIONES ADMINISTRATIVAS

— 60 —

Los artículos 120, 121 y 122 de la Ley 167 de 1941 (Código Administrativo) reglamentan lo que se entiende por ejecución administrativa, distinta de la ejecución judicial, que es subsidiaria de aquélla. En efecto, cuando un fallo de carácter administrativo dispone que una entidad de derecho público; distinta de la Nación, debe pagar una suma líquida de dinero, las autoridades correspondientes han de tomar las medidas del caso para que la ejecución se haga administrativamente. Si esto ocurre, la entidad a cuyo cargo está la obligación cumple así con la norma legal que eso dispone. Pero si dentro del término que la misma Ley indica (de treinta días, según el artículo 121) no se toman las medidas conducentes al cumplimiento voluntario del fallo administrativo, habrá lugar a la ejecución procesal tendiente a obrar en el ánimo de la entidad que debe pagar la suma líquida de dinero para que cumpla la obligación consignada en la sentencia respectiva. La reglamentación dada a la manera de ejecutar administrativamente las obligaciones deducidas a cargo del Departamento y los Municipios tiene por objeto fijar una norma que sea aplicada por los funcionarios públicos, pero no conduce a desconocer las disposiciones encaminadas a la ejecución procesal común. (Auto, Sala de Negocios Generales, LV, números 1993 a 1995, febrero 16 de 1943).....Págs. 141, 1.ª y 2.ª

EMBARGO

— 61 —

Analizando el fin del artículo 521 del Código Civil, ya dijo la Sala de Casación que el embargo es un medio de asegurar la eficacia de las acciones del acreedor contra los actos del deudor, que enajenando o gravando sus bienes, merma y hasta hace desaparecer el respaldo de sus obligaciones, sea éste especial o el general del artículo 2488 del Código Civil. (Casación, LV, números 1996 y 1997, marzo 24 de 1943)......Pág. 245, 2.ª

ENCOMIENDAS EN LA LEGISLACIÓN DE INDIAS

— 62 —

Lo adjudicado a los encomenderos no era la propiedad de la tierra, sino el derecho a percibir determinados tributos de acuerdo con el número de indios útiles que hubiera en el repartimiento o resguardo respectivo. Confirma esta conclusión el hecho de que a la muerte de un encomendero el Gobernador podía disponer libremente de la encomienda adjudicándosela a otra persona. También confirma que la tierra no era el objeto de la adjudicación el hecho de que los encomenderos perdían su encomienda si no daban fiel cumplimiento a sus deberes. Y el área del terreno laborable variaba con el número de indios útiles que hubiera en el repartimiento, lo que está indicando que la encomienda se refería esencialmente a los indios y secundariamente a la tierra. La encomienda era un beneficio que se otorgaba a los conquistadores españoles, mediante el cual los indios se ponían bajo su protección, con la obligación de adoctrinarlos en la fe católica, dirigirlos y enseñarlos, a cambio de lo cual el encomendero podía aprovecharse del trabajo de la tribu que se le encomendaba, mediante la percepción de un tributo que se regulaba en cada caso, según el número de indios y la clase de los terrenos que éstos poseían. De consiguiente, ningún título de encomienda puede servir para acreditar propiedad sobre la tierra en que habitaban los indios a que la encomienda se refería. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1993 a 1995, octubre 10 de 1942)......Página 130, 1.ª

ERROR

— 63 —

Si el error es la disconformidad entre la inteligencia y la verdad, debe, para ser error, originarse de una falsa creencia, o, como ya lo expresó la

Corte en anterior ocasión, es necesario que aparezca que se tuvo una determinada creencia y que esa creencia no correspondió a esa realidad. (Sentencia, Sala Civil de Unica Sentencia, LV, números 1993 a 1995, diciembre 2 de 1942).

Pág. 204, 1.ª

ERROR EN LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL POR AGRAVACIÓN O AUMENTO DE LA PENA EN CASO DE DELITO DE ROBO

— 64 —

El artículo 402 del Código Penal contempla el caso del que se apodera de una cosa mueble valiéndose para ello de amenazas o mediante violencia a las personas o a las cosas. Podría decirse que esta es la sanción base o general para el robo. De ahí que el artículo siguiente —403— haga extensivos a este delito los motivos de agravación y atenuación de la pena fijados para el hurto por los artículos 398, 399 y 400, así como el correspondiente aumento o disminución de pena que se harán, dice la ley «en las mismas proporciones indicadas» en los artículos que se acaban de citar. Y el artículo 404 del Código señala pena de tres a catorce años de presidio (es decir, la mayor de las sanciones imponibles por estos delitos) para cuatro casos que el mismo enuncia.

En el de que trata este proceso encuentra la Corte error en la aplicación de la Ley Penal por haber agravado o aumentado la pena con invocación de los artículos 403 y 398, numeral 4.º, porque el artículo 403 establece la agravación o atenuación de la pena indicada por los artículos 398, 399 y 400, pero en caso de que la sanción principal por el robo sea la que determina el artículo 402. Si la sanción base debe ser la del artículo 404, con éste no rezan los motivos de agravación del hurto, pues la disposición últimamente citada propone cuatro circunstancias modificadoras del robo, cualquiera de las cuales bastará para que se imponga la sanción del artículo 404. Y entonces resulta excesivo aplicar la pena que establece la sanción más alta entre las distintas categorías de robo y luego computar además como agravante una circunstancia que sólo podría tenerse en cuenta si se clasificara el hecho en esa otra categoría prevista por disposición legal que señala una sanción base mucho menor. El cómputo que hace el fallo recurrido viene equivaliendo, en el fondo, a considerar como agravante del hecho una circunstancia que vista por otro aspecto es elemento constitutivo del delito según la correspondiente disposición penal, o por lo menos una circunstancia modificadora; y no es jurídico acu-

mular esas agravaciones de pena. (Casación, LV, números 1998 y 1999, marzo 17 de 1943).
631, 1.ª y 2.ª

ESTIPULACIÓN POR OTRO

— 65 —

La estipulación por otro, que es una de las aplicaciones más interesantes de la doctrina de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones, está consagrada ampliamente en el artículo 1506 del Código Civil. En esta convención *sui generis*, que constituye una excepción al principio general de derecho contractual, que enseña que los contratos sólo ligan a quienes concurren con su consentimiento a su formación, intervienen tres personas: el estipulante, que es quien estipula en favor de otro; el promitente o promisor, que es la persona que contrae la obligación, y el beneficiario, que es el tercero en cuyo favor nace el derecho del contrato, y quien no actúa en él para nada. Los efectos de la estipulación por otro, en lo que interesa al presente recurso, de acuerdo con el precepto legal, se reducen a que el beneficiario es el único que puede demandar lo estipulado; en ningún caso puede exigirlo el estipulante. La aceptación que requiere el artículo 1605 del Código Civil tiene importancia, no para adquirir el derecho o radicarlo en manos del beneficiario a cuyo patrimonio ingresa por la sola celebración del contrato entre estipulante y promitente, sino para el efecto de hacer imposible la revocación que antes de ella pueden acordar los contratantes. «La aceptación, dicen Alessandri y Somarriva, no es la que hace nacer el derecho en su patrimonio (el del beneficiario), sino que es necesaria para tomar la posesión del derecho, para impedir la revocación que hasta ese momento pueden efectuar promitente y estipulante. Algo parecido a lo que acontece con la aceptación que hace el heredero de la herencia; el heredero no adquiere la herencia por aceptación, sino por el solo fallecimiento del causante, y la aceptación la hace para tomar posesión de sus derechos». (Derecho Civil, tomo IV, 281). (Casación, LV, números 1993 a 1995, enero 29 de 1943). Pág. 13, 1.ª

ESTIPULACIÓN POR OTRO

— 66 —

En la estipulación por otro, el estipulante y el promitente no contraen obligaciones recíprocas de ninguna clase, al paso que en el contrato de renta vitalicia ambos contratantes se obligan recíprocamente. Esta modalidad, que es esencial,

distingue un contrato del otro. (Casación, LV, números 1993 a 1995, marzo 9 de 1943). Pág. 46, 2.ª

EXCEPCIONES

— 67 —

Las excepciones en los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva, provenientes de alcances deducidos por las autoridades correspondientes, no pueden servir de recurso de revisión de providencias de estricto carácter administrativo, en que se contemplan problemas ajenos a la jerarquía judicial, para los cuales la ley creó una jerarquía especial: la de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. En esta jerarquía y mediante los recursos que la ley da, ejercitados oportunamente, ante la cual obliga discutir los problemas administrativamente surgidos en los juicios de cuentas. A las autoridades judiciales que conocen del incidente de excepciones, promovido por el pago de un alcance, les basta la resolución administrativa de carácter ejecutorio, de la autoridad competente que haya deducido el alcance. Ante el Poder Judicial no es posible proponer cuestiones referentes al valor legal de los pronunciamientos, porque ello equivale a revivir ante autoridad incompetente controversias juzgadas y resueltas por vías propias y especiales determinadas por la ley. Las únicas excepciones viables en ejecuciones por alcances deducidos en juicios de cuentas son las que se basan y tengan origen en hechos que por su naturaleza fueron ajenos a la controversia administrativa, y que encarnen cuestiones de mero derecho privado. Con ese fin la ley autoriza el incidente de excepciones ante la justicia ordinaria. Mas en manera alguna para hacer entrenchocar y romper las órbitas en que se mueven, en concierto que debe ser armónico, las distintas jerarquías del Poder Público. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1998 y 1999, julio 13 de 1943).Pág. 693, 2.ª

EXCEPCIONES

— 68 —

Esta Sala de la Corte ha reiterado claramente su doctrina y jurisprudencia de que en los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva no son aceptables todas las excepciones, sino solamente aquellas que por la naturaleza del hecho no pudieron ser aducidas en el juicio de cuentas, y luego en el contencioso-administrativo a que dan lugar las decisiones que tienen origen en funcionarios que llevan a su cargo el control fiscal. Sobre tales providencias de las entidades correspondientes es preciso ejercitar las defensas por los parti-

culares ante los Tribunales administrativos que gozan de una competencia especial y privativa. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1998 y 1999, junio 18 de 1943). Pág. 727, 2.ª

EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS

— 69 —

Es inaceptable la tesis de que para que pueda oponerse eficazmente la excepción de contrato no cumplido se requiere que el excepcionante haya cumplido o se allane a cumplir por su parte las obligaciones que le corresponden. Este principio, así expresado en forma absoluta, es la negación jurídica de la *exceptio non adimpleti contractus*, reconocida por el artículo 1609 del Código Civil, y con la cual el resultado que precisamente se busca es el de que «cada uno de los contratantes puede negarse a ejecutar su prestación mientras no reciba la respectiva contraprestación, para llegar de esa suerte a obtener que la convención se ejecute dando y dando». No es necesario para el uso legítimo de esta excepción, no tratándose de obligaciones de sucesión determinada, el previo cumplimiento del excepcionante, puesto que de acuerdo con el principio general, ninguna de las partes está obligada a cumplir sin haber recibido al propio tiempo lo que se le debe. Lo que sucede, según lo enseñan los tratadistas, es que para excepcionar por contrato no cumplido es preciso proceder con buena fe, porque de otro modo la excepción debe ser rechazada y condenado el reo a cumplir la prestación demandada. «No podrá negarse al cumplimiento aquel que por un acto de que es responsable haya impedido al deudor el cumplimiento de su obligación o que haya justificado con su incumplimiento la negativa de éste a cumplir», dicen Planiol y Ripert, tomo 6.º, número 454.

Ya en sentencia de la Sala de Casación, de fecha 29 de febrero de 1936, se estudiaron y expusieron las reglas jurídicas especiales conforme a las cuales deben cumplir sus prestaciones los obligados por contratos bilaterales, tendientes todas, dentro de la norma fundamental de la fuerza obligatoria de los contratos consagrada en el artículo 1602 del Código Civil, a conservar la simetría contractual o equilibrio de los intereses de las partes, exigida por la reciprocidad o correlación de las obligaciones surgidas de la convención bilateral. Allí se expuso, además, el origen, la naturaleza, alcance y funcionamiento de la llamada *exceptio non adimpleti contractus*.

La forma de condena condicional de la sentencia, que equivale a decir: el reo no cumpla mien-

tras el actor no cumpla, o cumpla si el otro cumple, no encaja dentro de nuestro sistema jurídico contractual, en el cual la acción de cumplimiento se rechaza por prematura, puesto que si el acreedor no ha cumplido por su parte la obligación que le incumbe, su demandado no está en mora de cumplir lo pactado, y no estando en mora, su prestación no es exigible. Sería jurídicamente irregular la condena al pago de una obligación sin exigibilidad.

La defensa fundada en contrato no cumplido pertenece indudablemente a la categoría de las excepciones dilatorias, puesto que con ella no se persigue la exoneración de la deuda sino suspender o retardar temporalmente la pretensión del demandante para obtener la ejecución completa y recíproca de las obligaciones bilaterales, como lo anotan Ennecerus y Von Tuhr. Equivale, por su estructuración y funcionamiento, a la excepción de petición antes de tiempo. La fórmula decisoria que propugna el recurrente de condenar al cumplimiento simultáneo de actor y reo de sus recíprocas prestaciones, tiene pleno fundamento en el derecho alemán, como lo advierten los precitados tratadistas, porque de acuerdo con el artículo 322 del Código Civil de Alemania, el demandado en ejecución de un contrato sinalagmático por la prestación que debe no podrá negarse a cumplir mientras no se le pague a él la contraprestación correspondiente, sino que será condenado a la ejecución simultánea con lo que su actor le deba. Pero dentro de nuestro régimen legal no cabe ensamblar esta solución condenatoria, en cuya no adopción por el Tribunal sentenciador no ha habido ningún quebranto ni menosprecio de la ley sustantiva. A Von Tuhr, refiriéndose al precitado artículo 322 del Código alemán, le parece esta institución «un tanto pedante y entorpecedora para el régimen ejecutivo de las obligaciones». (Casación, LV, números 1993 a 1995, marzo 23 de 1943).....Pág. 71, 1.ª y 2.ª

EXPLOTACIÓN

— 70 —

Mal puede ser materia de *explotación* un bien cuya tenencia o entrega material se rehusa o no se realiza, aunque no se haya concedido derecho *real* sobre él, pues esa tenencia o entrega material sería indispensable para el goce de la finca concedida aun con un título simplemente precario, como el de arrendamiento, por ejemplo. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, LV, números 1993 a 1995, diciembre 2 de 1942).Pág. 194, 1.ª

EXPROPIACIONES A COMUNIDADES RELIGIOSAS

— 71 —

La Ley 71 de 1925 no tiene el alcance de significar, como a primera vista parece, que el Congreso reivindica para el Estado todos los inmuebles expropiados a los institutos religiosos en épocas pretéritas, incluyendo aun aquellos sobre los cuales el mismo Estado había constituido derechos irrevocables en favor de terceros. Es claro que aquellos edificios expropiados en que terceros han adquirido algún derecho de propiedad y posesión, no pueden volver al patrimonio del Estado, del cual salieron con carácter definitivo por haberlos cedido la Nación en algún momento, por el solo mandato de la ley, la cual, envolviendo entonces el desconocimiento de derechos adquiridos, sería inaplicable por inconstitucional. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, junio 2 de 1943)... Pág. 484, 1.ª, y ss.

F

FILIACIÓN NATURAL

— 72 —

De acuerdo con los artículos 7.º de la Ley 45 de 1936 y 403 y 404 del Código Civil, la persona del padre presunto es el único contradictor legítimo; de suerte que, en faltando él, ya no hay contradictor posible, lo que vale tanto como decir que su muerte determina la caducidad de la acción, pues únicamente si se ha notificado a él la demanda, cabe que sea representado a su muerte por sus herederos y que siga con éstos el juicio y haya, en su caso, sentencia favorable al demandante. Esto último, conforme al artículo 404. El 403 señala como legítimo contradictor en la cuestión de paternidad al padre, cuando es contra el hijo, y a éste cuando es contra aquél, y en su inciso 2.º dice: «Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo, deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad». Esta ha sido la doctrina acogida por la mayoría de la Sala de Casación Civil de la Corte; mas los Magistrados disidentes han opinado que ese artículo 403 no cierra el camino a la responsabilidad de los herederos por obligaciones de su causante y, sobre esta base y en fuerza de otras consideraciones concurrentes, expuestas detalladamente en los respectivos salvamentos de voto, sostienen que la muerte del causante sin haber sido demandado no determina la caducidad de la acción, y que ésta puede válidamente entablarse contra tales herederos; más aún:

que es una vez muerto el padre cuando, salvo contadas excepciones, ella es procedente por necesaria. (Casación, LV, números 1993 a 1995, marzo 11 de 1943).....Pág. 53, 2.ª

FILIACIÓN NATURAL

— 73 —

Partiendo de la base de que el padre es legítimo contradictor en los juicios sobre investigación de paternidad, y de que muerto éste lo representan sus herederos, cuando aquél ha fallecido antes de la sentencia, la Corte ha sostenido la doctrina de que muerto el contradictor legítimo, el padre, antes de que se entable el juicio sobre investigación de la paternidad, la acción queda extinguida.

Además, interpretando también los textos mencionados, ha decidido unánimemente que la acción que puede ejercitar el que se pretende como hijo natural, no pasa a los herederos de éste, y es oportuno además agregar que la Corte, unánimemente también, fijó el alcance del artículo 12 de la Ley 45 de 1936, en sentencia de fecha 12 de agosto de 1941 (*Gaceta Judicial*, tomo LII, número 1978, página 180), en la cual sostiene que la intervención que la ley da al Ministerio Público en los juicios sobre investigación de la paternidad, no lo convierte en contradictor legítimo, como lo sostuvo el Tribunal de Medellín, cuya sentencia casó la Corte en el fallo que acaba de citarse (1). (Casación, LV, números 1993 a 1995, febrero 20 de 1943).....Pág. 35, 2.ª

FILIACIÓN NATURAL

— 74 —

Es ya jurisprudencia sentada por la Corte la de que, de acuerdo con la norma contenida en el artículo 7.º de la Ley 45 de 1936, la acción de declaración de la filiación natural no es viable después de que ha fallecido el presunto padre. (Casación, LV, números 1998 y 1999, julio 14 de 1943).....Pág. 588, 2.ª

FILIACIÓN NATURAL

— 75 —

Con la presente ha sostenido siete veces la Corte que con la vida del supuesto padre natural se extingue también la acción de la Ley 45 de

(1) Sobre la tesis central del fallo salvaron su voto los Magistrados Hinebrosa Daza y Salamanca.

1936, sobre filiación natural. Más del doble de las sentencias uniformes que la ley exigé para constituir doctrina probable ha proferido la Corte, como Tribunal de casación, sobre la interpretación y alcance que debe darse a las disposiciones de los artículos 403 y 404 del Código Civil, en tratándose de la filiación natural, respecto de la cual, sin limitación alguna, amplió su aplicabilidad el artículo 7.º de la Ley 45 de 1936. Sin desconocer que la ley no le atribuye fuerza obligatoria sino respecto de cada litigio a la interpretación judicial o por vía de doctrina, y si bien es verdad que la llamada doctrina probable por el artículo 4.º de la Ley 169 de 1896, carece de imperio general y vale apenas como un acierto jurídico que puede ser precario, ocurre también que como a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema corresponde la función esencial de uniformar la jurisprudencia nacional, anulando los fallos de los Tribunales que contradigan sus doctrinas, es preciso reconocer a las sentencias uniformes de la Corte sobre un mismo punto de Derecho, cuando se repiten por lo menos tres veces, un valor jurídico particular que sin merma de la libertad judicial para estatuir en sentido diferente, representan cuando menos maneras de interpretación que el legislador, bajo el nombre y con el alcance de doctrinas probables, recomienda aplicar para resolver casos completamente análogos con el fin de unificar y estabilizar interpretativamente el sentido de las leyes.

Casos como el de autos, en que se han presentado pruebas inequívocas de la filiación natural emanadas del presunto padre, muestran cómo se necesita una reforma sustancial de la ley en este asunto. (Casación, LV, números 1996 y 1997, mayo 24 de 1943)..... Pág. 302, 1.º y 2.º

FISCALES

— 76 —

Los representantes legales de los Departamentos en las acciones judiciales que se les promueven ante los Tribunales Superiores, son los Fiscales de los mismos Tribunales, de acuerdo con la clara disposición del numeral 3.º del artículo 176 del Código Judicial.

Los Gobernadores son los agentes administrativos de los respectivos Departamentos, los personeros encargados de dirigir la labor económica y de policía, en cuyas funciones pueden comprometer el patrimonio departamental. En ejercicio de la atribución que se les reconoce como supremos administradores de los bienes de sus secciones, se les puede solicitar la satisfacción de una deuda, pero no se hacen parte en el

juicio que se promueve contra el Departamento por la deuda cobrada. (Auto, Sala de Negocios Generales, LV, números 1998 y 1999, junio 25 de 1943).....Pág. 743, 1.º

FRAUDE

— 77 —

El fraude es una maquinación engañosa para causar perjuicios a terceros, y tiende a frustrar la ley o los derechos que de ella se derivan. Está formado por un elemento antecedente, que es el engaño como medio de llegar al fraude, que es el fin u objeto a que da base el engaño. Engaño y fraude no son sinónimos, puesto que el primero es sólo la falta de verdad en lo que se dice, se cree o se piensa, al paso que el fraude es la maquinación para perjudicar a otro. Lo que sucede es que en el fraude el concepto de engaño va unido como atributo que le pertenece por esencia. El dolo no es propiamente el fraude, sino más bien una especie de éste, en que el elemento intencional de causar perjuicio a otro predomina, pero en el que no siempre está condicionado por una maquinación sino más bien por una sagacidad para causar perjuicio. (Auto, Sala de Casación Civil, LV, números 1998 y 1999, junio 9 de 1943). Pág. 534, 1.º

FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

— 78 —

Hay varios hechos que como cataclismos de la naturaleza ostentan por sí mismos los caracteres de lo fortuito y pueden ser obstáculo invencible al cumplimiento de la obligación. El rayo y el terremoto, por ejemplo, son acontecimientos súbitos que avasallan el poder del hombre. Es imposible escapar a sus efectos aniquilantes y prever el fenómeno. Pero son pocos los casos de esta naturaleza, que sean siempre y en todo supuesto, causa de irresponsabilidad. El naufragio, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, propuestos por el artículo 1.º de la Ley 95 de 1890 como ejemplos de casos fortuitos, no son siempre y en todo evento causas de irresponsabilidad contractual. Eso depende de las circunstancias y del cuidado que haya puesto el deudor para prevenirlos. Si el deudor se embarca a sabiendas en una nave averiada que zozobra haciéndole perder lo que debe, o temerariamente se expone a la acción de sus enemigos, o comete faltas que lo coloquen a merced de la autoridad, o no toma las medidas adecuadas que hubieran evitado la inundación de su propiedad, sin embargo de que se cumplen acontecimientos por su naturaleza extra-

ños y avasalladores, no configuran el caso fortuito liberatorio del deudor. Es que los dos caracteres esenciales del caso fortuito son la imprevisibilidad y la imposibilidad. No se puede prever su ocurrencia; y realizada, domina completamente el poder del hombre. Se está, pues, bajo el influjo de lo fortuito cuando el deudor se imposibilita totalmente para cumplir lo prometido por causa del evento imprevisible. Pero cuando el acontecimiento es susceptible de ser humana y normalmente previsto, por más súbito y arrollador que parezca, no genera caso fortuito ni fuerza mayor. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1993 a 1995, noviembre 27 de 1942).

Págs. 166, 2.^a, y 167, 1.^a y 2.^a

FUNDACIONES

— 79 —

Tanto por la Ley 11 de 25 de agosto de 1886, como por la Ley 77 de 1938, se viene en conocimiento de que la «Fundación Paniagua» está vigente, que esa Fundación y el Colegio creado por ella no es un establecimiento público, sino una institución autónoma de carácter estrictamente privado, dirigida por los patronos, quienes en tal carácter son administradores de los bienes que integran la Fundación, tanto de los originarios como de los que el Estado o los particulares le hayan cedido en el transcurso de la vida del instituto. Siendo esto así, el amparo de posesión pedido por quienes fueron desposeídos violentamente de esa posesión, debe concederse.

Los patronos, como representantes que son de la persona jurídica encarnada en la Fundación, son los administradores de los bienes de la entidad, la cual en derecho es la dueña y propietaria, como que sobre la masa de bienes integrantes de la Fundación en un momento dado, radica, conforme a la idea de los expositores, la personalidad moral de la institución. Los patronos son, por decirlo así, elemento transitorio y secundario en la vida de la Fundación, dada su condición de meros regentes y administradores de la entidad; no son sus dueños. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, junio 2 de 1943).....Pág. 476, 2.^a

II

HIJO LEGÍTIMO

— 80 —

Claros preceptos referentes al interés social y a los principios fundamentales que rigen la organización de la familia, estatuyen que el hijo conce-

bido dentro del matrimonio se presume hijo del padre, calidad que no puede infirmarse sino en cuanto éste la impugne y gane el pleito y quede ejecutoriada la sentencia respectiva. Consecuente con esta situación legal, dispone el artículo 3.^o de la Ley 45 de 1936 que «el hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo que el marido lo desconozca y por sentencia ejecutoriada se declare que no es hijo suyo». (Casación, LV, números 1996 y 1997, marzo 30 de 1943)Pág. 256, 1.^a y 2.^a

HOMICIDIO

— 81 —

Los artículos 382 y 383 del Código Penal exigen perentoriamente que la víctima haya sido de «vida honesta» y que los cónyuges no estén separados, ya por cuestiones de hecho o por virtud de un fallo de divorcio. (Casación, LV, números 1996 y 1997, abril 6 de 1943).....Pág. 356, 1.^a

HOMICIDIO CONCAUSAL

— 82 —

El homicidio concausal, aparte de ser entidad delictuosa más grave que la del ultraintencional, exige en el homicida el propósito de matar. (Casación, LV, números 1996 y 1997, abril 13 de 1943).
Pág. 358, 1.^a y 2.^a

I

IDENTIDAD DE PREDIOS

— 83 —

La determinación e identidad de un predio, por lo general, no depende de que así lo exprese teóricamente un título, sino de esa realidad procesal, geográfica y topográfica que resulte de poner en relación, en el terreno, lo que ese título exprese, con los elementos determinantes que sirven para conocer el objeto a que el título se refiere, cuando median las circunstancias susceptibles de inducir a error, a las cuales se ha hecho arriba referencia. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1998 y 1999, abril 7 de 1943).....Pág. 690, 1.^a

IMPEDIMENTOS

— 84 —

El mero hecho de haber suscrito una persona una recomendación en favor del que después de suscrita ésta fue sindicado de un delito, no es motivo de impedimento en el Magistrado que an-

tes la suscribió. Aunque es verdad que la Corte ha sentado doctrina en el sentido de que el impedimento que proviene de «tener interés en el proceso» se refiere no sólo al menguado interés patrimonial sino a otros intereses de más elevada categoría, por ejemplo, al vínculo de gratitud, tal situación contemplada por la Corte la ha querido referir «al interés intelectual que al juzgador puede afectar por cierto compromiso contraído consigo mismo, relativo a la tesis o punto de fondo que en el proceso se controvierta». Como se ve, tal género de interés, si es que con propiedad puede asignársele este nombre, no mira a la persona del sindicado sino a la cuestión jurídica que se va a decidir. Ahora: el vínculo de gratitud que llegue a ligar a un recomendado con su protector podría inhibir a aquél para juzgar con serenidad a éste, pero no al contrario. (Auto, Sala de Casación Penal, LV, números 1998 y 1999, marzo 24 de 1943).....Pág. 633, 2.ª

IMPUESTOS

— 85 —

De conformidad con el estatuto legal sobre impuestos, los Administradores deben proceder sobre la base de *informaciones plenamente comprobadas* cuando se trata de suplir la declaración de un contribuyente o rectificar las inexactitudes o falsedades de que la misma pueda adolecer, de tal manera que la ley ha descartado por completo el libre arbitrio del liquidador para subir o bajar el patrimonio o la renta de los contribuyentes. En el particular es terminante lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 81 de 1931, numeral 2.º

La deducción de una partida de dinero por arrendamientos de un local propio del contribuyente está autorizada por el artículo 45 del Decreto número 818 de 1936.

La deducción de la partida de dinero necesaria para gastos de viaje del contribuyente en asuntos referentes al giro de sus negocios está autorizada por el artículo 2.º de la Ley 78 de 1935 y por el 42 del Decreto número 818 de 1936. Los gastos que implican los *viajes comunes y ordinarios dentro del país*, realizados en el manejo de los negocios cuya renta es gravable de acuerdo con la ley, deben considerarse incluidos en el concepto legal de *expensas ordinarias* deducibles de la renta bruta del contribuyente, comoquiera que en esta materia sólo están excluidos los gastos de viaje extraordinarios al Exterior, cuando el negocio de que se trate no los exija necesariamente.

La norma del numeral 7.º del artículo 20 de la Ley 78 de 1935 ha sido desarrollada por los artículos 58, 59, 60, 61 y 64 del Decreto reglamen-

tario número 818 de 1936, de los cuales se concluye que las deducciones por depreciación tienen lugar dentro de estas circunstancias principales: a) Que se trate de depreciación que afecte la propiedad usada por el contribuyente en el respectivo negocio o comercio; b) Que la renta producida por dicha propiedad sea legalmente gravable, y c) Que el contribuyente suministre la correspondiente información acerca del costo de adquisición de la propiedad, fecha de adquisición de la misma, tasa de depreciación, tiempo calculado para su amortización total, depreciaciones acordadas en años anteriores, etc. Los funcionarios liquidadores del impuesto sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades, ejecutan un acto ilegal cuando imponen la sanción pecuniaria prevista por el artículo 124 del Decreto número 818 de 1936, para el caso de que el contribuyente no presente en tiempo su declaración de renta y patrimonio. La sanción prevista por la ley en caso de retardo es la de que el funcionario respectivo haga la liquidación sobre los datos que puedan concretarse y comprobarse. (Artículo 12, numeral 1.º de la Ley 81 de 1931). (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, abril 13 de 1943).....Pág. 426, 1.ª, y ss.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA

— 86 —

No sólo es contrario a la ley, sino antieconómico y antisocial en materia impositiva fiscal, gravar más de una vez y por el mismo concepto la misma fuente de riqueza, sea ésta renta o patrimonio, porque si el fin del impuesto fuera el aniquilamiento de la capacidad tributaria del contribuyente, degeneraría en confiscación, lo que pugnaría con los altos fines del Estado y con las normas de la Constitución Nacional.

Las declaraciones del contribuyente se hacen bajo juramento, y, por tanto, obligan a su aceptación por parte de los agentes de recaudación como ciertas, a menos que éstos las invaliden aportando al expediente las pruebas suficientes para evidenciar que son contrarias a la verdad.

Por cuanto la calificación respectiva apareja consecuencias de carácter penal, y, por cuanto en materia penal la responsabilidad tiene que fundarse en la culpa, en el ánimo o intención dolosa, debe distinguirse entre el simple error y la inexactitud a que se refieren los artículos 124 a 126 del Decreto número 818 de 1936.

Un simple error en la declaración de renta no constituye la *falsedad*, que es siempre inexactitud dolosa en cuanto a sabiendas se emplea para defraudar ocultando maliciosamente en la respec-

tiva declaración, alguna partida o cantidad con el fin de que sobre ella no recaiga el correspondiente impuesto. La aplicación de lo dispuesto en los artículos 124 a 126 del Decreto número 818 de 1936, por lo mismo que aparejan sanciones, no puede hacerse con mengua de los principios fundamentales de la responsabilidad en materia penal, los cuales se informan en la intención dolosa del agente de la infracción de la ley.

El funcionario liquidador, al revisar la primitiva liquidación y al imponer la multa por inexactitud al excepcionante, lo hace calculándola sobre el total del impuesto respectivo. Si esta revisión fuera legal por ser aceptable el cargo de inexactitud contra el excepcionante, también adolecería de error tal multa. Que el artículo 125 del Decreto número 818 de 1936 exprese que «de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 78 de 1935, la sola inexactitud en la declaración hace incurrir en un recargo del ciento por ciento el impuesto», no quiere decir que ese recargo se liquide sobre todo el impuesto que resulte al sumar todos los renglones o partidas denunciadas por el contribuyente, sino, únicamente, el recargo que corresponda a la partida o partidas en que se haya incurrido en ocultación o inexactitud maliciosa, porque injusto sería hacer recaer la pena aun con relación a aquello en que no se faltó a la verdad ni hubo fraude alguno al Fisco.

En materia administrativa, como en materia judicial, la inestabilidad en las decisiones de los funcionarios encargados de proferirlas constituye un foco de intranquilidad social que conviene evitar por los perjuicios que tal situación anómala puede ocasionar tanto a los ciudadanos como al mismo Estado. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1998 y 1999, junio 4 de 1943).....Pág. 707, 2.ª

IMPUESTO SOBRE LA RENTA

— 87 —

La inexactitud a que se refiere el artículo 20 de la Ley 78 de 1935, en consonancia con el 125 del Decreto 818 de 1936, reglamentario de esa Ley, se verifica cuando los contribuyentes declaran ingresos menores que los que realmente hayan percibido en el año gravable. De tal manera que basta la comprobación fehaciente de que la renta o el capital denunciados vale menos que la renta o el capital que realmente tiene el contribuyente, para que, por ministerio de la ley, se haga aplicable el correspondiente recargo. Esta sanción no debe aplicarse en relación con la totalidad de los impuestos liquidados al contribuyente, sino única y exclusivamente en relación

con la partida o partidas no denunciadas oportunamente por aquél. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1998 y 1999, julio 31 de 1943).....Pág. 785, 1.ª

INCAPACIDAD

— 88 —

La perturbación funcional que no se prolonga más allá de la incapacidad, se confunde con ésta; y si es de muy corta duración y desaparece a los pocos días sin dejar deformidad física reparable, hay que concluir que es pasajera, momentánea y no de prolongación indeterminada, caso en que sí abría que aplicar la sanción del artículo 373 del Código Penal. (Casación, LV, números 1996 y 1997, mayo 31 de 1943).....Pág. 365, 2.ª

INCIDENTE DE NULIDAD. JURISDICCIÓN CONTENCIOSA Y JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. JUICIOS DE DESLINDE. CUÁNDO SON DE JURISDICCIÓN CONTENCIOSA

— 89 —

De acuerdo con un conocido tratadista de Derecho, jurisdicción contenciosa es la que se ejerce por el Juez sobre las pretensiones opuestas de dos o más partes, y que las termina por medio de una sentencia en favor de la una y en perjuicio de la otra. Es la que se ejerce *inter invitos* o *in invitos*, esto es, entre los que no estando de acuerdo tienen que acudir al juicio a pesar suyo o contra su voluntad, a instancia o solicitud de alguno de ellos; y por eso se llama contenciosa, tomando su nombre de la contención o disputa que siguen ante el Juez sobre derechos o delitos las partes contrarias. La jurisdicción voluntaria se ejerce, por el contrario, no *in invitos*, sino sólo *inter volentes* o *in volentes*, esto es, a solicitud o por consentimiento de las dos partes que están de acuerdo, o en virtud de la demanda de una sola parte mientras no deba o no pueda comunicarse por el Juez a la otra que tenga interés en contradecirla.

Por jurisdicción voluntaria entiende la Corte la que ejerce el Juez con conocimiento de causa, en los procesos en que por su naturaleza basta la intervención judicial para que el derecho se haga preciso, íntegro y absoluto. En los juicios de jurisdicción voluntaria no se declara la existencia del derecho en una de las partes y su extinción en la otra, sino que se decide lo que corresponde a la una y lo que cabe a la otra. En estos procesos, los derechos sobre que se decide permanecen inviolables,

urídicamente saneados, y si surgen controversias ha de ser en cuanto a puntos de hecho. Así, en los juicios de deslinde, el Juez no entra al estudio de los títulos de propiedad para tacharlos o para declararlos buenos, sino que los examina para verificar el hecho de la colindancia y trazar la línea. Es en virtud de poder o facultad como las partes buscan en estos juicios una declaración de Juez, sin comprometer por ello el derecho llevado al juicio. La palabra «voluntaria», en el sentido de que no haya contradicción en los juicios, no es del todo exacta, porque aun en el tipo más caracterizado de juicios de jurisdicción voluntaria, que es el de sucesión por causa de muerte, ocurren o pueden sobrevenir infinidad de incidentes u oposiciones, que sin embargo, en la jurisprudencia colombiana no le quitan al susodicho juicio la propiedad de pertenecer a la jurisdicción voluntaria y de tramitarse por ella. Con el juicio de sucesión por causa de muerte, han pertenecido siempre a la jurisdicción voluntaria el de división de bienes comunes, el de adopción, el de habilitación de edad, el de legitimación, el de deslinde o apeo, etc.

Como se tiene dicho, en los juicios de jurisdicción voluntaria también se presentan controversias, pero en cuanto a puntos de hecho, no de derecho, y la Corte, en el propósito de armonizar el concepto de controversia con las reglas de competencia y con las distinciones doctrinales de la ley, ha encontrado tres clases de oposiciones en el juicio de deslinde, iniciándose la última con el juicio ordinario de que habla el artículo 870 del Código Judicial, que, así como marca el fin del juicio especial, da comienzo al juicio de deslinde por la vía ordinaria, con jurisdicción contenciosa.

En el proceso por que pasa el juicio de deslinde, de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa, se marca como el acto más saliente de la litis el de la oposición propuesta en juicio ordinario. El mismo cambio de calidad del juicio (de especial a ordinario) establece o señala la nueva vida del proceso, con la jurisdicción contenciosa a que da origen. En el Código de 1890 (artículos 1310 a 1314) y en el actual, la situación sobre oposiciones en cuanto a la clase de juicios a que haya lugar, es semejante.

En el momento en que se produzca legalmente la controversia y se haga contencioso el juicio, deja de regir la jurisdicción voluntaria y entra en juego la contenciosa, y entonces también cesa el conocimiento del negocio por los Jueces de Circuito y pasa al de los Tribunales. (Auto, Sala de Negocios Generales, LV, números 1993 a 1995, septiembre 26 de 1942). Pág. 113, 1.ª y 2.ª, y ss.

INCONGRUENCIA

— 90 —

Ha dicho la Corte, hasta el cansancio, que el cargo de incongruencia no puede existir en tratándose de fallos absolutorios en que se han analizado todas las cuestiones sobre que versa la litis. (Casación, LV, números 1996 y 1997, abril 29 de 1943)..... Pág. 284, 1.ª y 2.ª

INDICIOS

— 91 —

Ha sostenido la Corte en varias sentencias que los Tribunales tienen libertad para apreciar el valor legal de la prueba indiciaria, apreciación que ella no puede variar sino en muy limitados casos, como cuando se oponga abiertamente a la lógica, o a la evidencia misma de los hechos, porque equivaldría a enfrentar un criterio personal a otro, y por ello ha considerado que no es posible edificar sobre la estimación probatoria de unos indicios, los cargos de error de hecho o de derecho contra determinado fallo. (Casación, LV, números 1996 y 1997, abril 15 de 1943)..... Pág. 278, 1.ª

INDICIOS

— 92 —

Ha dicho la Corte, reiteradamente, que a ella no le es dado variar la apreciación de la prueba indiciaria hecha por los Tribunales, sino en muy determinados casos en que la interpretación que éstos le dan sea manifiestamente contraria a la evidencia acreditada en el expediente. (Casación, LV, números 1996 y 1997, mayo 26 de 1943). Pág. 313, 1.ª

INDUSTRIA CAFETERA

— 93 —

El 31 de julio de 1939 terminó la vigencia del impuesto con que se gravó la industria cafetera por mandato de la Ley 21 de 1935, quedando en consecuencia sin efecto la exención que respecto del gravamen sobre el patrimonio estableció, en favor de dicha industria, el inciso 1.º del artículo 24 de la Ley 78 de 1935, ya que muy claramente dispuso esta Ley que la exención «sólo se concederá mientras que los respectivos contribuyentes hayan pagado en el año gravable el impuesto

de venta de giros sobre el Exterior y oro físico». (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1998 y 1999, julio 31 de 1943). Pág. 784, 2.ª

INFRACCIONES

— 94 —

Hay infracciones punibles en las cuales puede no concurrir propósito malicioso y que no exigen prueba específica de un dolo determinado. El artículo 1.º del viejo Código decía que «es delito la voluntaria y maliciosa violación de la ley por la cual se incurre en alguna pena»; y el artículo 2.º establecía una presunción concebida en estos términos: «En toda violación de la ley se supone voluntad y malicia, mientras no se pruebe o resulte lo contrario».

No adoptó el nuevo Código esas fórmulas en que la palabra «malicia» significaba «dolo», sino que dijo en su artículo 12: «Las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29, son intencionales o culposas». La intención puede ser relativa a la producción de los efectos del hecho voluntario o a la conciencia que el autor tenga del carácter punible o por lo menos antijurídico o antisocial de su acción.

Si un funcionario público emite una providencia abiertamente contraria al texto claro de la ley, ejecuta con ello un acto antijurídico y no puede presumirse que lo haya hecho sin tener conciencia de ello, pues la ignorancia de las leyes no sirve de excusa. Si respecto de alguien es inadmisibles la disculpa de que ignoraba la ley, es respecto de los más altos funcionarios administrativos que están encargados cabalmente de aplicarla, máxime tratándose de actuaciones tan trilladas como los cambios de radicación de procesos. (Auto, Sala de Casación Penal, LV, números 1993 a 1995, octubre 23 de 1942). Pág. 77, 1.ª

INTERDICTOS POSESORIOS

— 95 —

En los juicios posesorios y en todos aquellos que tienen por objeto la conservación de la posesión o la recuperación de ésta cuando se ha perdido, no caben discusiones referentes al dominio; así, pues, en el caso de autos es cuestión ajena a la decisión de la Corte quién sea el verdadero dueño del «Colegio de Jesús, María y José». Ni vale alegar que la Comunidad Dominicana que tiene la posesión de los inmuebles materia de este juicio, es usurpadora o detentadora conforme al artículo 791 del Código Civil, porque esas cues-

tiones no pueden ser examinadas y resueltas por la Corte sin entrar previamente en el examen respectivo para establecer a quién corresponde el dominio de la basílica o templo de Chiquinquirá, conforme al Decreto de 9 de julio de 1836 y a la Ley de 15 de julio de 1853, punto éste extraño al presente juicio posesorio, pues conforme al artículo 979 del Código Civil, en los juicios posesorios no se tomará en cuenta el dominio que por una o por otra parte se alegue; y aunque los títulos o instrumentos que se aduzcan en estos juicios pueden acreditar el derecho de dominio que alguien alegue sobre el inmueble a que se refiere la demanda, no servirán tales títulos o instrumentos para probar la posesión material en esta clase de juicios, como que la posesión de un inmueble puede corresponder aun al que se dé por dueño de él sin serlo, o sea, sin tener título precedente; porque la posesión real de una cosa corporal requiere la *tenencia* de esta cosa; porque el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona, en el correspondiente juicio de dominio, no pruebe que lo es, y porque la posesión del suelo debe probarse por *hechos positivos* de aquellos a que sólo da derecho el dominio. La posesión que da o confiere el instrumento o título, no es otra que la legal o inscrita, abstracta o meramente simbólica. Y ésta no es la posesión a que se refiere el artículo 762 del Código Civil, porque esta última clase de posesión que consiste en un *hecho*, requiere la *tenencia* de la cosa, esto es, la ocupación material, la aprehensión o apoderamiento real de esa cosa, cuando ella es corporal. Puede así ser dueña una persona de una cosa, y no tener la posesión de ésta; y, al contrario, puede ser poseedora de la cosa una persona, y otra ser la dueña de la cosa. Para resolver, en definitiva, quién es el verdadero dueño de ella, se ha establecido la acción de reivindicación del artículo 946 del Código Civil, que corrobora lo que se acaba de dejar expresado en cuanto dice que «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 restituirla. Es, pues, esta acción la única que deja decidido quién es el verdadero dueño de la cosa y a quién corresponde definitivamente la posesión de ella. Mientras tanto, el que pretenda mejor derecho no puede privar, por sí y ante sí, de la posesión de esa cosa a quien la tenga en su poder por cualquier título. Los principios tutelares sobre los cuales descansan la organización social, el ordenamiento jurídico de un país de vida genuinamente constitucional y democrática, repudian el que alguna persona, así sea ésta la misma Nación, se valga de la violencia, de la acción personal o directa, para tomar,

sin previo mandamiento judicial, la cosa que otro ocupe, aunque éste no sea el verdadero dueño de ella. La posesión así adquirida constituye un despojo y no puede ser protegida ni reconocida como válida por la justicia, porque esa será una posesión violenta según el artículo 772 del Código Civil:

En los juicios por despojo la personalidad sustantiva del actor que se queja de haberle sido arrebatada la cosa que poseía, se configura o identifica con los mismos hechos causales de la acción: se tiene ésta en cuanto se es titular, no, esencialmente, del dominio de la cosa, sino de la simple tenencia material de ésta, y en cuanto por actos injustos o ilegales de otros, se ve privado de ella, sin mandamiento judicial, el que la poseía materialmente (1). (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, junio 2 de 1943). Págs. 460, 1.ª y 2.ª y ss.

INTERDICTOS POSESORIOS

— 96 —

Conforme al artículo 979 del Código Civil, los juicios posesorios no son para definir el derecho de propiedad; en ellos únicamente se investiga el *hecho* de la posesión por parte del querellante con el fin de darle la protección debida, en el caso de que resulte poseedor. Habrá ocasiones, como en la presente, en que no pueda prescindirse del aspecto de propiedad, pero entonces ella se debe tener en cuenta para ilustrar el fenómeno de la posesión. En estas condiciones si el título en virtud del cual se posee, y que se exhibe además como título de propiedad, tiene apariencias de seriedad y de que no es precario, el hecho de ocupar el bien y retenerlo como propio, configura la posesión que se necesita establecer en los juicios posesorios. Se repite que en los juicios posesorios lo importante es el *hecho* de la posesión que alegue el demandante. El título de propiedad, cuando sea necesario, puede tenerse en cuenta no para *decidir* la cuestión de propiedad, sino para poder conocer la naturaleza jurídica de la posesión controvertida. *Non ut de proprietate pronuntietur, sed ut de possessione bene iudicetur*. Basta, de consiguiente, que una persona manifieste signos aparentes de que es propietario, mediante la ocupación material de la

(1) En esa sentencia salvó su voto el Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán, por estimar que la Corte carece de jurisdicción para conocer de juicios posesorios como el que fue materia del fallo.

cosa y la ejecución de actos de señorío sobre ella para que el Juez le dé amparo, contra cualquiera que intente ocupar también la cosa a viva fuerza. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, junio 2 de 1943). Págs. 480, 2.ª, y 481, 1.ª

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

— 97 —

La regla de hermenéutica contractual contenida en el inciso final del artículo 1622 del Código Civil, que aconseja sabiamente tener en cuenta la aplicación práctica que del contrato hayan hecho las partes o una de ellas con aprobación de la otra, en busca de la verdadera intención de los contratantes, que es la norma suprema del derecho contractual, lo mismo que las demás contenidas en el Título 13 del Libro 4.º del Código Civil, es simplemente una regla de lógica jurídica, uno de los medios que la ley aconseja usar a los Jueces como criterio inquisitivo de la auténtica voluntad en la apreciación de los pactos. No confieren esas disposiciones legales ningún derecho preciso, en forma que su violación pudiera llegar a ser la base de un cargo en casación fundado en el primero de los motivos que señala el artículo 520 del Código Judicial, como en varias decisiones lo tiene repetido la Sala. La interpretación de un contrato es, por lo demás, una cuestión de hecho, una estimación circunstancial de factores diversos probatoriamente establecidos en el juicio, de tal modo que no es posible desestimar la hecha por el Tribunal sino a través de la alegación de un evidente error de hecho que ponga de manifiesto incuestionablemente una arbitraria interpretación judicial de la voluntad de los contratantes. (Casación, LV, números 1996 y 1997, mayo 18 de 1943). Págs. 298, 2.ª, y 299, 1.ª

INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA

— 98 —

Al juzgador no le es dable, en la interpretación de la demanda, tratar de adivinar la intención del actor completando lo que éste no ha formulado con la seguridad, claridad y precisión debidas en los hechos fundamentales de la acción, ni puede tampoco tratar de acomodar a alegaciones posteriores lo que en el libelo haya expuesto aquél en forma oscura, contradictoria, deficiente o dubitativa. (Sentencia, Sala Civil de Única Instancia, LV, números 1993 a 1995, diciembre 2 de 1942). Págs. 179, 1.ª

INTERVENCIÓN DE LOS ACUSADORES PARTICULARES EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS, CONFORME A LA ANTERIOR LEGISLACIÓN

— 99 —

Como las causas o procesos por motivos de responsabilidad contra los empleados públicos siempre eran investigables de oficio, mediante la única condición de la prueba sumaria exigida por el artículo 359 de la Ley 105 de 1890, el acusador particular del Juez a que alude el sumario estaba sometido, y lo está, a las restricciones de los artículos 20 y 21 de la Ley 104 de 1922, una de las cuales consistía en la prohibición de interponer recursos, a no ser en el caso de la letra *b*) del artículo 20, caso que aquí no sucedió. (Auto, Sala de Casación Penal, LV, números 1993 a 1995, marzo 5 de 1943).Pág. 101, 2.ª

INVENTARIO

— 100 —

El inventario de los bienes herenciales y su avalúo son la base obligatoria a que el partidor, no conviniendo unánime y legítimamente otra cosa a los herederos, ha de ceñirse al verificar la distribución de los bienes. (Casación, LV, números 1993 a 1995, febrero 12 de 1943). Pág. 27, 1.ª

J

JUICIOS DE DESLINDE

— 101 —

Ratifica la Corte su doctrina de que los juicios de deslinde o apeo son, por su naturaleza, de jurisdicción voluntaria, la cual se convierte en contenciosa cuando hay contradicción. En un juicio de esa especie, en que tiene interés la Nación, una vez que éntre en juego la jurisdicción contenciosa, cesa el conocimiento del negocio por los Jueces de Circuito, y pasa al de los Tribunales. (Auto, Sala de Negocios Generales, LV, números 1993 a 1995, diciembre 3 de 1942).

Págs. 120, 1.ª y 2.ª, y ss.

JUICIO EJECUTIVO

— 102 —

El cumplimiento de las obligaciones que emanan de un contrato bilateral, no puede exigirse ejecutivamente en casos como el detallado ampliamente en el auto de la Sala, sin que antes se hayan reconocido tales obligaciones por el mismo deudor o por los Jueces competentes. En tales

circunstancias, el reconocimiento de un Recaudador de Rentas a cargo del presunto deudor del Fisco, considerado en su materialidad, puede referirse a una suma expresa, clara y líquida, pero no exigible, calidad ésta que es tan necesaria como las tres primeras, para que sea viable legalmente la ejecución por esta vía excepcional. (Auto, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, marzo 25 de 1943).

Págs. 404, 2.ª, y 405, 1.ª

JURADOS

— 103 —

Por el hecho de salvar su voto uno de los Jurados no debe concluirse que el Jurado queda desintegrado. Aquel hecho indica solamente que el individuo que salvó su voto no estuvo de acuerdo con la opinión de la mayoría. (Casación, LV, números 1996 y 1997, abril 14 de 1943).

Pág. 362, 2.ª

JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y JURISDICCIÓN ORDINARIA

— 104 —

La jurisdicción contencioso-administrativa se originó como consecuencia lógica y necesaria del principio elemental en que se basa todo Estado constitucional, como el nuestro, de la separación de los tres Organos del Poder Público. Desde que se reconoce la independencia entre la Rama Administrativa o Poder Ejecutivo, y la Rama Judicial, se impone la creación de Jueces especiales, con poder de decisión suficiente, que conozcan de la legalidad de los actos del Ejecutivo de carácter propiamente administrativo, con el fin de que esos actos se sustraigan del conocimiento de los Jueces comunes. La jurisdicción contencioso-administrativa se distingue de la jurisdicción ordinaria o del Poder Judicial, en que es especial.

Los Tribunales Administrativos son una verdadera rama del Poder Ejecutivo; son la rama *consultiva* o *pasiva* de la Administración, en contraposición de la rama activa o gubernamental de la misma Administración. Por tal causa se ha dicho que la potestad decisoria de los Tribunales Contencioso-Administrativos representa la aptitud legal que tiene la Administración o Poder Ejecutivo para revisar sus propios actos y calificar su legalidad. El Poder Ejecutivo vuelve así sobre sus actuaciones y por medio de funcionarios especiales pertenecientes a la misma rama, investidos por la ley de autoridad decisoria jurisdiccional, las modifica, anula o confirma. No por

eso puede decirse que los Tribunales Contencioso-Administrativos sean también funcionarios del Órgano Judicial del Poder Público, y que para los efectos de resolver un conflicto de derecho entre un particular y la Administración da lo mismo que lo desate un Juez común o un Juez administrativo, cualquiera que sea la materia de controversia, porque de todos modos la decisión es judicial. Con el criterio de que todo asunto en que haya intervenido un funcionario del Estado debe ser fallado por los Jueces administrativos, no habría surgido la necesidad de crear en Francia el Tribunal de Conflictos, para dirimir las competencias suscitadas entre el Poder Judicial y el Poder Contencioso-Administrativo, y en Colombia sobrarían los artículos 38, segundo miembro del ordinal primero del Código Judicial, y 147 de la Ley 167 de 1941, que establecen la regla de que en los conflictos jurisdiccionales por razón de competencia de atribuciones entre el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, la decisión de ésta prevalece.

El problema jurisdiccional no debe plantearse mirando esencialmente a lo que diga o deje de decir la justicia administrativa. En el caso planteado de si la justicia ordinaria tiene jurisdicción para conocer privativamente de las acciones posesorias promovidas por la Junta de Patronos del Colegio de Jesús, María y José, de Chiquinquirá, contra el Estado, ya dijo la Corte que sí la tiene y que no hay para qué hablar de fallos administrativos que hayan definido la propiedad y la posesión. De manera que si en sentir de alguna persona, la sentencia del Consejo de Estado que ordena el pago de lo expropiado contradice la de la Corte que manda restituir el inmueble al poseedor, la sentencia judicial prefiere en su cumplimiento a la de índole administrativa, la que se vuelve inoperante, por razón de la primera, que hace nula cualquiera decisión que le sea contraria, según terminantes normas sustantivas. La sentencia administrativa debe cumplirse en tanto no estorbe el resultado de la actividad legal y constitucional del Órgano Judicial, que actuó en su propio y privativo campo. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV; números 1996 y 1997, julio 15 de 1943).....Págs. 493, 2.ª; y ss.

L

LEGADO

— 105 —

En el caso del numeral 2.º del artículo 1170 del Código Civil, y en un caso como aquel a que alude el pleito, es decir, que siendo dueño el tes-

tador de la cosa legada, la haya enajenado antes de su muerte, la no validez de ese legado no depende en sí de la cláusula testamentaria respectiva sino de la revocación tácita hecha por el testador. Un legado puede llegar a no ser efectivo o por revocación o por caducidad, y son esos los dos fenómenos que interfieren al respecto, independientes de la voluntad del legatario. Por revocación en los casos del artículo 1193 del Código Civil, y en otros más, que pueden sintetizarse así: Cuando el legado consiste en la condonación de la deuda y el testador acepta el pago o la demanda luégo; cuando el testador enajena las cosas legadas, así las readquiera más tarde; cuando destruye la cosa legada o la altera sustancialmente, y algunos expositores agregan que cuando destruye el testador su testamento cerrado. La caducidad ocurre por la muerte del legatario antes que el testador o por la indignidad de aquél. (Casación, LV, números 1996 y 1997, mayo 25 de 1943).....Pág. 308, 1.ª

LEGITIMIDAD EN CAUSA

— 106 —

Toda decisión judicial relativa a la legitimidad en causa y a la consiguiente capacidad jurídica para ser parte en determinado litigio es cuestión fundamental que hace parte del lazo de instancia y que atañe a uno de los presupuestos procesales cuya definición constituye una decisión definitiva del negocio *sub judice*. Pero esa trascendental cuestión no puede en estos casos ser materia de una antelada declaración de nulidad, porque como afecta de manera definitiva la viabilidad de la acción y el reconocimiento judicial del derecho invocado, no puede ser susceptible de previo y especial pronunciamiento, por tratarse de un aspecto de la controversia que exige decisión de fondo en el fallo definitivo que ponga fin a la respectiva instancia. (Casación, LV; número 1998 y 1999, mayo 31 de 1943).....Pág. 529, 2.ª

LESIONES PATRIMONIALES

— 107 —

No todas las lesiones patrimoniales las atiende la ley para prevenirlas o remediarlas; por el contrario, defiriendo en lo general a la autonomía de la voluntad y respetándola como norma suprema, al punto de declarar ley para los contratantes el contrato legalmente celebrado, sólo por excepción acude, en la mira de impedir el enriquecimiento torticero, a restablecer el equilibrio que ciertas lesiones han alterado. Así, el Código Civil,

en su artículo 1601, autoriza la reducción de la cláusula penal cuando es excesiva en los términos allí mismo señalados; hace otro tanto en su artículo 2231 con los intereses en el mutuo, en forma excesiva a los de la anticresis, al tenor de su artículo 2466; en el 1405 hace rescindible la partición a instancia del perjudicado en la cuantía fijada allí mismo, y en el artículo 1946 concede igual recurso contra la compraventa afectada de lesión enorme, la que determina el artículo 1947, aplicables ambos a la permuta al tenor del artículo 1958. Estos remedios versan sobre la lesión y se encaminan a corregirla, dejando en pie la estipulación penal o la de intereses, considerada en sí, y tratándose de compraventa o permuta, el hecho de hallarse la lesión y de hacerse las declaraciones consecuenciales no determina desde luego la invalidación del contrato, pues el artículo 1948 permite conservarlo en pie mediante la deducción o la restitución de la diferencia de precio en que la lesión ha consistido, con un descuento que naturalmente no cabe cuando de partición se trata; pero en ésta, el artículo 1407 permite atajar la acción rescisoria ofreciendo y asegurando el suplemento en numerario. Las lesiones patrimoniales que no tienen su origen en una convención, han de tenerlo en una fuente corregida o castigada por la ley cuando a ellas se atiende civilmente. Una culpa, por sí sola, no basta a determinar indemnización, puesto que ésta mira al perjuicio en forma tal que en no habiéndolo, es decir, en faltando la causa, no puede producirse ese efecto. De tan clara reflexión lógica se deduce, como la Sala lo tiene ya dicho en numerosos fallos, que en una demanda de indemnización de perjuicios es preciso que el actor demuestre haberlos sufrido, como es preciso también atar con vínculo de causalidad el daño del actor y la culpa del reo. (Casación, LV, números 1996 y 1997, mayo 27 de 1943).....Pág. 319, 1.^a

LEY PENAL—SU ACLARACIÓN y EXPLICACIÓN

— 108 —

Una cosa es aclarar, por los medios de interpretación, las palabras de la ley que se consideran oscuras o dudosas, o tratar del mismo modo de colmar un vacío que realmente existe en la ley, y otra muy distinta es explicar la ley, dentro de sus propios términos, a fin de establecer si existe o no relación entre la norma y el hecho que se presume contrario a ella. La ley penal es ciertamente de aplicación restrictiva, pero esto no quiere decir que sus normas no puedan y deban ser explicadas para justificar las conclusiones del juez. Tampoco podría admitirse, sin incurrir en una confusión de ideas, que la incidencia desfa-

vorable al caso controvertido, que pueda resultar de aquella explicación, cohiba al Juez para hacerla. (Auto, Sala de Casación Penal, LV, números 1993 a 1995, octubre 23 de 1942).

Pág. 75, 2.

LIBERTAD CONDICIONAL

— 109 —

El reparo hecho por el señor Procurador, sobre imposición de la pena impuesta por el sentenciador de instancia, es teóricamente cierto, pero no alcanza a ser motivo de casación, porque a la luz de los artículos 22 de la Constitución Nacional, 44 de la Ley 153 de 1887, 3.º del Código Penal y 5.º del Código de Procedimiento Penal, debe tenerse en cuenta, por ser más favorable o permisivo, el artículo 85 del Código Penal nuevo. Y, por tanto, aun cuando la sentencia no lo haya dicho expresamente, los reos gozarán del derecho de obtener la libertad condicional que otorga si se llenan los requisitos allí mismo enumerados, aun cuando hayan sido condenados con aplicación del Código Penal de 1890, a la pena fija de veinte años de presidio. (Casación, LV, números 1993 a 1995, febrero 17 de 1943).....Pág. 92, 2.^a

LINDEROS

— 110 —

Constitutivo o traslativo de dominio el título de un bien raíz, debe contener la individualización de él para que el derecho de propiedad se concrete en el objeto a que el título se refiere. La posesión y el dominio requieren cosas claramente determinadas; y si se trata de la transferencia del dominio de inmuebles, ésta no se efectuará sin el lleno de las formalidades de rigor. Esto se deduce rectamente, entre otros, de los artículos 669, 749, 756 y 2594 del Código Civil. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, abril 14 de 1943).....Pág. 442, 2.^a

LUCRO CESANTE

— 111 —

Ante la imposibilidad de fijar las bases para que el monto del lucro cesante se determine mediante el procedimiento establecido por el artículo 553 del Código Judicial, la Corte ha decidido que ese lucro cesante está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente. (Casación, LV, números 1998 y 1999, julio 19 de 1943).....Pág. 598, 1.^a

M

MANDATO

— 112 —

Aunque el mandato sea revocable, conforme a los artículos 2189 y 2191 del Código Civil, eso no quiere decir ni significa que tal revocación deje sin validez, ni mucho menos sin efectividad, las obligaciones del mandante respecto del mandatario, derivadas de ese contrato, máxime cuando el mandatario ha desempeñado su encargo. (Casación, LV, números 1998 y 1999, junio 15 de 1943).....Pág. 544, 1.ª

MATRIMONIO CELEBRADO POR COLOMBIANOS EN EL EXTERIOR

— 113 —

Nuestra legislación admite dos pruebas principales del matrimonio civil contraído por colombianos en el Exterior: 1.ª La copia del acta matrimonial tomada del protocolo extranjero y debidamente autenticada, conforme al artículo 1.º de la Ley 39 de 1933, y 2.ª La copia del registro colombiano de dicha acta, sentado de conformidad a lo prescrito en el artículo 365 del Código Civil. La copia de una copia contenida en una certificación notarial no puede darse como prueba del matrimonio. Y es que tratándose de un contrato solemne como el de matrimonio, su prueba o demostración viene revestida también de solemnidades especiales, ya se trate de matrimonio eclesiástico o civil. Las normas que regulan su celebración y su demostración deben tener carácter taxativo y ser interpretadas con rigidez, como todas las que se relacionan con el estado civil de las personas, por ser preceptos de orden público. (Casación, LV, números 1998 y 1999, mayo 28 de 1943).....Pág. 523, 2.ª

MINAS

— 114 —

El artículo 285 del Código de Minas sólo concede el derecho de accionar a los socios de una sociedad minera. (Casación, LV, números 1998 y 1999, mayo 31 de 1943).....Pág. 529, 1.ª

MINAS

— 115 —

Son cuestiones ajenas a la competencia del Organismo Ejecutivo las atinentes a la nulidad y caducidad de un título minero y a la posesión y el dominio de minas. Por tanto, las resoluciones

ejecutivas que sobre estas cuestiones versen, son inconstitucionales, y, por ende, inaplicables por la justicia ordinaria, a quien privativamente corresponde el conocimiento y decisión de tales cuestiones. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, LV, números 1993 a 1995, diciembre 2 de 1942).....Pág. 203, 1.ª

MUTUO

— 116 —

Al decir el Código Civil en su artículo 1496 que el contrato unilateral impone obligaciones a una de las partes en favor de la otra, que «no contrae obligación alguna», no significa que no haya prestación a cargo de ésta, que ponga el fiel de la balanza en su sitio de equidad ante las contraprestaciones a que aquélla queda sujeta. Lo que sucede es que un mutuo que, por real, no se perfecciona sino al entregarse lo mutuado, viene a nacer como contrato por virtud de tal entrega, y como con ésta queda cumplido lo que es de cargo del mutuante, ya no hay obligaciones pendientes para él, y es en ese momento y por esa entrega cuando nacen las del mutuario, que así quedan de únicas pendientes. Este análisis, por decirlo así, mecánico, del modo de suceder las cosas, a la vez que explica por qué puede decir el Código que en el contrato unilateral una de las partes no contrae obligación alguna, señala también el alcance de este concepto, demostrando que no puede ser el de que una parte asuma obligación sin causa, y, también, sin causa se enriqueciera la otra parte. Además, si el mutuante recibe en prenda algo, y si se le reputa en la obligación de conservarlo y se dice que cuando ello es un crédito tal obligación implica la de no dejarlo prescribir y aun la de hacerlo efectivo, tales afirmaciones no pueden formularse sino partiendo del supuesto de que él es acreedor, y salta a la vista que esta calidad no puede tenerla sino en virtud del mutuo, del que ella no puede apartarse. Y si a esto se agrega que la prenda es un accesorio del mutuo, bien se comprende cuán inaceptable es desvincular estos dos contratos en forma que, por ser unilateral cada uno de ellos, se prescinda de sus relaciones recíprocas y consiguientemente se desconozca que en su conjunto se hallan las circunstancias que para los bilaterales determina con transparente equidad el citado artículo 1609. Y, por lo mismo, lo procedente es indagar, ante todo, cómo se halla cada una de las partes respecto de las obligaciones de su cargo para saber si pueden acogerse los reclamos que tenga contra la otra por incumplimiento de las suyas. (Casación, LV, números 1996 y 1997, mayo 27 de 1943).....Pág. 317, 1.ª y 2.ª

N

NAVIERO

— 117 —

El inciso 4.º del artículo 56 del Código Marítimo regla las relaciones entre el naviero o armador y la tripulación, pero no entre el naviero y terceras personas. (Casación, LV, números 1996 y 1997, abril 29 de 1943).....Pág. 289, 1.ª y 2.ª

NULIDAD

— 118 —

El «punto» a que se refiere el numeral 2.º del artículo 449 del Código Judicial es el de que trata el numeral 1.º, a saber: «Si la jurisdicción es prorrogable y las partes han intervenido en el juicio sin hacer reclamación oportuna». Las disposiciones sobre jurisdicción y competencia de los Jueces y Tribunales por razón de la naturaleza del asunto y de la calidad de las partes, son de orden público como ya lo ha reconocido esta Sala en anteriores casos, fundada en las disposiciones de carácter especial de los artículos 150 y 151 del Código de Procedimiento Civil (*Gaceta Judicial* número 1980, página 743), y su falta de observancia da lugar a nulidad insubsanable por la ratificación de las partes, por lo cual, cuando este caso ocurre, se hace innecesario llevar al conocimiento de aquéllas la existencia de tal causal de nulidad, debiéndose entonces decretar ésta de plano. Aunque el numeral 3.º del mismo artículo 449 del Código Judicial dice que no puede alegarse nulidad por incompetencia de jurisdicción «si la jurisdicción es improrrogable y se ratifica expresamente lo actuado», considera la Sala que este caso no puede comprender el de prórroga de jurisdicción cuando la competencia se refiere a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes, porque en tal caso, para que deje de ser improrrogable, se necesita disposición expresa. (Artículo 151 del Código Judicial). (Auto, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, marzo 17 de 1943).....Pág. 385, 1.ª y 2.ª

NULIDADES

— 119 —

La causal de casación a que se refiere el numeral 6.º del artículo 520 del Código Judicial no comprende toda clase de nulidades de que adolezca o pueda adolecer un proceso, sino únicamente la consagrada en los tres numerales del artículo 448 ibídem, y siempre que no haya sido

saneada. Por eso, como lo ha sostenido la Corte en múltiples fallos, las demás nulidades no son alegables en casación ni viables en el recurso, y es en las instancias donde pueden proponerse y alegarse. Cuando no sucede esto, la Corte no puede considerarlas. La nulidad de que trata el numeral 3.º del artículo 448 citado, se refiere a las personas en quienes radica la personería en un proceso, de manera que hace indispensable la comparecencia de ellas en el juicio, a efecto de que siendo oídas, puedan deducirse, en cuanto haya lugar en derecho, las pretensiones contenidas en una demanda, lo cual es obvio, porque no puede tramitarse un proceso ni menos dictarse un fallo sin que la parte que puede ser perjudicada por él haya comparecido al juicio. Por eso existe el principio general de que una sentencia no perjudica sino a quienes han sido partes en el juicio. Estas no son sino el demandante y el demandado (artículo 227 del Código Judicial), que al asumir el papel que les corresponde en el juicio, actor y opositor, quedan vinculadas procesalmente y sometidas al fallo en derecho que dicte el Juez competente. La nulidad establecida por el numeral 3.º del artículo 448 del Código Judicial no se refiere sino a quienes son parte en el juicio, en el sentido que acaba de expresarse, de modo que el numeral 6.º del artículo 520 ibídem, o sea la causal 6.ª de casación, no es viable ni tiene operancia sino cuando se refiere a la falta de citación o emplazamiento de las personas en quienes por radicar la personería han debido ser llamadas al juicio. (Casación, LV, números 1993 a 1995, marzo 12 de 1943).....Pág 59, 1.ª

NULIDAD DE REMATE

— 120 —

Varias veces ha dicho la Sala de Casación que el acto del remate en pública subasta puede ser enjuiciado en cuanto a su validez como un acto civil, como un contrato de venta en que el Juez representa al vendedor, y como una simple actuación judicial o diligencia procesal, y que la cuestión ha de examinarse y decidirse a la luz de disposiciones legales diferentes según sea una u otra la condición en que se considere: si como contrato, se rige por los principios y reglas sustantivos que gobiernan la teoría general de los actos y declaraciones de la voluntad; y si se considera como diligencia o actuación judicial, el problema de su nulidad cae bajo las disposiciones de la ley procedimental que determina las causas de su invalidación por falta de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes,

La nulidad que se pida con fundamento en la falta de formalidades especiales, unas antecedentes al remate, concomitantes y subsiguientes otras, determinadas taxativamente en la ley de procedimiento, sólo puede alegarse, una vez aprobado el remate, en juicio distinto del ejecutivo, con audiencia del rematante. (Artículos 451 y 457, inciso 2.º, del Código Judicial).

La circunstancia de ser menor de edad el pregonero de un remate en nada puede afectar la validez de aquél. (Casación, LV, números 1996 y 1997, abril 13 de 1943).....Pág. 274, 1.ª

NULIDAD DEL PROCESO POR NO HABERSE NOTIFICADO LEGALMENTE EL AUTO DE PROCEDER

— 121 —

Entre las preguntas que deben hacerse al sindicado en la primera declaración indagatoria están las de su edad y sus antecedentes personales y de familia. Al contestar que es menor de edad, el funcionario instructor debe cumplir lo prescrito en el artículo 104 del Código de Procedimiento Penal nombrándole un curador *ad litem*, o citar a su representante legal para que concurra a todas las diligencias judiciales que se entiendan con el menor, fuera del apoderado que tiene derecho de nombrar. Fuera de esto debe dictar las providencias para comprobar la edad del indagado sobre los datos por él suministrados, pidiendo la partida de bautismo al cura de la parroquia. Si la afirmación del indagado de ser menor de edad no se desvirtúa con una prueba plena relativa a la edad, como son las partidas de nacimiento, o la prueba supletoria a falta de ellas, no se ve el objeto con que se ordene hacerla, si no es con el fin de nombrar al curador, como lo dice el artículo citado, para que concurra a todas las diligencias judiciales que se entiendan con el menor; o lo que es lo mismo, para que tenga personería, ya que quien no está emancipado no puede comparecer en juicio civil. Y en materia penal es clara y terminante la disposición legal: debe proveérsele de curador para que concurra a todas las diligencias; y si no se le nombra tal curador, no está completa la personería del demandado.

Si bien es verdad que la ley enumera las nulidades de manera taxativa, y si entre ellas no está incluida el no haberse nombrado curador al menor, si está el no haberse notificado legalmente el auto de proceder (1). (Casación, LV, números 1993 a 1995, marzo 5 de 1943). Pág. 103, 1.ª y 2.ª

(1) En este asunto salvó su voto el Magistrado doctor Campo Elías Aguirre.

NULIDAD DEL PROCESO PENAL POR HABERSE HALLADO EL REO INDEFENSO EN LA AUDIENCIA PÚBLICA

— 122 —

Está resuelto de manera indudable en la ley que es motivo de nulidad en los juicios por jurado el no haberse notificado a las partes el auto que señala día para celebrar la audiencia. Y ha decidido la Corte, en varios fallos, que es motivo de nulidad en el juicio el haberse hallado indefenso el reo en la audiencia pública, ya por no haber comparecido el defensor sin causa justificativa, bien, con mayor razón, porque el defensor presente en la audiencia, lejos de asistir al reo, haya renunciado ambas veces al uso de la palabra o manifestado expresamente que nada tiene que decir en favor del procesado y pedido que se le condene sin atenuación o modificación de ninguna clase. Razón fundamental de la Corte para sentar esa doctrina ha sido que si la ley establece como causa de nulidad la mera falta de notificación del auto que señala día y hora para audiencia, pues tal omisión atenta contra el derecho de defensa, *a fortiori* debe ser nulo el juicio si el procesado, lejos de estar asistido por un defensor, ha sido víctima de la displicencia de éste, y, aún más, cuando el abogado también acusa al reo y manifiesta de modo expreso que considera absolutamente indefensible el caso. En esas circunstancias hay una nulidad no simplemente ritual o de forma, sino la que con propiedad puede llamarse «nulidad sustancial», como dicen las leyes de casación, pues tal menoscabo del derecho de defensa no sólo va en menoscabo de las normas de procedimiento sino que atenta aun contra las garantías constitucionales. (Casación, LV, números 1998 y 1999, junio 22 de 1943)....Pág. 658, 1.ª

NULIDAD Y RESOLUCIÓN

— 123 —

Ya ha decidido esta Corte que la acción de nulidad ejercitada como principal, y la resolutoria, como subsidiaria, son extremos que pueden hacerse valer de acuerdo con el artículo 209, numeral 3.º, del Código Judicial, que permite 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. El mandamiento contenido en el artículo 209 del Código Judicial es, a pesar de su colocación, el código de leyes adjetivas, un precepto sustantivo, acusable en casación por su quebranta-

miento, porque desconocer acciones que aun cuando entre sí son incompatibles y contrarias, pero que han sido propuestas una como principal y otra como subsidiaria, o unas principales y otras subsidiarias, es cosa que va al fondo de la cuestión y que resuelve sobre derechos sustantivos invocados por las partes, o mejor dicho, falla el pleito desconociendo de plano, por una cuestión meramente procedimental, derechos de vital importancia para los litigantes. (Casación, LV, números 1993 a 1995, marzo 9 de 1943).Pág. 45, 2.ª

NULIDAD SUSTANCIAL DEL PROCEDIMIENTO PENAL

— 124 —

Según principios generales que en Colombia están aceptados y promulgados por los artículos 22 de la Constitución, 43 a 45 de la Ley 153 de 1887, 1.º y 3.º del Código Penal y 5.º del Código de Procedimiento, constituye nulidad sustancial en el procedimiento penal el hecho de llamar a juicio a un sindicado y seguirle causa con aplicación de leyes posteriores al delito y a la iniciación del proceso. Los mandatos de la Constitución no pueden ser normas muertas o ineficaces de los derechos fundamentales de la persona humana—dijo la Corte en ocasión anterior— y agregó: «Por algo ha establecido el legislador que en los procesos penales será motivo de casación la ocurrencia de una nulidad “sustancial” en el procedimiento. Y si hay un vicio de nulidad que pueda llamarse “sustancial”, esto es, que afecte la sustancia misma del procedimiento, es el haberse tramitado éste de acuerdo con una ley que, por mandato constitucional, no podía aplicarse por no ser preexistente al delito. (Casación, LV, números 1998 y 1999, febrero 19 de 1943).

Pág. 629, 2.ª

○

OBLIGACIONES MODALES—DIFERENCIAS ENTRE EL MODO Y LA CONDICIÓN SUSPENSIVA

— 125 —

Las obligaciones modales son más propias de las transmisiones a título gratuito que de los contratos bilaterales, pues en éstos, dada la correspondencia de prestaciones entre las partes que los caracteriza, la aplicación de la cosa a un fin especial se convierte en figura jurídica distinta de la prevista en el artículo 1147, reglamentada exclusivamente por los preceptos propios relativos a las condiciones suspensivas o resolutorias

de las convenciones sinalagmáticas. Ese fin especial llamado *modo* no suspende la adquisición del derecho; lo que quiere decir que éste se adquiere inmediatamente, pero sometido a los hechos constitutivos del modo. De consiguiente, el modo y la condición suspensiva se diferencian en que en el primero el derecho se adquiere por el solo hecho del contrato, en tanto que en la condición la adquisición del derecho permanece en suspenso mientras no se cumpla la condición. El incumplimiento de la obligación modal no envuelve de suyo la extinción del derecho. A menos que así se estipule expresamente con una cláusula resolutoria. En las asignaciones modales se llama *cláusula resolutoria* la que impone el deber de restituir la cosa y los frutos, si no se cumple el modo (artículo 1148 *ibidem*). Producido el incumplimiento del modo, en el plazo señalado por el donante o el testador, la persona favorecida por el modo tiene acción contra el asignatario modal para que restituya la cosa asignada. Si el modo es en beneficio del asignatario exclusivamente, no impone obligación alguna, salvo que lleve cláusula resolutoria (artículo 1150). En el caso de autos, en que se estipuló claramente una cláusula resolutoria de la donación del terreno, si la Nación no construía ciertas obras destinadas a la educación pública dentro de cierto tiempo, es claro que debe cumplirse el artículo 1150 del Código Civil. Mas como la Nación ha construido en él algunas obras, aun cuando fuera del tiempo estipulado, no debe perderse de vista que tratándose, como se trata, de una obra destinada a un servicio público, se hace más notoria la imposibilidad de devolución del terreno, y entonces, conforme al procedimiento que la Corte ha adoptado en casos similares, en que la reivindicación ha versado sobre zonas de tierra ocupadas por una carretera o un ferrocarril, a cambio de la restitución del terreno ordena el pago de su valor. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1993 a 1995, septiembre 12 de 1942).

Pág. 161, 1.ª y 2.ª

P

PACTO DE RETROVENTA

— 126 —

No habiendo regulado la ley civil el procedimiento que había de seguirse cuando el vendedor quería hacer uso del pacto de retroventa, el Código Judicial vino a colmar ese vacío en los artículos 1097 y siguientes. Así, pues, para que el pacto de retroventa produzca efectos, principalmente contra terceros, y entre los contratantes,

se hace indispensable que se otorgue la correspondiente escritura, para darles estabilidad jurídica a los bienes afectados por ese pacto, o que se resuelva el contrato y se cancele el registro del título, en los casos allí previstos. El pacto de retroventa, que ha de ser expreso, se ha considerado como una condición resolutoria y potestativa respecto del vendedor.

En ninguna parte de la ley civil se ha prohibido al vendedor que estipula un pacto de retroventa, renunciar los derechos que emanan de ese pacto. No existiendo esa prohibición, no puede violarse el inciso 2.º del artículo 6.º Ni el orden ni las buenas costumbres se menoscaban con la renuncia de los derechos que emanan de un pacto de retroventa, que sólo mira al interés individual del renunciante, y que no está prohibida por la ley. La renuncia de los derechos que emanan de un pacto de retroventa no está comprendida en ninguno de los numerales del artículo 1521 del Código Civil. La renuncia no está prohibida por la ley, y por tanto, no tienen aplicación los artículos 1523 y 1526 del mismo Código. (Casación, LV, números 1996 y 1997, abril 9 de 1943).....Pág. 271, 1.ª y 2.ª

PARCIALIDADES DE INDÍGENAS

— 127 —

De acuerdo con lo ordenado en los artículos 7.º, 35 y 36 de la Ley 89 de 1890, y 1.º a 4.º de la Ley 104 de 1922, debía formarse un censo o empadronamiento de las parcialidades de indígenas, dentro del término improrrogable de seis meses, a partir de la vigencia de la Ley 104 citada, censo que debía ser aprobado por el Prefecto de la Provincia y por el Gobernador del respectivo Departamento en los términos y condiciones indicados allí, y, desde luego, los individuos que no figuren en tales censos no pueden ser considerados como miembros de la parcialidad correspondiente. (Casación, LV, números 1996 y 1997, marzo 8 de 1943).....Pág. 236, 2.ª

PARTICIÓN

— 128 —

Las reglas contenidas en los artículos 3.º, 4.º, 7.º y 8.º del artículo 1394 del Código Civil, como se desprende de su propio tenor literal, en que se usan expresiones como «si fuere posible», «se procurará», «posible igualdad», etc., no tienen el carácter de normas o disposiciones rigurosamente imperativas, sino que son más bien expresivas del criterio legal de equidad que debe inspirar y encauzar el trabajo del partidor, y cuya aplica-

ción y alcance se condiciona naturalmente por las circunstancias especiales que ofrezca cada caso particular, y no solamente relativas a los predios sino también las personales de los asignatarios. De esta manera, la acertada interpretación y aplicación de estas normas legales es cuestión que necesariamente se vincula a la apreciación circunstancial de cada ocurrencia a través de las pruebas que aduzcan los interesados, al resolver el incidente de objeciones propuesto contra la forma de distribución de los bienes, adoptada por el partidor. La flexibilidad que por naturaleza tienen estos preceptos legales y la amplitud consecuenencial que a su aplicación corresponde, no permiten edificar sobre pretendida violación directa un cargo en casación contra la sentencia aprobatoria de la partición.

La disposición del artículo 965 del Código Judicial es clara y terminante en el sentido de que, reformada una partición en los términos ordenados por el Juez, no vuelve ya en traslado a las partes ni es susceptible de nuevas objeciones, sino que debe ser aprobada judicialmente. Si el estudio de la partición rehecha no debiera restringirse a considerar si se ha cumplido lo ordenado en relación con objeciones prósperas, sino que tuviera que versar libremente sobre el cumplimiento de las reglas del artículo 1394 del Código Civil, la secuela de los juicios sucesorios se haría interminable y perdería su objeto el trámite contradictorio y probatorio del incidente de objeciones, establecido para que los interesados puedan hacer uso del derecho de reclamar contra el modo de composición de los lotes consagrado en el numeral 9.º del citado artículo 1394 del Código Civil. (Casación, LV, números 1993 a 1995, febrero 12 de 1943).....Págs. 26, 1.ª; 27, 2.ª

PENSIONES

— 129 —

En materia de pensiones ha expresado la Corte en varias ocasiones su concepto de que es preciso distinguir dos categorías de aquéllas: las que proceden de un acto gratuito, de una liberalidad, y las que son compensatorias y emanan de un estatuto general e impersonal. Las primeras son de inclusión facultativa en el presupuesto, ya que son gracias en el estricto sentido de la palabra; las segundas sí pueden generar vínculos de derecho, y su cumplimiento obliga a las entidades que las decretan.

Sobre el punto a que se refiere el Tribunal sentenciador debe decirse que la Corte no ha declarado, en forma general, que las pensiones no sean derechos adquiridos. Al dictar sentencia en los

casos que cita el Tribunal, no ha generalizado su doctrina a toda clase de pensiones, sino a aquellas que no han sido otorgadas mediante el lleno de las formalidades legales que se requieren para que ellas no sean actos de pura liberalidad. Se refería a la facultad dada por la Ley 71 de 1916, en su artículo 16, a las Asambleas Departamentales para decretar pensiones de jubilación a los maestros y maestras oficiales que hubieren servido por el tiempo que las mismas Asambleas podrán determinar y que no será menor de quince años. Pero esta facultad —expresó la Corte— sólo la podrán ejercer en ordenanzas de carácter general e impersonal, contentivas de los reglamentos necesarios para que los favorecidos justifiquen el derecho a la pensión. De consiguiente, cuando las Asambleas decretan pensiones de jubilación fuera de los términos que por la anterior ley les están permitidos, otorgan únicamente, no un derecho de carácter obligatorio, sino una concesión a título gratuito, que en cualquier momento se puede retirar por la entidad que la haya otorgado». (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, marzo 25 de 1943).....Pág. 407, 1.ª y 2.ª

PERITOS

— 130 —

Los peritos, para mayor acierto en su juicio, pueden asesorarse de otras personas que los ilustren sobre la materia en que han de conceptuar.

El dictamen de los peritos, cuando él es explicado, uniforme y debidamente fundamentado, hace plena prueba, sin que se requiera para el valor de esa probanza la determinación de la cabida del fundo avaluado. (Casación, LV, números 1996 y 1997, mayo 7 de 1943).....Págs. 295, 2.ª; y 296, 1.ª

PERITOS

— 131 —

El inciso 3.º del artículo 60 de la Ley 63 de 1936 se refiere especialmente a honorarios de peritos que hayan verificado avalúos en juicios mortuorios, o en otros, y no tiene, por lo mismo, carácter general, ni es jurídico aplicarlo a otra clase de peritazgos. (Casación, LV, números 1993 a 1995, marzo 11 de 1943).....Pág. 50, 1.ª y 2.ª

PERJUICIOS

— 132 —

Las entidades de derecho público obran por medio de sus agentes, y las faltas y errores de éstos comprometen la responsabilidad de la entidad

en cuyo nombre obran, a menos que se trate de casos de culpa personal del empleado. No puede hacerse una desvinculación entre la entidad y el empleado o su representante, para atribuir directamente la culpa a éste, porque el empleado obra, y así se presume siempre, en nombre y representación de la entidad, y actúa con el poder que ésta le delega, como sucede siempre en la construcción de una obra y en todo lo que atañe a los servicios públicos. La anterior doctrina de la Corte es la misma sostenida por expositores como los hermanos Mazeaud, Hauriou y Bonnard, y la misma que ha sido expuesta en diversos fallos. Cuando se trata de una responsabilidad directa, como en el caso a que se refiere el pleito, en que el Municipio demandado debe responder, no es aplicable el inciso 2.º del artículo 2358 del Código Civil, que señala tres años para la prescripción de la acción, sino que rige al respecto la norma general que es la consagrada por el artículo 2536 ibídem, o sea, que el lapso para la prescripción es el de veinte años. (Casación, LV, números 1996 y 1997, abril 7 de 1943).....Pág. 259, 1.ª y 2.ª

PERJUICIOS

— 133 —

No es posible estructurar una acción sobre indemnización de perjuicios contractuales sin demostrar plenamente que se ha celebrado el contrato y que uno de los contratantes ha dejado de cumplir las obligaciones que le corresponden y que deben servir de base a la indemnización demandada. (Casación, LV, números 1996 y 1997, abril 29 de 1943).....Pág. 284, 1.ª

PERJUICIOS

— 134 —

Quien maneja a sabiendas un vehículo en mal estado de servicio, no sólo expone su vida imprudentemente al peligro, sino la de terceros, con las consecuencias legales que por tal imprudencia se siguieren o derivaren. Pero si la obligación de la víctima era la de advertir el mal funcionamiento de su vehículo y la de dar cuenta de ello a sus superiores para que el daño fuera reparado, obligación también era de éstos la de conocer, directamente o por conducto de los mecánicos del taller de reparaciones de la Dirección de Circulación y Tránsito, como en el caso de autos, tanto para seguridad del Agente motociclista como para la del público en general, que las motocicletas destinadas a la fiscalización y organización del tránsito estaban en condiciones de normal

funcionamiento. El silencio de parte de los conductores sobre este particular puede atenuar o dividir la culpa y la consiguiente responsabilidad entre la entidad encargada de ese servicio público y los agentes encargados de ponerlo en acción, pero de ninguna manera exonerarla en absoluto de esa responsabilidad para hacerla recaer sobre aquellos que obraron en servicio y a nombre de la primera. No se trata aquí, en concepto de la Corte, de los casos en que, de acuerdo con los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, cesa la responsabilidad de las personas allí mencionadas por un comportamiento impropio de sus subordinados que ellos no pudieron prever ni impedir. De lo que aquí se trata es de una concurrencia de culpa de la víctima con la del autor del daño, conforme al artículo 2357 del Código Civil. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, marzo 26 de 1943).....Pág. 411, 1.^a

PERJUICIOS

— 135 —

No puede darse una interpretación irrestricta al artículo 2356 del Código Civil, en el sentido de que basta que se produzca un accidente, que se traduzca en daño, para que la víctima, alegando la existencia de éste y demostrando la relación de causalidad, eche la carga de la prueba al demandado. ¡No! La norma que acaba de citarse no tiene aplicación sino cuando a quien se designa como demandado estaba ejercitando una actividad peligrosa, por sí o por medio de una cosa que le pertenece. (Casación, LV, números 1996 y 1997, abril 29 de 1943).....Pág. 287, 1.^a

PERJUICIOS

— 136 —

Las entidades públicas o privadas que tienen a su cargo los servicios de transporte de personas, adquieren con éstas la obligación de conducir las a su destino en las mismas condiciones que las reciben, y si ello no ocurre, entonces se hacen responsables de los perjuicios que causen, conforme se desprende de los mandatos contenidos en los artículos 2072 del Código Civil, 322 del Código de Comercio y 26 de la Ley 76 de 1920. De esta responsabilidad solamente se libra la empresa o entidad transportadora cuando demuestra que tomó la diligencia y cuidado suficientes y que el accidente sufrido tuvo su origen en la fuerza mayor o caso fortuito, o que se debió a culpa

de la víctima, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1604 y 1557 del Código Civil.

La Corte está de acuerdo con el Tribunal sentenciador en que hay que atender, en casos como el que contempló el juicio, a la circunstancia de ser el daño sucesivo, debiendo por lo mismo ser periódica la indemnización. La obligación sucesiva debe satisfacerse periódicamente y no en un solo acto. Si esto último se realiza, anticipándose las prestaciones sucesivas, haciéndose de ellas una sola, es lo natural que se deduzcan las utilidades, a las cuales no se extiende la condena, que ese capital anticipado va a producir si se le supone depositado en un banco y listo para que de él se desprendan, en sus distintas oportunidades, las sumas correspondientes a cada una de las sucesivas obligaciones. La indemnización debe limitarse al pago de la renta periódica, y si para hacerlo se anticipa un capital que se entrega al beneficiario, es claro que lo que exceda a esa indemnización periódica sobrepasa los cálculos y los dictados de la justicia, la que si no acepta que un perjuicio quede sin satisfacción económica adecuada, tampoco quiere ir más allá, enriqueciendo indebidamente el patrimonio del lesionado. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, abril 2 de 1943).

Págs. 416, 2.^a; 419, 2.^a

PERJUICIOS CAUSADOS POR ACTOS U OMISIONES DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

— 137 —

No es competente la justicia ordinaria para el conocimiento de acciones que tienen por objeto la reparación de perjuicios provenientes de lesiones patrimoniales privadas procedentes de actos estrictamente administrativos, sobre cuya legalidad o ilegalidad no puede decidir el Organismo Judicial por estar atribuido ese poder jurisdiccional a los Tribunales Administrativos. La reclamación por ilegalidad debe llevarse, en consecuencia, ante ellos. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, abril 3 de 1943).
Pág. 422, 1.^a

PERJUICIOS CAUSADOS POR PROVIDENCIAS DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

— 138 —

Es doctrina constante de la Corte la de que las demandas sobre reparación de daños y perjuicios causados por órdenes o providencias de autoridades administrativas correspondía, y correspon-

de hoy fallarlas, a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.º y 2.º de la Ley 38 de 1918 y 261 y 262 del nuevo Código Contencioso Administrativo, que entró en vigencia el 1.º de abril de 1942. (Auto, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, marzo 17 de 1943).....Pág. 385, 1.ª

PERJUICIOS EVENTUALES Y CONTINGENTES

— 139 —

Los expositores Henri y Léon Mazeaud admiten la posibilidad de que se pruebe y llegue a ser cierto un perjuicio que aparece como eventual y contingente. Y precisamente consideran el caso de que si una persona no hubiese muerto, otra habría recibido asistencia económica de la primera. Son frecuentes las construcciones jurisprudenciales colombianas en que entra como fundamento la probabilidad, la 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 construir. Al admitirse así la *vida probable*, para ciertos cálculos, se acepta también un factor de incertidumbre en la entidad del daño. Del mismo modo, en los cálculos 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 disminuye 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 causa en el obligado a reparar un perjuicio civil. Y así 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 ancianidad, para deducir de ella determinadas consecuencias. Cuando se examinan algunos casos concretos, de relaciones de asistencia entre padres e 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 inmanente que palpita en la entraña de la situación contemplada. Uno de esos 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. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1998 y 1999, julio 22 de 1943).....Pág. 768, 1.ª

PERSONERÍA

— 140 —

Quando se analiza la personería de las partes en juicio cabe mirar dos aspectos de la cuestión que no deben confundirse: el interés jurídico en el pleito y el interés procesal. El primero lo tienen los relativamente incapaces, como los menores, aunque carecen del poder de estar en juicio por sí mismos: pueden adquirir y hasta enajenar, pero asistidos del Juez o de su representante legal; no gozan de capacidad procesal, pero sí tienen capacidad jurídica para comparecer en juicio. Hay, pues, que distinguir la personalidad formal de la esencial; aquélla se califica desde el comienzo del juicio, pues es obvio que la economía procesal aconseja no adelantar una litis con personas incapaces de sobrellevar las consecuencias legales de la controversia; la determinación de la otra capacidad, la otra personalidad, esencial o sustantiva, vinculada estrechamente con el derecho que se demanda, no puede hacerse sino en el fallo definitivo. Esta distinción sirve para entender el contenido del artículo 466 del Código Judicial en cuanto califica de autos interlocutorios las resoluciones judiciales que determinan la personalidad de alguna de las partes o de sus representantes. Si tal determinación concierne a la personalidad del primer género, será oportuno resolver por medio de un auto interlocutorio, y en incidente

producido con el planteamiento de una excepción dilatoria, la cuestión suscitada acerca de la personalidad o capacidad procesal de una de las partes. Mas si se trata de resolver sobre el interés jurídico en el pleito, derivado de la personalidad de una de las partes, y vinculado al éxito en el fondo de las pretensiones de la demanda, entonces aunque haya de decidirse sobre la personalidad de la parte, la determinación sobre ello no se podrá tomar en providencia de carácter interlocutorio, como incidente de previa decisión, sino al final del juicio, cuando se profiera la sentencia. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1998 y 1999, agosto 16 de 1943).

Pág. 780, 1.ª

PERSONERÍA SUSTANTIVA

— 141 —

La decisión de lo relacionado con la personalidad sustantiva de un demandante, o sea lo relacionado con el derecho que tenga para impetrar ante la justicia determinadas resoluciones, es cuestión que no puede anticiparse, porque ningún juicio puede principiar por lo que es materia de la sentencia definitiva; y lo es el decidir que el actor carece de la acción que promueve, sea cual fuere el motivo que se invoque para que la acción sea rechazada. La carencia de acción o ilegitimidad de la personería sustantiva no es una excepción dilatoria, sino perentoria, porque no sólo se opone a lo sustancial de la acción (artículo 328, Código Judicial), sino que tiende a negarla, a desconocerla, a rechazarla, no por no ser hábil para comparecer en juicio por sí mismo quien la promueve en propio nombre, o por no exhibirse la prueba de la representación ajena que se ostenta, o por no constar la identidad del demandante, sino por no ser titular del derecho invocado quien aparece como actor. El caso en que puede ocurrir la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería lo expresa claramente el artículo 332 del Código Judicial. No siendo, pues, dilatoria la excepción que se encamine a que se rechace o niegue una acción por carecer el demandante de derecho para promoverla, porque ni cabe en los casos contemplados en el precitado artículo 332, ni su naturaleza da base para incluirla en tal clasificación, es perentoria, y por tanto, no puede ser materia de previa decisión, porque a ello se opone el artículo 342 *ibídem*.

Derogado el artículo 1993 del Código Judicial y no reemplazado por otro semejante, la personería del Procurador para promover un juicio de la naturaleza del que se trata, no se configura ni se integra sino en conformidad con las disposiciones generales vigentes (Constitución, artículo 38; Có-

digo de Procedimiento Civil, artículos 171 y 175; Ley 83 de 1936, artículo 3.º), según las cuales los Agentes del Ministerio Público no pueden promover o sostener juicios sin orden e instrucciones del Gobierno, porque estos juicios no los promueven ni sostienen en propio nombre, sino a nombre de otro, a nombre de la respectiva entidad de derecho público a quien deben representar conforme a esa orden y a esas instrucciones. Y esto mismo no puede decirse de quien promueve *en propio nombre* una demanda para que la Corte declare que determinado individuo ha perdido la nacionalidad colombiana. Este demandante no obra en ajeno nombre, y por ello nada tiene que comprobar para acreditar su propia personería, fuera de comprobar su propia identidad, caso de serle objetada por medio de la respectiva excepción dilatoria de que trata el ya citado artículo 332 del Código Judicial. La cuestión de si desaparecido el artículo 1993 del antiguo Código de Procedimiento Penal ha desaparecido el elemento titular que podía habilitar de personería a un ciudadano para promover la controversia de que se habla, es un punto sustantivo o de fondo que no debe ser materia de previo y especial pronunciamiento, porque así lo dice el artículo 342 del Código Judicial, pero la aceptación literal e integral del argumento del señor Procurador parece que podría llevar a la siguiente conclusión: que por cuanto el artículo 1993 del antiguo Código facultaba tanto al Procurador como a cualquier ciudadano para promover esta clase de acción, tampoco podría promoverla hoy el Procurador de la Nación, porque tal artículo ya ha sido derogado en su totalidad. Y la verdad es, en sentir de la Corte, que ello puede no ser así; que aun cuando la disposición expresa ha sido derogada, el principio puede aún existir, y que si existe no se contradice el hecho de no admitir la intervención del Ministerio Público sin la previa autorización del Gobierno, porque él ha de obrar a nombre de la Nación en un caso que ya no está expresamente previsto, con el hecho de admitir, sin otro requisito, a quien promueve la acción obrando en nombre propio. Este no necesita autorización alguna para presentarse como actor. Aquél sí necesita esa autorización para hablar a nombre de la Nación. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1998 y 1999, julio 28 de 1943).

Pág. 776, 1.ª, y ss.

PETRÓLEOS

— 142 —

Son varias las decisiones de la Sala en el sentido de dejar establecido que es esencial que las tierras a que se refieren los correspondientes avi-

sos y oposiciones a las propuestas sobre exploración y explotación de petróleo, se determinen y concreten claramente por sus linderos, cabida y demás particularidades que puedan hacerlas conocer fácilmente, y que cuando esto no es posible con sólo los títulos y documentos presentados, entonces se hace necesaria la respectiva identificación por medio de una localización de ellas en el sitio en que se afirma están situadas, pues, como ya lo dijo la Corte, cuando existen tales motivos de duda o discrepancia provenientes de los títulos, es esta localización del predio, en el terreno, la que acredita su existencia, real, su realidad procesal, topográfica y geográfica, la cual puede ser distinta de la existencia, meramente abstracta o teórica, de que da cuenta el correspondiente título que se invoca como prueba de la existencia real de ese predio y como generador del derecho de dominio que en él se pretende.

De la Cédula de San Ildefonso, de 2 de agosto de 1780, se ve bien claramente que las tierras baldías o realengas que el Rey concedía a los pobladores de estas comarcas o regiones quedaban sujetas a la obligación de ser desmontadas, cultivadas, medidas y determinadas por linderos. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1998 y 1999, julio 14 de 1943).....Pág. 749, 2.ª

PETRÓLEOS

— 143 —

En asuntos referentes a las propuestas sobre exploración y explotación de petróleos, la facultad revisora de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema no puede estar limitada, al ejercerse sobre todas las cuestiones que la coloquen en situación de decidir con acierto si es o nó fundada la oposición, pues para esto, precisamente, viene el expediente a la Corte por mandato de la Ley 160 de 1936. En el Ministerio queda agotada la tramitación administrativa. Ante la Corte comienza y termina la judicial. (Sentencias, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, abril 14 de 1943).....Pág. 437, 2.ª

PETRÓLEOS

— 144 —

La competencia para conocer de las acciones de dominio y propiedad ejercitadas por la vía ordinaria, respecto del subsuelo de globos de terreno en que puedan encontrarse yacimientos de petróleo, cuando en esas acciones es parte deman-

dada o demandante la Nación, se regula por los artículos 152, ordinales 2.º y 12, y 155 del Código Judicial.

El juicio ordinario que se promueva sobre la propiedad del subsuelo petrolífero de los terrenos a que se contrajo el juicio sumario no puede ser detenido por la excepción de *cosa juzgada*, proveniente de la sentencia dictada en ese juicio. Podrá ser detenido únicamente al transcurrir los dos años que la Ley de Petróleos concede para promover las acciones de derecho común que crean tener la Nación o el particular vencido en el juicio sumario, debido a la caducidad o extinción de dichas acciones, pero éste no es, en manera alguna, un fenómeno de cosa juzgada, sino de prescripción. La acción se declara extinguida por el transcurso del tiempo. No por la sola virtualidad de un fallo anterior que reuniendo las cualidades legales hubiera hecho tránsito por sí mismo a cosa juzgada en vía ordinaria.

El artículo 209 del Código Judicial, en armonía con el 398, ordinal 4.º, autorizan a un demandante para dirigirse en la misma demanda contra los distintos dueños singulares del globo de tierra general compuesto de varias fincas. La palabra *acumulación*, envuelve en derecho procesal dos conceptos distintos, pero estrechamente relacionados entre sí: o significa la agregación de dos o más procesos con el fin de sustanciarlos y decidirlos bajo una misma cuerda; o significa el ejercicio en una misma demanda de varias acciones por parte del demandante. El primer concepto lo desarrolla el artículo 398 y el segundo el artículo 209, citados. La *acumulación* de procesos reglamentada en el artículo 398 tiene por objeto facilitar también la *acumulación* de acciones. De manera que una y otra disposición miran a propender por la *acumulación* de acciones, a fin de evitar que se divida la continencia de la causa en los pleitos. El concepto de *continencia* en los juicios implica la unidad que necesariamente debe haber en ellos desde su iniciación hasta su decisión por la sentencia. Esta unidad exige que las causas no se dividan, con el fin de que la cosa juzgada tenga mayor alcance tanto respecto de las personas como de las cosas. Y hay división de la unidad de las causas cuando una misma acción o varias acciones conexas se someten al conocimiento y fallo de Tribunales diferentes. Deducidas en juicios distintos la misma acción o varias acciones afines que integran un problema global, corren el peligro de terminar con fallos inarmónicos y contradictorios, porque su examen tiene que ser deficiente por no abarcar en conjunto los datos dispersos en los diferentes procesos. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1998 y 1999, junio 21 de 1943).....Pág. 729, 2.ª y ss.

PETRÓLEOS

— 145 —

Para que prospere una oposición de la clase que contempla la Ley 160 de 1936, tiene que tratarse, conforme a esta Ley, de terrenos «que salieron legalmente del patrimonio nacional» antes del 28 de octubre de 1873, no de terrenos que *estuvieran por salir* de ese patrimonio. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, abril 14 de 1943).....Pág. 443, 2.ª

POSESIÓN

— 146 —

La calificación de posesión de buena o de mala fe es extraña a los juicios posesorios por despojo, en los cuales no se necesita darle calificación jurídica, de buena o de mala fe, al acto constitutivo del despojo. Se juzga el hecho objetivamente considerado, y encontrándose que se usurpó la posesión de un tercero, ello es suficiente a fundar el amparo posesorio. Para los efectos de la restitución y de los perjuicios consiguientes, nada influye la intención dolosa con que el usurpador haya procedido; con dolo o sin dolo, la obligación de restituir no se amengua, como tampoco aumentan o disminuyen los perjuicios indemnizables, pues la cuantía de ellos debe corresponder a los que efectivamente se hayan causado. El grado de responsabilidad penal en un despojo lo califican los Jueces penales; al Juez civil incumbe exclusivamente la responsabilidad civil derivada del acto que ha desconocido una posesión. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, julio 15 de 1943).....Pág. 497, 1.ª

POSESIÓN

— 147 —

De acuerdo con el artículo 1.º de la Ley 200 de 1936, se presume que son de propiedad particular los fundos rurales poseídos por particulares mediante la explotación económica del suelo y las porciones incultas de tales fundos necesarias para dicha explotación. Y por excepción valen también como prueba de la propiedad, según el artículo 3.º, los simples títulos inscritos otorgados entre particulares, siempre que en ellos consten tradiciones del dominio por un lapso de tiempo no menor del que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, y que estén otorgados con anterioridad al estatuto de tierras. El legislador, pues, le dio así plena validez frente al

Estado, a falta del título originario, dado por éste, a la mera posesión inscrita, y reconoció por ese medio que los particulares amparados con esa posesión, en un lapso de tiempo suficiente para operar la prescripción del dominio, corrido antes del estatuto, habían ganado la propiedad de las respectivas tierras a que hacían alusión los títulos, aunque se tratase de fundos sin cultivo ni explotación económica. La posesión inscrita es la que consta en los registros de la propiedad inmueble. Por medio de ella el titular conserva la posesión del dominio. Hace figurar el bien en un patrimonio particular, y por ello sirve aun para consumir la prescripción. Y para que la posesión inscrita opere todos sus efectos no es necesario que haya pluralidad de títulos, o por mejor decir, que la respectiva propiedad se haya movido por repetidas veces en los registros. No. Conforme al sistema del Código Civil, que es el que el artículo 3.º deja vigente, para el caso especial allí contemplado, el fenómeno de la posesión inscrita es igual y se conserva sea que el primitivo adquirente mantenga por largos años, mientras viva, vigente la inscripción a su favor, o que medien sucesivas transmisiones del título en cualquier período. De todos modos, los adquirentes se representan entre sí, y apenas forman la cadena que une el eslabón del primer adquirente con el eslabón actual, cadena que a su vez representa la continuidad en la posesión inscrita, que es el elemento esencial en la conservación de ésta. Por tal causa y por la naturaleza de la posesión inscrita, para reputar a una persona poseedora inscrita y por ende propietaria actual de un inmueble, lo mismo da que el título de adquisición se haya mantenido a su favor desde época remota, o que haya recibido la propiedad a través de múltiples y sucesivos tradentes. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1998 y 1999, abril 29 de 1943).

Págs. 702, 2.ª, y 703, 1.ª

POSESIÓN

— 148 —

Aun suponiendo constitucional la Ley 77 de 1938, que ordenó despojar de su posesión al Colegio de Jesús, María y José, con todo no sirve para cohonestar el lanzamiento por vías de hecho de ese Colegio, toda vez que la Constitución salvaguarda los derechos del poseedor. Ante la invocación de estos derechos la administración tiene que detenerse, porque el poseedor es reputado dueño mientras otra persona, incluyendo al Estado, no justifique serlo por las vías adecuadas. La Ley Fundamental de la República, a la que todas las autoridades están obligadas con superior im-

perio, garantiza que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. Lanzar al poseedor usando de vías de hecho sin previo juicio controvertido con el que pretende mejor derecho a la posesión, aun cuando el pretendiente sea el Estado, representa un despojo que vulnera en definitiva el canon constitucional citado. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, junio 2 de 1943)..... Págs. 481, 2.^a y ss.

POSESIÓN Y DOMINIO

— 149 —

Así como es imposible que un cuerpo ocupe más de un lugar en el espacio físico, del mismo modo es legalmente imposible que en el espacio jurídico coexistan o concurren simultánea y definitivamente en dos o más personas distintas con respecto a una misma finca, las figuras de la posesión y el dominio, salvo el caso de comunidad entre ellas. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, LV, números 1993 a 1995, diciembre 2 de 1942)..... Pág. 186, 1.^a

PRESCRIPCIÓN DE BALDÍOS

— 150 —

Las leyes que en la vida de la República permitieron invocar la prescripción sobre las tierras baldías, incluyendo el Código Fiscal de 1873, exigían siempre la justificación de haber poseído «con posesión continua, real y efectiva del terreno *cultivado*» (artículo 879 de aquel estatuto); de manera que los simples títulos de enajenación de tierras corridos entre particulares no podían suministrar por sí mismos la prueba de la prescripción, si no se los vinculaba a la explotación del suelo legalmente acreditada en determinado lapso, que en el mismo Código fue de veinticinco años contados hacia atrás. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1998 y 1999, abril 7 de 1943)..... Pág. 690, 2.^a

PRESUNCIÓN

— 151 —

Conforme al artículo 66 del Código Civil, la presunción exige un antecedente conocido, un razonamiento y un hecho resultante de este último. Demogue expresa que la presunción es una con-

secuencia 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. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1998 y 1999, julio 22 de 1943)..... Pág. 769, 2.^a

PRESUNCIONES

— 152 —

Las presunciones establecidas por el artículo 66 de la Ley 66 de 1936 no tienen vigor y aplicación sino única y exclusivamente para los efectos del impuesto sobre la masa global hereditaria, asignaciones y donaciones, pero en manera alguna respecto de la naturaleza intrínseca de los actos jurídicos, ni para todos los demás efectos civiles, que determinan las leyes. Desde el punto de vista de la existencia jurídica, no hay en nuestro derecho presunciones de simulación. Por el contrario, no siendo legalmente necesaria la expresión de la causa de las obligaciones (artículo 1524, Código Civil), lo que la ley presume es la existencia y la licitud de la causa, de modo que es aquel que alega que el contrato no tiene causa o que la tiene distinta o la tiene ilícita, el que debe dar la prueba plena de su afirmación. (Casación, LV, números 1998 y 1999, junio 12 de 1943). Pág. 542, 2.^a

PROPIEDAD COMO «FUNCIÓN SOCIAL»

— 153 —

La Sala estima, por el estudio que ha hecho de los antecedentes de la reforma constitucional de 1936, que comprende principalmente el examen del fin perseguido por los reformadores, en lo que mira a la propiedad privada y a su contenido jurídico y filosófico, que tal reforma no significa el desconocimiento o la negación de la propiedad particular, para tomar el Estado la que estuviese abandonada o inexplorada, sino que la reforma partiendo de la base, como lo declara el propio artículo 26 de la Carta, 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», declaró también que «la propiedad es una función social que implica obligaciones», sin expresar cuáles sean éstas, dejando así al legislador la facultad de determinarlas, desde luego para lo futuro, y también con el deber de garantizar esa propiedad privada adquirida con justo título. No es la propiedad una función so-

cial del Estado, porque tal cosa sería la negación de la propiedad privada, y eso no estuvo en la mente de los constituyentes; ellos quisieron que la propiedad implicase para su dueño la obligación de hacer uso de ella en tal forma que no sólo no se perjudique a la comunidad sino que le sea útil. Si la existencia de tierras inexploradas perjudica a la sociedad, porque entraba su progreso, la ley, como lo hizo la 200 de 1936, irá consagrando normas que conduzcan a la explotación de la tierra o a su paso a otras manos que la hagan fructificar. Tal propósito parece perseguir la prescripción extintiva del dominio, consagrada en el artículo 6.º de la Ley 200 de 1936. Al decir el artículo 26 del Estatuto que se garantiza la propiedad privada, es porque la reconoce como institución jurídica, porque la consagra constitucionalmente; y al agregar más adelante que es una función social que implica obligaciones, hay que entender, relacionando esos términos, no únicamente dentro del texto de la disposición, sino principalmente por su fin conocido, que la garantía de la propiedad privada se otorga y alcanza con el bien entendido de que ella tiene una función social que implica obligaciones, debiendo el dueño hacer uso de ella en forma de no perjudicar a la comunidad. El Estatuto de 1936 no desconoció, por la definición que consagra de la propiedad, el dominio privado garantizado por el mismo Estatuto que con anterioridad a su vigencia se hubiese adquirido con justo título y con arreglo a las leyes civiles. Las extensiones territoriales que se encuentren en tal situación están protegidas por el artículo 26 de la Constitución, pero pueden ser limitadas en el goce y beneficio de sus dueños por las obligaciones que implica la función social de la propiedad para ellos. Entiende la Corte que automáticamente no se produjo el regreso al patrimonio nacional de las tierras incultas que estaban legítimamente en poder de particulares cuando se expidió la reforma constitucional de 1936. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, marzo 24 de 1943).....Pág. 399, 1.ª y 2.ª y ss.

PRUEBAS

— 154 —

En materia de prescindencia de pruebas en asuntos civiles, las normas que rigen en la legislación colombiana están supeditadas a la voluntad de las partes, siempre que ésta no sea contraria al orden público y a las buenas costumbres. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1998 y 1999, julio 14 de 1943). Pág. 750, 1.ª

PRUEBAS

— 155 —

Al tratarse de revisar en casación la apreciación de las pruebas por un Tribunal, se ha usado con frecuencia el vocablo soberanía, un tanto exagerado y ocasionado por lo mismo a conceptos equívocos. No llega la facultad de aquél a ese extremo, y por esto los litigantes tienen y han tenido la de acusar tal apreciación por error que, cuando es de hecho, ha de aparecer de modo manifiesto en los autos, y cuando de derecho, consiste en que en ella se ha faltado a lo que sobre la misma, esto es, sobre estimación y valoración de tal o cuales pruebas, establece la ley. Esa ha sido la doctrina de la Corte. Para la apreciación de los indicios ha de distinguirse entre los antecedentes y la presunción que en éstos se apoya. Aquellos antecedentes han de establecerse plenamente por mandato del artículo 661 del Código Judicial. Las deducciones que de ellos deriva el juzgador implican una labor mental de que, en su caso, se deduce la convicción necesaria para decidir. El artículo 664 de esa obra, referente al caso de una sola presunción, defiere al «juicio del Juez» y termina refiriéndose a «su convencimiento». Tanto esa disposición como el artículo 662 de allí y el 665 exigen gravedad, precisión y conexión de los indicios entre sí, tal como lo hace el Código Civil en su artículo 1768, en lo tocante a la aludida labor mental, no sólo para deducir de ciertos antecedentes cierta presunción, sino también para relacionar éstas entre sí. Claro es que si esa labor se realiza en forma de dar una conclusión que, como advirtió la Corte en sentencia de 13 de julio de 1942, pugne con la realidad de los hechos, o esté ausente el elemento causalidad, indispensable en lógica, ese resultado no puede sostenerse ni respaldarse. Pero, hecha esta salvedad, la naturaleza y calidad de la prueba indicial imponen en casación las limitaciones que ha hecho presentes la Sala en ese fallo y en el de 20 de octubre del mismo año. Claro es que estas calidades de precisión y concordancia de los indicios no pueden tener una medida, por decirlo así, matemática, que marque el punto en que esa exigencia se llena o falta.

El artículo 601 del Código Judicial contiene una regla general sobre apreciación de las pruebas. Cuando a ella se falta, se incurre en el consiguiente error, y si por éste se quebranta la ley sustantiva, se produce el motivo 1.º de los del citado artículo 520. (Casación, LV, números 1993 a 1995, febrero 20 de 1943).....Pág. 37, 2.ª

PRUEBAS

— 156 —

Por grande que sea su autoridad, el juzgador no puede tener en cuenta, como elementos de convicción para fallar, aquellos argumentos y datos que presenten las partes y que no tengan pleno respaldo en el proceso, conforme a la tarifa probatoria preestablecida por la ley. Numerosas pueden ser las apreciaciones que surjan en torno de los diversos problemas cuya solución se exige del Juez en los respectivos juicios, y muy poderosas las razones que aquél tenga para formar su convicción en determinado sentido al margen de tales apreciaciones y deducciones; sin embargo, jamás podrá pronunciar su fallo con base en ellas, si esa convicción, además, no tiene como soporte principal el que de modo especial se ha creado en el terreno de la crítica procedimental para que sirva de única guía o norma al encargado de desatar la controversia, no conforme a sus impresiones subjetivas, que pueden originarse de factores más o menos equívocos, sino en armonía con esas normas que se presume fueron establecidas por el legislador por considerarlas como única fuente de segura y acertada información para ilustrar el criterio de quienes no deben fallarla como jueces de conciencia, sino de derecho. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, LV, números 1993 a 1995, diciembre 2 de 1942). Pág. 187, 2.^a

PRUEBA ESCRITA

— 157 —

Las pruebas escritas a que alude el artículo 636 del Código Judicial, y que son no solamente los documentos que se custodian por funcionarios públicos y de que se solicita copia, sino todos los que merecen esta definición de acuerdo con la ley, deben llegar a los procesos judiciales, para poder ser estimados como pruebas, con el mérito que les corresponde, en la forma y condiciones que determina el artículo 636 del Código Judicial. Estos requisitos, como lo ha dicho la Corte, «no deben considerarse como inútiles trabas al derecho probatorio sino como garantía de pureza y autenticidad, que se justifican sobradamente por el especial mérito probatorio que les concede la ley». Pero las escrituras públicas, a las que corresponde legalmente por naturaleza y origen «autenticidad y constancia públicas», están exceptuadas expresamente por la ley, que autoriza su presentación directa por las partes, naturalmente dentro de la oportunidad procedimental. (Gaceta

Judicial, tomo XLVIII, página 354). El artículo 630 del Código Judicial establece especialmente que «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.» (Casación, LV, números 1998 y 1999, julio 7 de 1943).....Pág. 571, 2.^a

PRUEBA INCOMPLETA

— 158 —

De acuerdo con el artículo 594 del Código Judicial, una prueba calificada de incompleta no establece por sí sola la verdad del hecho, pero dos o más constituyen plena prueba si cada una está debidamente establecida y si son diversas, precisas y en estrecha conexión con el hecho averiguado. La ley de procedimiento civil no ha definido lo que debe entenderse por prueba plena o completa; pero sí dice que la calificada por la ley de incompleta no establece por sí sola la verdad del hecho. (Casación, LV, números 1996 y 1997, abril 15 de 1943).....Pág. 278, 2.^a

PRUEBA TESTIMONIAL

— 159 —

La prueba testimonial versa sobre lo que el testigo afirma como hechos percibidos por sus sentidos, y es sobre esto sobre lo que el artículo 697 establece la fuerza de plena prueba allí consagrada; pero ni esta disposición ni ninguna otra obliga al sentenciador a ajustarse a las opiniones de los declarantes.

La apreciación de la fe de los testigos para calificarla de buena o mala por obra de conjeturas, queda dentro de la capacidad libre en el sentenciador que corresponde al hecho decisivo de ser a la convicción de éste a lo que defiere la ley, según el artículo 664 del Código Judicial, de donde, como la Corte lo ha declarado en repetidos fallos, se deduce una limitación dentro del recurso de casación, consistente en que, estando probados los hechos básicos (artículos 661 y 666 de esa obra), y no faltándose a la lógica en su encadenamiento (artículos 662 y 665 ibídem), no procede el cargo de error, ni, por tanto, el de violación por él de leyes sustantivas que diese lugar a infirmar la sentencia materia del recurso. (Casación, LV, números 1998 y 1999, julio 27 de 1943).....Págs. 599, 2.^a, y 660, 1.^a

R

RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIA CIVIL

— 160 —

El recurso de revisión, conforme a los artículos 542 a 547 del Código Judicial, es de carácter extraordinario, taxativo por naturaleza, limitado por el tiempo para ejercitarlo, y condicionado, no sólo para su viabilidad, sino para su admisibilidad, a la demostración de algunas de las cuatro causales establecidas por el artículo 542 *ibídem*. Una de las diferencias esenciales entre la acción ordinaria y la extraordinaria de revisión consiste en que en la primera la admisibilidad está condicionada a la forma de la demanda, que debe llenar los requisitos exigidos por el artículo 205 del Código Judicial, y a la jurisdicción del Juez. Por eso cuando se ejercita esa acción es indiferente presentar o no las pruebas en que el actor fundamenta sus pretensiones. En la acción extraordinaria de revisión es necesario tener en cuenta, no sólo los dos factores de que se acaba de hacer mérito, sino el tiempo (artículo 543 *ibídem*) y las pruebas en que se funde la solicitud de revisión (artículo 544 *ibídem*) y que deben demostrar alguna de las cuatro causales, únicas que dan margen para revisión de una sentencia. Puede decirse que el juzgador entra en estos casos, calificando *prima facie*, sin que esa calificación lo ligue para el fallo, las pruebas que al respecto aduce el actor. El legislador fue estricto al dictar el artículo 544, y se inspiró en los principios jurídicos que configuran el recurso de revisión, y exigió por eso que se acompañaran las pruebas del caso, tanto para evitar que el juicio de revisión prácticamente se convirtiera en un simple juicio ordinario, como para fijar ciertas limitaciones a la acción, puesto que en todo recurso extraordinario, como el de revisión, como el de casación, la libertad de acción ante la justicia de los particulares está condicionada a determinadas exigencias y a circunstancias preexistentes. (Auto, Sala de Casación Civil, LV, números 1998 y 1999, junio 9 de 1943). Pág. 533, 1.ª y 2.ª

RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIA PENAL

— 161 —

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, 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 el condenado inocente o irresponsable, o en que la condenación obedeció a pruebas secretas extraproceso, o que provino de la imposibilidad del caso 1.º de aquel artículo.

Frente a una ofensa verbal nunca se justifica el hecho que cometa la persona injuriada, la cual, si reacciona contra el ofensor, no obra conforme al derecho, no ejerce la legítima defensa de su honra, no se encuentra ante ninguna *violencia* que tenga necesidad de repeler. La reacción del que es víctima de un insulto que lo incite a matar o a herir, únicamente atenúa la represión del hecho que se perpetre en ese estado de ira o de intenso dolor por causa de la provocación grave e injusta. (Sentencia, Sala de Casación Penal, LV, números 1998 y 1999, mayo 25 de 1943).

Págs. 648, 2.ª, y 649, 1.ª

RÉGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO
CONFORME A LA LEY 28 DE 1932

— 162 —

Ha dicho la Corte, interpretando la Ley 28 de 1932, que «los bienes que eran sociales para el 1.º de enero de 1933, y que no tenían por qué dejar de serlo ante el solo hecho de regir la nueva ley, no pueden enajenarse, ya bajo ella, sino por ambos socios mientras dure la sociedad y no haya habido liquidación que los traspase a uno solo de los dos; de ahí que sean infirmables y aun se hayan infirmado enajenaciones de bienes en esa situación hechas por el marido sin el concurso de la mujer, o por ésta sin el concurso del marido. En contraste con esos bienes, los adquiridos por uno de los cónyuges a cualquier título durante el matrimonio bajo la vigencia de la nueva Ley, son de la libre disposición del respectivo adquirente, de suerte que para la validez de su enajenación no se requiere la concurrencia o intervención del otro». Conforme a esta doctrina, y siguiendo la letra misma del artículo 1.º de la Ley 28 de 1932, fluye con certeza el hecho de que a partir del 1.º de enero de 1933, la mujer quedó investida de personería legal y suficiente para adquirir, administrar y disponer de los bienes que llegasen a su patrimonio a título oneroso o por cualquier otro motivo, todo con absoluta prescindencia del marido; que de su lado éste siguió, lo mismo que antes, gozando de estas mismas facultades en relación con los bienes que él mismo adquiriera. La Ley 28 confirió a cada cónyuge potestad dispositiva absoluta, sin limitación alguna, en relación con los bienes adquiridos por cada cual a partir

del 1.º de enero de 1933; no limitó la facultad dispositiva del marido en cuanto a sus bienes propios; la dio, la otorgó sin atenuaciones ni reservas y en el mismo pie de igualdad, a la mujer, la que en virtud de esa plena capacidad, quedó consecuentemente investida para el futuro de personería para accionar o excepcionar en orden a la defensa de sus bienes, en las mismas condiciones que el marido, y tal cual si fuese soltera. Y no podía ser de otra manera, ya que lo que el legislador de ese entonces quiso y se propuso fue independizar a la mujer del marido en lo tocante al manejo de su propio patrimonio, no someter a éste a la tutela de la mujer so pretexto de su vinculación póstuma con la figura jurídica llamada sociedad, que es, en síntesis, la extraña tesis que propugna el fallo que ha venido al estudio de la Corte.

Pero esa capacidad, esa personería del marido y de la mujer no la otorgó la ley a cada uno únicamente para poder comprar y para poder vender; la dio también para ejecutar todos los actos idóneos a la administración de sus haberes, para accionar y defenderse en juicio en orden a la conservación o reintegración de su mismo patrimonio, para impedir que sus contratos no se cumplan, se anulen o resuelvan. Ahora bien: si la mujer casada, mayor de edad, como tal, en desarrollo de su capacidad concedida por la Ley que se comenta, puede comprar, vender, administrar, hipotecar, donar sus bienes con absoluta independencia del marido; si puede comparecer libremente en juicio para ejercitar acciones y defensas en provecho de sus propios bienes, forzoso es anotar, y únicamente por razones del fallo, que en condiciones exactamente iguales se hallan los maridos. La Ley 28 no limitó su capacidad legal en cuanto a estos particulares menesteres, para en cambio someterlos, si no a la tutela de la esposa, sí a la situación de verse obligados a requerir y a obtener su consentimiento o voluntad para el ejercicio de estos actos de la vida civil, que antes ejerciera libremente. Absolutamente no.

Siendo esto así, interpreta erróneamente la Ley 28 de 1932 y viola directamente el artículo 1.º de esta misma Ley el sentenciador que, al fallar, considere que los bienes que haya adquirido un cónyuge a título oneroso a partir de la vigencia de este estatuto, entran a formar parte del haber de la sociedad conyugal, no al del cónyuge adquirente, en razón de que a la liquidación definitiva los haberes de ambos han de formar parte de la masa que ha de liquidarse o repartirse. Sería tanto como sostener que los bienes de un presunto causante son de los que han de sucederle, en razón simple de que a la época de su sucesión han

de ser repartidos entre ellos. (Casación, LV, números 1998 y 1999, julio 30 de 1943).

Pág. 615, 1.ª y 2.ª

REIVINDICACIÓN

— 163 —

Es doctrina de la Corte la de que disuelta la sociedad conyugal, mientras no se verifique la liquidación y partición del caudal social, ninguno de los cónyuges puede reivindicar para sí, a título de gananciales, un bien que fue de la sociedad, o cuota determinada de él; y, por consiguiente, tampoco pueden ejercitar esta acción sus herederos o causahábientes. La acción previa procedente, cuando no se reivindica para la sociedad, es la de liquidación y partición, a fin de determinar lo que a cada uno de los partícipes corresponde. (Casación, LV, números 1993 a 1995, febrero 25 de 1943).....Pág. 43, 2.ª

REIVINDICACIÓN

— 164 —

Al tenor del inciso 2.º del artículo 955 del Código Civil, el reivindicador que recibe del enajenador lo que se ha dado a éste por la cosa, confirma por el mismo hecho la enajenación. Esta norma legal es aplicable por igual a bienes muebles e inmuebles, dado que en ella no se hace distinción alguna y pueden reivindicarse las cosas corporales raíces y muebles (artículo 947 del Código Civil). El hecho de apropiarse el precio entraña necesariamente el conocimiento de la venta efectuada. (Casación, LV, números 1996 y 1997, abril 7 de 1943).....Pág. 263, 2.ª

REMATES

— 165 —

Verificado un remate bajo el imperio de la Ley 106 de 1873 o Código Fiscal de esa época, esa situación jurídica debe respetarse.

Del artículo 984 del Código Judicial de los Estados Unidos de Colombia se concluye que las escrituras de protocolización de remates nacionales no se extendían para transmitir un dominio ya transmitido por el remate; sino que el agente o funcionario respectivo las otorgaba para mayor seguridad de los instrumentos transmisores de la propiedad.

Para la Corte no existe duda alguna de que el remate, una vez aprobado, constituía fuente perfecta de obligaciones, pero en tratándose de bienes raíces, su transmisión al dominio particular no se operaba sino por el registro, conforme al

ordenamiento de nuestro Código Civil. La diligencia de un remate verificado antes del 28 de octubre de 1873 estaba sujeta al registro, según el artículo 2562, inciso 1.º, del Código Civil, en relación con el 2637 *ibídem*. Pero, en el caso de autos, no habiendo sido la Nación *tercero* sino *parte* en dicho remate, es indudable que éste surtió, desde el 8 de octubre de 1873, todos los efectos legales respecto del mismo Estado. Si el registro de esa diligencia se verificó solamente en el año de 1906, hay que considerar que los efectos de ese registro, en cuanto a la tradición del dominio de bienes raíces, se retrotraen a la fecha en que la convención se celebró. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, marzo 24 de 1943).....Pág. 391, 2.ª y ss.

REMOCIÓN DE GUARDADOR

— 166 —

De la circunstancia de otorgarle el Estado una amplia protección a los incapaces, no puede en sana lógica concluirse que cada vez que un ciudadano pide la remoción de un curador del incapaz, por esa sola circunstancia deba accederse a lo solicitado, sin necesidad de tomar en consideración ni las circunstancias acusatorias aducidas, ni su completa demostración en juicio. Tal conclusión, además de absurda y aberrante, arruinaría la institución de la curaduría de los incapaces, dejando al arbitrio de los particulares su cesación o subsistencia. Es tan peregrina la tesis, que no se necesita mayor esfuerzo de razonamiento para desestimarla. (Casación, LV, números 1998 y 1999, julio 7 de 1943).....Pág. 567, 2.ª

REPRESENTACIÓN EN JUICIO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

— 167 —

De acuerdo con el artículo 19 de la Ley 7.ª de 1943 y con el Decreto reglamentario número 1420 del 17 de julio del mismo año, la representación en los juicios relacionados con los ferrocarriles de la Nación corresponde a los Fiscales en los respectivos Tribunales Superiores en primera instancia, y al Procurador General de la República, ante la Corte. (Auto, Sala de Negocios Generales, LV, números 1998 y 1999, julio 30 de 1943).
Pág. 781, 2.ª

RESGUARDOS DE INDÍGENAS

— 168 —

Las Leyes de 11 de octubre de 1821, 6 de marzo de 1832, y 2 de junio de 1834, y el Decreto del

Libertador de 20 de mayo de 1820, proveyeron a la división de las comunidades de indígenas sobre la base de que los indios eran propietarios legítimos de las tierras comunales que constitúan sus respectivos resguardos, porque las leyes españolas se las habían «asignado» con ese carácter. Y fue para poner fin a la comunidad indígena de los resguardos y para repartir las tierras entre los respectivos comuneros, para lo que se dieron aquellas leyes y otras posteriores que contuvieron reglamentaciones protectoras, a fin de que las reparticiones que se hicieran por la autoridad, al propio tiempo que guardaran equidad, contribuyeran a mejorar la condición de los indios y a hacer fructíferas sus tierras. Los legisladores de la República, al reconocer y confirmar la propiedad de las tierras de los resguardos en favor de las parcialidades de indios, por repetidas veces, ya de manera expresa y perentoria, ya en forma implícita en otras ocasiones, sobre la idea de que lo mismo había hecho la legislación española, fueron los mejores intérpretes de esta legislación tanto por su autoridad como porque estaban bajo el dominio de los hechos que ella había creado y establecido, de suerte que estaban en plena capacidad de dar cuenta de lo que significaba en la práctica, en contraste con el intérprete de la época contemporánea, que no puede poseer la misma información. De consiguiente yerran, en sentir de la Sala, quienes han sostenido que ni de la legislación española ni de la de la República se infiere que a los indios se les hubiese reconocido la propiedad de las tierras de los resguardos. Las leyes de la República no pueden ser más perentorias, sobre todo las primeras. Con respecto a las leyes españolas, su alcance de por sí es también manifiesto en el sentido de que las tierras se les daban en propiedad a los indios por la Corona española. Eso se infiere, entre otras disposiciones, de la Ley XVIII, Título XII, Libro IV de la *Recopilación de Indias*, de la XIV del mismo Título y Libro, y de la XIX del Título y Libro citados. Las leyes españolas consideraron desde el primer momento a los indios como hombres libres, súbditos de la Corona, con amplia capacidad para poseer y disfrutar de sus bienes de cualquier naturaleza; los indios eran así sujetos de toda clase de derechos, inclusive el de propiedad, sin ninguna excepción. Pero atendiendo a que eran personas necesitadas de tutela, a semejanza de los incapaces, les impusieron, con ánimo de favorecerlos y defenderlos, determinadas trabas para el libre ejercicio de sus facultades dominicales sobre las tierras de su propiedad. Mas estas limitaciones no querían decir que se les diesen a los indios las tierras únicamente en usufructo, reservándose la Corona la propiedad;

significaban solamente que entonces como ahora se hacía la distinción entre los conceptos de «goce» y «ejercicio» de los derechos que corresponden, el primero a poder ser titular del derecho, y el segundo a las restricciones que la ley introduce en el ejercicio del derecho, en atención a la incapacidad de la persona por razón de edad, estado civil o falta de discernimiento. Las leyes de la República no fueron menos expresas en reconocer a los indios su plena capacidad y, por ende, su personalidad. Con respecto al derecho de propiedad sobre toda clase de bienes, se lo otorgaron ampliamente, como lo habían hecho las leyes españolas. A este respecto no colocaron los indios en condición inferior a la que tenían los demás ciudadanos. Por ello el derecho pleno de propiedad que tenían en los resguardos se lo continuaron reconociendo sin cercenamientos ni limitaciones. El Libertador fue claro al decretar que los indios eran propietarios legítimos de sus tierras y resguardos. El Congreso de Cúcuta ratificó el mismo principio. Y si este Cuerpo empleó la expresión de que los resguardos «se les repartirán en pleno dominio y propiedad» a los indios de la respectiva parcialidad, no fue porque el legislador de Cúcuta estuviera consagrando la idea de que el derecho de los indios sobre los resguardos era precario, limitado al usufructo —según lo afirmaron tres Magistrados disidentes de la sentencia de Corte Plena, de fecha 30 de octubre de 1925—, pues la expresión entre comillas se refiere manifiestamente al hecho de que la distribución de los resguardos era operación que se decretaba con todos los caracteres de la división de las demás comunidades en que el condómino adquiere el pleno dominio individualizado de la porción asignada; a diferencia de lo que prescribía, según claramente lo advierte el mismo artículo 3.º de la Ley de 11 de octubre, «el reglamento del Libertador Presidente de 20 de mayo de 1820, de que la división de los resguardos era en porciones distribuidas a sus familias, sólo para su cultivo». Las leyes posteriores que vinieron a complementar la de 11 de octubre, parten también de la base de que los resguardos eran propiedad común y plena de los indios. Los artículos 7.º y 10 de la Ley de 2 de junio de 1834 reiteran expresamente tal reconocimiento. El 7.º habla de que en aquellas «parroquias en donde se encuentre alguna porción de terreno perteneciente a los resguardos, destinada al servicio de alguna cofradía o cualquiera obra pía, este terreno acrecerá a la comunidad, y será dividido y distribuido....» Y el artículo 10 no deja lugar a dudas cuando dispone que a las parroquias de indígenas «que no tienen resguardos se les repartirán las tierras baldías donde se hallen situadas»; lo que quiere de-

cir que como había comunidades de indios sin terrenos propios de resguardos, que habitaban tierras baldías, o sea tierras de la Nación que no eran de los indios, se les debían distribuir también estas tierras, al igual que las tierras de los resguardos que eran de los indios, y no del Estado. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1993 a 1995, octubre 10 de 1942).
Pág. 132, 1.ª y 2.ª y ss.

RESOLUCIÓN DE CONTRATO

— 169 —

El artículo 1546 del Código Civil no opera sino cuando uno de los contratantes cumplió debidamente con lo pactado o se aliadó a cumplirlo dentro del plazo y modo estipulados, y cuando el otro, por un acto de su voluntad, no obstante el cumplimiento de la contraparte, cuando es el caso, ha dejado de cumplir con lo pactado, en la forma y tiempo debidos. (Casación, LV, números 1998 y 1999, julio 13 de 1943).....Pág. 585, 1.ª

RESOLUCIÓN DE CONTRATO

— 170 —

Pedir que se declare resuelto un contrato por incumplimiento de una de las partes, con las consecuencias de orden legal que esa resolución traiga en relación con ellas, es solicitar de manera perentoria que se condene al que ha faltado a sus compromisos a las consecuencias, que por falta de ese incumplimiento impone la ley, cuales son los perjuicios causados por el incumplimiento, o la multa estipulada para idéntico caso. (Casación, LV, números 1996 y 1997, marzo 24 de 1943).
Pág. 240, 2.ª

RESOLUCIONES MINISTERIALES SOBRE PROPIEDAD DE TIERRAS

— 171 —

La Corte, en varias decisiones, ha calificado ya el alcance negativo de las resoluciones ministeriales que tratan de constituir decisiones obligatorias de la propiedad de las tierras. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1998 y 1999, junio 23 de 1943).....Pág. 741, 2.ª

RIÑA

— 172 —

No es propiamente riña el trabarse de palabras: podrá constituir eso un ultraje, una provocación.

La riña existirá cuando haya ataque, agresiones de obra mutuas, un combate singular, por mutuo consentimiento, por provocación de alguna de las partes, o por un accidente fortuito como decía el Código Penal anterior. (Casación, LV, números 1996 y 1997, mayo 31 de 1943).....Pág. 365, 2.^a

SEGURO DE VIDA

— 173 —

El seguro de vida, establecido por la Ley 44 de 1939, artículo 1.º, como lo ha expresado la Corte en repetidas ocasiones, no limita la acción indemnizatoria de perjuicios consagrada en el artículo 2341 del Código Civil; pero si esta última prospera, y el seguro se ha pagado, debe descontarse el valor de éste de la suma a que se concrete la condena civil común. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1998 y 1999, julio 22 de 1943).....Pág. 767, 1.^a

SENTENCIA

— 174 —

Toda sentencia tiene que ajustarse a la demanda y su respuesta, so pena de infringir disposiciones que son, por decirlo así, de derecho universal y que nuestro Código de Procedimiento consigna en su artículo 471, complementado desde este punto de vista con lo que establece el artículo 520 en el numeral 2.º Estar una persona envuelta en litigios porque se le incoan o se ve forzada a incoarlos, constituye para ella un perjuicio que no puede *a priori* considerarse indemnizado por haber obtenido en su favor condenación en costas. Muchas veces éstas son sólo una parte de la indemnización, y el litigio en sí una parte del daño, porque esa persona, a más de éste, ha sufrido otros males. Es claro que para éstos queda en pie, en tal caso, la acción indemnizatoria no agotada ni ejercitada siquiera respecto de ellos con lo ocurrido sobre las solas costas procesales. (Casación, LV, números 1996 y 1997, marzo 30 de 1943).....Pág. 252, 2.^a

SENTENCIAS

— 175 —

Es muy nutrida la jurisprudencia de la Corte respecto de la acusación por infracción de los artículos 471 y 472 del Código Judicial. En ella se ha sostenido que esas disposiciones contienen reglas generales dadas por el legislador a los jue-

ces para la redacción de las sentencias y la manera de reconocer los derechos conferidos por la ley sustantiva, pero que esos preceptos, cuando por algún motivo hayan sido infringidos, no pueden por sí mismos motivar la infirmación de un fallo en casación, siendo como son de simple reflexión y orden para los Jueces, quienes si a ellos faltan, habrán infringido otras disposiciones que sí dan motivo a la casación; en ese caso lo que debe atacarse es la infracción de esas disposiciones, no la de los artículos 471 y 472. (Casación, LV, números 1993 a 1995, febrero 18 de 1943).....Pág. 31, 1.^a

SENTENCIA DEFINITIVA

— 176 —

Tiene fuerza de sentencia definitiva la del superior que revoca otra del inferior que tiene ese mismo carácter, por más que el superior haya querido por medio de un simple auto interlocutorio revocar la sentencia recurrida. Esto es así, porque ya no rige el artículo 29 de la Ley 169 de 1896. (Auto, Sala de Casación Civil, LV, números 1996 y 1997, abril 8 de 1943). Pág. 266, 1.^a

SENTENCIA DEFINITIVA

— 177 —

En distintas ocasiones ha establecido la Corte que no dejan de ser sentencias *definitivas*, y, por ende, irrevocables e inmodificables dentro del respectivo juicio especial en que se profieren, las sentencias con que se terminan esta clase de juicios. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, julio 8 de 1943). Pág. 467, 2.^a

SENTENCIAS DEFINITIVAS DE LOS TRIBUNALES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

— 178 —

Es doctrina de la Corte la de que los Tribunales de la justicia ordinaria están absolutamente inhibidos para desconocer los fueros de la cosa juzgada que en sí llevan las sentencias definitivas de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, en virtud del mandato expreso del artículo 93 de la Ley 130 de 1913. (Sentencia, LV, números 1996 y 1997, Sala de Negocios Generales, febrero 27 de 1943).....Pág. 370, 1.^a

SIMULACIÓN

— 179 —

Tanto en el fenómeno de la nulidad como en el de la simulación, los terceros se atienen al acto ostensible y son amparados por su buena fe. La nulidad judicialmente pronunciada da acción contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales (artículo 1748 del Código Civil), y cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras (artículo 1749 ibíd.). En la simulación es mucho más restringido el principio, y el tercero de buena fe que ateniéndose al acto ostensible compra una cosa que fue adquirida simuladamente por su antecesor en el dominio de ella, no es perjudicado por la sentencia que declara la simulación, porque si por una parte el tercero no tiene por qué estar al corriente ni saber de las estipulaciones secretas pactadas entre los antecesores del dominio que ha adquirido, por la otra la seguridad y estabilidad de las convenciones sería imposible. Quien compra una cosa se atiene, cuando el contrato consta en escritura pública, a lo que han declarado las partes, aun cuando no sea cierto. De ahí el artículo 1934 del Código Civil y el 1547 de la misma obra. El tercero, en el caso de que celebre un contrato que debe constar por escritura pública, se atiene a lo ostensible de los títulos o escrituras que se le presenten, y de ese modo sabe las limitaciones, gravámenes y condiciones que pesen sobre la cosa que adquiere. El artículo 1548 del Código Civil es una consecuencia de estos principios, y el sentado por este artículo condiciona la resolución y rescisión de las donaciones entre vivos según el artículo 1489 ibíd., los efectos del pacto de retroventa contra terceros (artículo 1940 ibíd.), el derecho sobre la cosa que se hipoteca (artículo 2441 ibíd.), el derecho del comprador sobre la cosa comprada, que no queda limitado por el contrato de arrendamiento celebrado anteriormente por el vendedor, cuando ese contrato no consta por escritura pública (artículo 2020 ibíd.). Todo lo anterior se inspira en el principio protector de la buena fe que ampara a los terceros, y en el mismo texto de la ley (artículo 2577). Ni las declaraciones de los contratantes, ni las escrituras privadas hechas por éstos para alterar lo pactado en escritura pública, producen efecto contra terceros, sino en el caso de que se haya tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz (artículo 1766), porque entonces los terceros tienen una fuente auténtica de información y conocen las variaciones que al primitivo contrato

han hecho los contratantes. Resolver o sentenciar que un contrato es nulo o es simulado, porque el contrato anterior está afectado de nulidad o de simulación, es violar todos los principios y normas que acaban de exponerse y confundir los efectos de la nulidad o de la simulación, respecto de los terceros. Si A y B celebran un pacto que es nulo, si C adquiere de B lo que fue objeto del contrato con A, no se puede concluir que porque el contrato celebrado entre A y B es nulo, lo sea por eso sólo también el pacto que celebraron B y C. Lo mismo puede decirse de la simulación.

Los interesados, sin perjuicio de terceros, pueden estar acordes en que las declaraciones contenidas en un instrumento público no son exactas o son mentirosas; así, si un demandante afirma que un pacto en que figura como vendedor fue simulado, y el demandado comprador acepta o confiesa ese hecho, el extremo de la simulación queda demostrado; pero cuando sólo una de las partes hace tal aseveración, tal extremo no queda establecido. (Casación, LV, números 1993 a 1995, febrero 10 de 1943). Pág. 20, 2.ª

SÍNDICO RECAUDADOR

— 180 —

La citación y comparecencia del Síndico Recaudador del impuesto sobre sucesiones no tiene otro fundamento ni otro fin sino el de asegurar y hacer efectivo el impuesto sobre donaciones y defender los intereses del Fisco al respecto, contra todo fraude o maniobra que pueda perjudicar los intereses de aquél. En ese principio se inspiran, entre otros, los artículos 936, 937, 943 a 949 del Código Judicial. Recaudado el impuesto, el Síndico nada tiene que ver más en el juicio de sucesión. Esto lleva a concluir que ni siquiera en tales juicios es parte el Síndico propiamente dicho. Luego la omisión de la formalidad del aviso, a que se refiere el artículo 79 de la Ley 63 de 1936 no da base para la casación, ni cae dicha omisión dentro de la causal 6.ª ni dentro de ninguna de las consagradas por el artículo 520.

La interpretación y alcance del artículo 79 de la Ley 63 de 1936 restringe la norma a los juicios y a las gestiones durante las cuales sobreviene la muerte del litigante o gestor, y cuando eso acaece debe hacerse saber la existencia del asunto respectivo al Síndico Recaudador para que entonces éste la haga valer y tome nota de ella en el juicio de sucesión para evaluarla, a fin de deducir el impuesto, que es lo que interesa al Síndico, o para abrir el juicio de sucesión, cuando

esto no se hubiere verificado. Pero cuando para demostrar la personería como heredero, en un juicio cualquiera, se presentan las copias del caso, tomadas del juicio de sucesión, no puede interpretarse el artículo 79 citado en el sentido de que en el nuevo juicio, que nada tiene que ver con la sucesión, debe cumplirse la diligencia referida. La conclusión contraria llevaría al extremo inadmisibles, de hacer necesaria o indispensable la citación de ese empleado, en la mayoría de los procesos civiles. (Casación, LV, números 1993 a 1995, marzo 12 de 1943).....Pág. 59, 2.ª

SOCIEDAD

— 181 —

La sociedad nula o disuelta conserva su necesaria personería para liquidarse y también para actuar como tal enfrente de terceros, sin que éstos puedan prevalerse de tal situación para desconocerla y libertarse de toda obligación o de todo reconocimiento de un derecho social. Es ésta una regla moral que domina toda la vida del contrato social. A la sociedad en liquidación reconoce existencia jurídica la ley, no solamente entre los socios, sino con relación a terceros. Los artículos 472, 475, 478 y 479 del Código de Comercio y 2084 del Código Civil, contemplan y regulan esos diversos casos, pero siempre partiendo del principio fundamental de que una sociedad nula desde su origen conserva su existencia como sociedad de hecho, y los terceros no pueden prevalerse de esa circunstancia para exonerarse de cumplir sus obligaciones para con ella. Así lo dice el artículo 479 del Código de Comercio. Nuestro Código de Comercio distingue en forma precisa los efectos de la nulidad del contrato social, según la aleguen en juicio los socios o terceros, en forma de acción o de excepción, y hace la necesaria distinción de los litigios que se siguen entre socios, entre dos terceros, en que la sociedad demanda a un tercero, o en que un tercero demanda a la sociedad. En el primero de los casos anteriormente anotados la nulidad de la sociedad produce pleno efecto entre los asociados, y es oponible entre ellos, en forma tal que cada socio puede pedir que se declare la nulidad y se liquiden las operaciones sociales en la forma determinada por la ley (artículos 472, 475 y 476 del Código de Comercio). Si se trata de relaciones jurídicas entre terceros que no son socios, la nulidad de la sociedad produce igualmente efectos plenos, ya que los terceros pueden invocar la nulidad contra terceros, al tenor del artículo 478 del Código de Comercio. Pero en cambio, si se está en presencia de relaciones jurídicas o presta-

ciones entre la sociedad y un tercero, ninguno de los dos puede invocar la nulidad del pacto social para eximirse de cumplir sus obligaciones. Los artículos 477 del Código de Comercio y 2084 del Código Civil disponen que los socios de una sociedad nula o de hecho no pueden alegar la nulidad contra los terceros interesados en su existencia o que hayan contratado con ella. En el caso contrario, cuando es la sociedad quien demanda a un tercero, se sigue la misma regla, y el tercero no puede alegarla para, por esa sola circunstancia, exonerarse de sus obligaciones o prestaciones. (Artículo 479 del Código de Comercio).

Es verdad que el texto del artículo 479, antes citado, se refiere al caso del tercero que ha contratado con una sociedad que no ha sido legalmente constituida, vale decir, que padece de un vicio originario, quienes no pueden, por esa exclusiva razón, sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones. Esa norma legal (artículo 479) contiene una regla moral destinada a regular la vida de todo el sistema de relaciones jurídicas entre personas, y que sirve de sostén al régimen de las obligaciones, cualquiera que sea su fuente u origen. Por esa razón, tal precepto legal y moral tiene que extenderse y tener aplicación a todos los casos similares en que un tercero, sea sujeto activo o pasivo de una obligación, tenga que enfrentarse en juicio con una sociedad nula, disuelta o de hecho, sin que sea necesario investigar el origen de la obligación, que bien puede ser el contrato, la ley, el delito, etc. De lo expuesto concluye la Corte que no habiendo estatuido nada especial el legislador respecto a la situación que contemplan los terceros con una sociedad legalmente constituida, pero luego disuelta y en liquidación, es de rigor aplicar por analogía el artículo 479 del Código de Comercio para llenar ese vacío, aceptándose, en consecuencia, que siempre que una sociedad disuelta y en liquidación demande a un tercero, tal situación no le es oponible a la sociedad, y los terceros no pueden alegarla como acción o como excepción para eximirse del cumplimiento de sus obligaciones contractuales o extracontractuales. Tal interpretación por parte de la Sala consulta no sólo el principio ético antes enunciado, sino una norma, elemento de justicia en las relaciones jurídicas, ya que si a las sociedades nulas o disueltas no les es permitido alegar esas circunstancias para rehuir sus prestaciones, tampoco deben los terceros protegerse en esos mismos motivos, que miran sólo al orden interno de los organismos sociales, para eludir los deberes de que sean deudores. (Casación, LV, números 1998 y 1999, mayo 18 de 1943).
Pág. 515, 1.ª y 2.ª

SOCIEDAD

— 182 —

Una cosa es la participación en las pérdidas que resulten al liquidar total y definitivamente el negocio social, y otra muy distinta la obligación solidaria que pesa sobre todos los socios colectivos, sin distinción entre capitalistas e industriales, de responder ante terceros por las obligaciones sociales, en conformidad con el artículo 487 del Código de Comercio. (Casación, LV, números 1993 a 1995, enero 29 de 1943)..... Pág. 15, 2.^a

SOCIEDADES ANÓNIMAS

— 183 —

Las consecuencias de que una sociedad es una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (artículo 2079 del Código Civil), y de que las sociedades anónimas son sociedades de capitales y no de personas (*societates intuitu personae*), tienen que ser, y son necesariamente, las siguientes: Primera. Cuando la Nación, un Departamento o algún Municipio contribuye como accionista a la formación de una compañía anónima comercial, ésta no deja de conservar el carácter que tiene de empresa particular, de entidad de derecho privado, para convertirse, por ese hecho, en entidad oficial, en persona de derecho público. No debe confundirse en este caso el ser jurídico particular que resulta del aporte hecho con fondos oficiales de la respectiva entidad nacional, departamental o municipal, con el ente de derecho público —Nación, Departamento o Municipio— que contribuyó con sus recursos a la formación de aquel ser, ni más ni menos que como contribuyeron los accionistas particulares. El carácter oficial del accionista Nación, Departamento o Municipio, es intransmisible a la empresa comercial a cuya formación o a cuyo sostenimiento contribuyó como accionista. Cada uno de los accionistas, como la compañía misma, conserva su propia individualidad o su propia personalidad independiente. Segunda. A las acciones judiciales que contra esa compañía particular correspondan, no puede vincularse al accionista Nación, Departamento o Municipio, porque ello sería confundir al socio individualmente considerado, con la sociedad, lo que es legalmente imposible; y Tercera. Tratándose de una persona de derecho privado —la compañía mercantil así formada—, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia carece de competencia para conocer de las acciones que correspondan contra esa entidad.

Si cuando se trata de una sociedad mercantil colectiva los acreedores personales de un socio

no pueden embargar durante la sociedad el aporte que éste haya introducido, aunque sí les es permitido solicitar la retención de la parte de interés que en la sociedad tuviere el socio para percibirla al tiempo de la división social (Código de Comercio, artículo 505), menos podrían, en tratándose de una compañía anónima, obtener tal embargo con efectos distintos de los señalados en el artículo 578 del mismo Código, a saber: la adjudicación o venta de las acciones embargadas para que al adjudicatario o al comprador pase el carácter de accionista que tenía el deudor.

No hay que confundir las obligaciones de una sociedad con las de los socios o accionistas. De las obligaciones contraídas por una sociedad a favor de terceros responde la sociedad, y si ésta se ha disuelto y liquidado, aun si se trata de una compañía anónima, los accionistas responderán de tales obligaciones hasta concurrencia de lo que hubieren recibido en la división del haber social. Los actos de disolución y liquidación de la sociedad, por sí mismos, no extinguen las obligaciones a cargo del ente social. Los socios o accionistas responderán con sus demás bienes hasta concurrencia del valor de sus acciones o del monto de lo que hubieren recibido en la distribución del activo social, pues éste no debe distribuirse entre los accionistas mientras haya deudas sociales insolutas. Si así no fuese, al amparo de los actos de disolución y de liquidación de una sociedad podrían cometerse abusos, injusticias y aun fraudes en perjuicio de los acreedores, faltándose así al principio de que ninguno debe enriquecerse a costa ajena. Los actos de disolución y liquidación de una sociedad, provocados o ejecutados irregularmente por los socios o accionistas con violación de las leyes o de los estatutos sociales, no son actos de la sociedad, sino actos directos o personales de los accionistas, y en consecuencia, de ellos deben responder, únicamente, los accionistas que los llevaron a cabo, si de tales actos se ha seguido perjuicio a terceros, a los otros accionistas o a la misma sociedad.

La escritura pública debidamente registrada es formalidad indispensable tanto para tener como legalmente constituida la sociedad mercantil, como para tenerla por legalmente disuelta. No basta que el acto de la constitución ni, en su caso, el de disolución de la sociedad antes del término estipulado, se hagan por escritura pública; es preciso que este acto se haya complementado con los necesarios de publicidad que la ley determina, uno de los cuales es el registro de la escritura en que se haya hecho constar la resolución sobre extinción de la sociedad. Y ello es así, porque está en interés de los terceros conocer desde cuándo ha quedado disuelta la sociedad, si la disolución se

efectúa antes del plazo determinado en la escritura de constitución (artículos 465, 472, 480, 567, 589 del Código de Comercio). Que el artículo 480 diga que la omisión de esos actos no produce efectos «contra terceros», no induce a aceptar que deba tenerse, ni aun por lo que se refiere a los socios, como legalmente disuelta una sociedad en que se ha omitido el cumplimiento de esas formalidades, que no se han establecido únicamente *ad probationem*, sino *ad solemnitatem*.

La ley no permite que una sociedad anónima continúe operaciones después de haber perdido el cincuenta por ciento del capital social. La disposición del artículo 589 del Código de Comercio es de orden público, y por tanto, no puede ser derogada por la voluntad de las partes. Llegado ese evento —la pérdida del cincuenta por ciento del capital social, que es el mínimo fijado— los gerentes deben hacer constar ese hecho por instrumento público, debidamente registrado, cumplir las demás formalidades allí indicadas y proceder inmediatamente a la liquidación de la sociedad, bajo obligación de sufrir, en caso de omisión, las graves sanciones que en tal artículo se determinan. Cualquiera estipulación en el sentido de que la sociedad que se encuentre en esas condiciones continúe, no opera, y es nula por contraria a la ley. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1998 y 1999, junio 15 de 1943).....Pág. 719, 2.^a y ss.

SOCIEDAD CONYUGAL

— 184 —

Se ha repetido muchas veces que las sociedades conyugales que se forman por el mero hecho de contraerse matrimonio no pierden su carácter jurídico o no dejan de existir por la vigencia del estatuto consagrado en la Ley 28 de 1932. Lo que acaece es que la sociedad conyugal, constituida por el hecho del matrimonio, no se rige ya totalmente por el Código Civil sino por las especialísimas de la Ley 28, y bajo este estatuto durante el matrimonio, cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerlo o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera, lo que está pregonando que los cónyuges se consideran dueños absolutos de esos bienes y que para su disposición, durante el matrimonio, no se necesita el concurso de voluntades de ambos sino simplemente la del cónyuge que hubiere aportado o adquirido ese bien. Los

bienes que se hallen en poder de los cónyuges a la disolución del matrimonio, o en cualquier otro evento en que conforme al Código debe liquidarse la sociedad conyugal, se consideran como bienes de éste y deben partirse de acuerdo con las reglas establecidas para la liquidación de las sociedades conyugales. La disposición que la Corte ha encontrado irregular es la hecha por uno solo de los cónyuges de bienes pertenecientes a sociedades conyugales existentes al entrar a regir la Ley 28 de 1932, y no liquidadas ya al tiempo de esa enajenación, para la cual en tales casos se requiere el consentimiento de ambos consortes. (Casación, LV, números 1993 a 1995, febrero 10 de 1943).....Págs. 17, 2.^a y 18, 1.^a

T

TESTADOR

— 185 —

El artículo 1127 del Código Civil consagra una norma general, de carácter directivo, tendiente a hacer prevalecer la voluntad del testador, con tal que no se oponga a los requisitos legales. Ante todo, debe salvarse esa voluntad, con la limitación expresada, y para esto es necesario muchas veces la interpretación de cláusulas ambiguas u oscuras, contenidas en el testamento, para darles eficacia legal. Pero, como es obvio, si esto acaece con las cláusulas que adolecen de ambigüedad u oscuridad, no puede acontecer cuando aquéllas son claras, precisas y nítidas; entonces lo único que al respecto puede resultar es su inefectividad o invalidez cuando pugnan con disposiciones legales o con los principios generales de orden público y de buenas costumbres. La norma contenida en el artículo 1127, que hace al juzgador intérprete de la voluntad del testador, tiene por lo tanto ciertas e indispensables limitaciones. (Casación, LV, números 1996 y 1997, mayo 25 de 1943).....Pág. 306, 1.^a

TÍTULOS

— 186 —

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.º de la Ley 160 de 1936, puede y debe admitirse que, a falta del título emanado del Estado, otros documentos públicos de origen oficial emanados de autoridades competentes acreditan su existencia. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1996 y 1997, marzo 24 de 1943).....Pág. 395, 2.^a

U

USUFRUCTO

— 187 —

Debe presumirse que quien usufructúa la finca cuya posesión se reconoce judicialmente es el poseedor a quien la posesión se concede, y no aquella persona que es vencida por aquél en el juicio posesorio. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1993 a 1995, diciembre 2 de 1942).....Pág. 186, 1.^a y 2.^a

V

VENTA DE ARMAS

— 188 —

El artículo 15 del Decreto número 954 de 1932 facultó a los Alcaldes Municipales de los lugares donde se vendan armas de defensa personal, sin que el comprador presente el permiso de compra de que debe estar provisto de conformidad con las disposiciones del mismo Decreto y del 1206 de 1927, para imponer al vendedor multas de \$ 100 a \$ 500 por la infracción. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LV, números 1993 a 1995, febrero 18 de 1943).....Pág. 144, 2.^a

VENTA DE BIENES DE LOS CÓNYUGES BAJO
EL IMPERIO DE LA LEY 28 DE 1932

— 189 —

Los bienes que eran sociales para el 1.º de enero de 1933, y que no tenían por qué dejar de serlo ante el solo hecho de regir la nueva ley, no pueden enajenarse, ya bajo ella, sino por ambos socios mientras dure la sociedad y no haya habido liquidación que los traspase a uno solo de los dos; de ahí que sean infirmables y aun se hayan infirmado enajenaciones de bienes en esa situación hechas por el marido sin el concurso de la mujer, o por ésta sin el concurso del marido. En contraste con esos bienes, los adquiridos por uno de los consortes a cualquier título durante el matrimonio bajo la vigencia de la nueva ley, son de la libre disposición del respectivo adquirente, de suerte que para la validez de su enajenación no se requiere la concurrencia o intervención del otro. (Casación, LV, números 1993 a 1995, marzo 22 de 1943).....Pág. 65, 1.^a y 2.^a

VEREDICTO

— 190 —

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.

Suele ocurrir que además de los dos cuestionarios se propongan al Jurado otros, por ejemplo sobre riña, estado de ira e intenso dolor, etc.; en ese caso la respuesta negativa del segundo cuestionario no implica absolución si el primero y los demás se han contestado afirmativamente, porque el conjunto de esas afirmaciones está indicando que el Jurado no niega por completo el nexo de causalidad moral entre la acción y el resultado; y entonces el Juez de derecho tiene una clave de interpretación del veredicto y puede emitir sentencia condenatoria aplicando la correspondiente disposición penal, verbigracia la que contempla el homicidio cometido en estado de ira o de intenso dolor. Algo semejante sucedería en el caso de que el Jurado contestara negativamente el cuestionario sobre propósito de matar, y afirmativamente el relativo a la ejecución material del hecho, y otro cuestionario sobre enajenación mental o grave anomalía psíquica del procesado, pues entonces se vería claramente que por la misma alteración mental del reo lo consideró el Jurado incapaz de un dolo de propósito, sin que con ello pensarán los Jueces de hecho colocar al procesado fuera de la órbita de las medidas de seguridad. 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? Todos estos problemas se deben a deficiencia—como en el caso de autos—en la manera de proponer los cuestionarios al Jurado. Deberían los Jueces prever la necesidad de pro-

poner, además de la pregunta sobre la intención de matar, otras relativas a la ultraintención, o a las concausas que hayan podido contribuir al fallecimiento de la víctima. (Casación, LV, números 1998 y 1999, abril 2 de 1943).....Pág. 643, 1.^a y 2.^a

VEREDICTO

— 191 —

Conforme a la parte final del artículo 536 del Código de Procedimiento Penal, debe entenderse por veredicto la decisión unánime o mayoritaria del ente llamado Jurado. (Casación, LV, números 1996 y 1997, abril 13 de 1943)..... Pág. 359, 2.^a

VEREDICTO

— 192 —

Un veredicto es notoriamente injusto cuando repugna a la evidencia, y ésta, en lo judicial, no es sino la completa demostración de un hecho, aserto de donde se desprende otro: que la injusticia notoria de cualquier veredicto descansa en la razón de que se opone a esa plena prueba.

Si la ausencia de pruebas de un convenio para matar no es prueba plena de la *inexistencia* de la cooperación, por lo cual no se opondría a lo evidente el veredicto que afirmara esa cooperación, *a fortiori*, ¿cómo va a pecar de notoria injusticia un veredicto que, se cimienta en algún acopio de comprobaciones aunque a éstas les quepa el reparo de ser incompletas ante las reglas legales que ciertamente no son la norma para adquirir el Jurado su convicción?

Si para abrir causa y condenar se echa mano de prueba *incompleta* o deficiente de la responsabilidad, en los juicios por Jurado, la falta no puede ser corregida con el remedio del veredicto contrario a la evidencia, precisamente porque cualquiera demostración, así sea la más indirecta y la más mínima, es apta o capaz de servirle al Jurado como firme sustentáculo de su decisión. (Casación, LV, números 1998 y 1999, julio 21 de 1943). Pág. 671, 2.^a

VEREDICTO

— 193 —

En repetidas ocasiones ha sostenido la Corte que veredicto es la respuesta que obtenga la unanimidad o la mayoría de los votos de los Jurados. El Jurado está formado por cinco ciudadanos; si uno de ellos contesta negativamente la pregunta

relativa a la ejecución del hecho, no puede por ello prescindirse de las respuestas que dé a los demás cuestionarios, porque se desintegraría el Jurado, ya que el escrutinio se hace sobre la totalidad de las respuestas y no individualmente sobre las contestaciones de cada Jurado. (Casación, LV, números 1996 y 1997, abril 6 de 1943).

Pág. 354, 2.^a

VEREDICTO

— 194 —

En los juicios por Jurado la sentencia sólo se funda mediatamente en las pruebas, porque la base inmediata para el fallo de derecho es el veredicto. Y como los Jurados no están sometidos para apreciar el valor de las pruebas a reglas legales y su decisión sobre el problema mismo de la responsabilidad la dan verdad sabida y buena fe guardada, no es aceptable la acusación contra una sentencia de Tribunal Superior cuando se pretende fundarla en que éste no apreció en su genuino valor las pruebas; y no es admisible tal cargo contra la sentencia porque la estimación de las pruebas y de la responsabilidad quien la hace en realidad no es el Tribunal sino el Jurado. Sería vulnerable la sentencia si se hubiese apartado del veredicto o si se hubiese fundado en un veredicto notoriamente injusto.

El Código de Procedimiento Penal no dijo expresamente — como lo habían hecho las anteriores leyes de casación — que sea causal de este recurso extraordinario la notoria injusticia del veredicto. La Corte, y eso interpretando la ley con grande amplitud, ha admitido que dentro de la causal 2.^a, y sólo en señalados casos, puede ser motivo de casación la injusticia del veredicto. Pero ha dicho también, de modo enfático, que no puede considerarse notoriamente injusto el veredicto si tiene suficiente respaldo en las pruebas del proceso; y que la mera conjetura sobre posible error no basta para considerar el veredicto injusto ni, menos, notoriamente injusto. Ahora: si tales asertos se hacen cuando la alegada injusticia del veredicto se basa en que el reo no ejecutó el acto que se le imputa, con tanto mayor razón si donde se quiere hallar la injusticia no es en la existencia del hecho inculminado sino apenas en alguna modalidad del mismo.

La notoria injusticia del veredicto — en el supuesto de que un recurrente en casación la invoque de modo razonado y extenso — ha de resultar tan palmaria que se imponga como evidente. (Casación, LV, números 1998 y 1999, julio 6 de 1943). Págs. 664, 2.^a, y 665, 1.^a

VEREDICTO

— 195 —

La notoria injusticia del veredicto subsiste en casación hoy bajo expresiones diversas de las que contenía la causal 5.ª del artículo 3.º, Ley 118 de 1931, y acoger esa doctrina no es trocar tal recurso en una tercera instancia, porque semejante reparo habría que hacerlo también a los otros motivos de casación del artículo 567, Ley 94 de 1938, el estudio de los cuales frecuentemente obliga a comparar la sentencia del Tribunal con el acopio probatorio que apreciaron el Jurado y los falladores de derecho, y porque el veredicto que adolece de injusticia palmaria es punto de excepcional interés o de muy grande entidad jurídica, cuyo examen en casación lejos está de parecerse a un tercer grado del juicio.

No constituye contradicción del veredicto la circunstancia de que las respuestas estén en desacuerdo con los hechos que figuran en el proceso, pues, como lo ha dicho la Corte, contradictorio es lo que envuelve afirmación y negación a la vez, que se oponen una a otra y mutuamente se destruyen. Lo contradictorio de un veredicto está en la imposibilidad de conciliar el contenido de sus propias voces o proposiciones en que unas afirman lo que otras niegan, no pudiendo ser a un mismo tiempo verdaderas ni falsas, y no es ni puede ser la discrepancia u oposición de los términos en que se concibió, con alguna cuestión de hecho o cualesquiera opiniones de derecho, porque cuando un veredicto contradice evidentemente los hechos y el derecho, hay apenas campo a la declaración de notoria injusticia. En una palabra, la contradicción de un veredicto debe referirse al veredicto mismo, a los elementos que lo integran, y no a su relación con las pruebas del proceso. (Casación, LV, números 1996 y 1997, diciembre 10 de 1942)..... Pág. 347, 2.ª

VEREDICTO CONTRADICTORIO

— 196 —

Contradictorio, había dicho la Corte en otra ocasión, es lo que envuelve afirmación y negación a la vez, que se oponen una a otra y mutuamente se destruyen. Lo contradictorio de un veredicto está en la imposibilidad de conciliar el contenido de sus propias voces o proposiciones en que unas afirman lo que otras niegan, no pudiendo ser a un mismo tiempo verdaderas ni falsas y no es ni puede ser la discrepancia u oposición de los términos en que se concibió, con alguna cuestión de hecho o con cualesquiera opinio-

nes de derecho, porque cuando un veredicto contradice evidentemente los hechos y el derecho, hay apenas campo a la declaración de notoria injusticia. (Casación, LV, números 1998 y 1999, julio 22 de 1943).....Pág. 677, 2.ª

VEREDICTO CONTRADICTORIO—MANERA DE COMPUTAR LA MAYORÍA DE VOTOS DE LOS JURADOS

— 197 —

La contradicción de un veredicto debe buscarse, no entre las respuestas individuales de cada uno de los miembros del Jurado, sino entre la contestación o contestaciones de mayoría dadas a las diferentes cuestiones. Así se deduce de los artículos 536 y 567 de la Ley 94 de 1938.

La firma de los miembros del Jurado que la ley exige en la diligencia de escrutinio, es sin duda un requisito de autenticidad, y deja entender claramente que el escrutinio se debe hacer con la intervención de aquéllos, o al menos en su presencia. Si aparece, como en el presente caso, que todos suscribieron el acta y que no hay aclaración, constancia o salvedad alguna de parte de ninguno de ellos, es porque la encontraron conforme con la verdad. En el caso a que alude el proceso, la Corte revisó cuidadosamente el escrutinio y comprobó que los cómputos estaban bien hechos, y que por tanto las declaraciones consignadas en el acta son el trasunto fiel de la voluntad expresada por el Jurado, por mayoría de votos.

Producido así el veredicto, esto es, sin que se hubiera incurrido en ninguna informalidad, la misión del Juez no es otra que acogerlo y fallar en consecuencia, o declararlo contrario a la evidencia de los hechos, si el proceso así lo demuestra. No se vé cómo pueda legalmente el Juez de derecho, a pretexto de ejercer esta última facultad, realizar un nuevo escrutinio con el fin de deducir, independientemente de las resoluciones de mayoría, las contradicciones e inconsecuencias en que individualmente haya incurrido cada miembro del Jurado al contestar las distintas cuestiones y mediante este procedimiento desintegrar la base numérica de las respuestas uniformes de tres o más miembros del Jurado, desconociendo, en síntesis, la validez del acta de escrutinio, hecho ante el Jurado, con arreglo a las prescripciones legales.

Por la estrecha relación que guarda con la tesis relativa al veredicto contradictorio, se transcribe aquí lo que dijo la Corte en reciente fallo:

«El problema que se plantea es el de saber si por veredicto del Jurado debe entenderse la respuesta

individual o personal de cada uno de los ciudadanos que forman el tribunal de conciencia, o, por el contrario, la decisión unánime o mayoritaria de la entidad así llamada. En los procesos de competencia de los Jueces Superiores la sentencia debe dictarse de acuerdo con la calificación que el Jurado dé a los hechos sobre los cuales ha verificado el debate; y el Jurado está compuesto de cinco Jueces de hecho, designados como lo dice la ley, debiendo cada uno de los Jurados o Jueces de hecho, contestar cada cuestionario con un "sí" o un "no", sin agregar explicación de ninguna naturaleza; y se tendrá como veredicto la respuesta que obtenga la mayoría de votos. La Corte estima, de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Penal, que para la decisión de todas y cada una de las cuestiones se ha de entender constituido el Jurado siempre por "cinco" miembros; y que para el veredicto debe considerarse la respuesta unánime de los cinco Jurados o la mayoría computada sobre estos cinco miembros. Parece que la confusión relativa a la interpretación del veredicto se originó en los contradictorios sentidos que se han dado al artículo 501 del Código de Procedimiento Penal, que dice así: "Cuando la respuesta al primero de los cuestionarios fuere negativa, no se tomarán en cuenta las que se hubieren dado a los demás, cualesquiera que ellas sean". Es lógico y claro que si el tribunal de conciencia ha contestado negativamente la primera cuestión, sobre el hecho o hechos materiales constitutivos del cuerpo del delito, no se tomen en cuenta las demás respuestas, porque si el acusado no ha realizado los hechos a que se refiere el proceso, es inconducente el estudio referente a la intención y a las circunstancias constitutivas o modificadoras del delito. Si se interpreta que contestada afirmativamente por mayoría la primera cuestión no se han de tomar en cuenta en las demás los votos de los minoritarios, se aceptarla implícitamente que el Jurado siga integrado por un número menor del que debe formar según precepto legal». (Casación, LV, números 1993 a 1995, diciembre 7 de 1942)..... Pág. 87, 2.ª

VEREDICTO CONTRADICTORIO Y VEREDICTO NOTORIAMENTE INJUSTO

— 198 —

Los dos conceptos —veredicto contradictorio y veredicto notoriamente injusto— están lejos de ser equivalentes. Habría contradicción en el veredicto si, contestado negativamente el primer cuestionario, la respuesta del segundo fuese afirmativa; porque negada la ejecución material del hecho por el agente, resulta absurdo decir que lo

hizo con intención o propósito. Sería contradictorio en ese caso el veredicto que al propio tiempo niega y afirma acerca de una misma cosa.

Algo semejante podría ocurrir si se contestara afirmativamente el cuestionario sobre los hechos de que tratan los numerales 3.º, 5.º u 8.º del artículo 363 del Código Penal (homicidio cometido para consumir otro delito, o con circunstancias que pongan a la víctima en condiciones de indefensión, como la insidia o la asechanza), al propio tiempo se contestara también de modo afirmativo otro cuestionario, del cual resulte que el matador obró en estado de legítima defensa, o cuando se contestan afirmativamente cuestionarios referentes a varios reos, veredictos según los cuales todos son responsables de la ejecución material de un hecho que solamente uno de ellos ha podido ejecutar.

Pero esta oposición entre unas respuestas y otras, emitidas al contestar los diferentes cuestionarios en la misma audiencia de un proceso, oposición que puede hacer contradictorio el veredicto apreciado en su conjunto, es cosa muy distinta de la injusticia de que pueda adolecer cada una de las contestaciones en particular.

En el presente caso, en concepto de los Jueces de hecho, sí hubo un acto criminoso en el cual la víctima se halló en condiciones de inferioridad por embriaguez (aunque no indefensa por completo) y el matador obró impulsado por ira e intenso dolor que le causara grave e injusta provocación. No hay contradicción entre unas respuestas y otras.

En particular, ¿por qué es contradictoria la negativa de la intención de matar, con la afirmación de que el agente obró en estado de ira e intenso dolor, causado por grave e injusta provocación? ¿No es más bien verosímil que quien está cegado por la ira y el dolor, reaccione en forma de no saber él mismo cuál es el daño que va a causarle a quien lo ha provocado?

La antigua Ley de casación penal (118 de 1931) establecía como causal 5.ª el haberse dictado la sentencia «sobre un veredicto viciado de injusticia notoria»; y como causal 6.ª, el basarse la sentencia en «un veredicto evidentemente contradictorio». Lo cual hace ver que la Ley de 1931 reconocía diferencia sustancial entre los dos conceptos.

El nuevo Código de Procedimiento Penal no enunció expresamente entre los motivos de casación la notoria injusticia del veredicto. En cambio, puso como causal 7.ª de casación el que «la sentencia se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio».

La Corte ha admitido en algunos fallos que la notoria injusticia del veredicto puede hoy aceptarse como motivo de casación, en señalados casos y con las debidas limitaciones, pero siempre que el recurso se funde en la causal 2.ª (artículo 567 del nuevo Código de Procedimiento Penal), y eso dándole a ella una amplia interpretación inspirada en sentimientos de equidad a favor del procesado y también consultando los intereses de la defensa social, es decir, por elevados móviles de justicia. El esfuerzo mismo que la Sala ha realizado para llegar a esa tesis —notoria injusticia del veredicto como motivo de casación por la causal 2.ª— está haciendo ver que la idea de injusticia notoria no puede hoy identificarse con la de veredicto contrario.

El veredicto negativo sobre la intención de dar muerte puede en algunos casos implicar la negación del nexo de causalidad moral o psicológica entre el agente y el hecho, lo cual equivaldría a una solución. Pero en el presente caso ni el defensor ni el Fiscal recurrente plantearon tal problema ni a la Corte le sería dable estudiarlo y, menos, resolverlo oficiosamente. (Casación, LV, números 1993 a 1995, diciembre 2 de 1942).

Pág. 82, 1.ª y 2.ª y s. s.

VIOLENCIA

— 199 —

Para que exista la violencia es necesario el elemento *coacta voluntas*, según expresión de los jurisperitos romanos, que consiste en la fuerza de que se usa contra alguna persona para obligarla a hacer lo que no quiere por medios a que no puede resistir. Es una presión sobre el ánimo, que influye de una manera tan determinante en quien padece la violencia, que su voluntad no queda libre sino sometida al agente de la fuerza. Tiene ésta un carácter subjetivo, porque la violencia no vicia el consentimiento ni inhibe la voluntad, siempre que se ejercita, y por eso es preciso tener en cuenta en cada caso las circunstancias, condiciones, sexo, etc., del que la padece. Tiene también un carácter relativo, porque no es cualquier temor el que constituye la fuerza como vicio del consentimiento o coacción de la voluntad, sino un temor o un mal presente, y de ahí el siguiente texto romano: *metum praesentem suspicionem inferendi ejus*. (Auto, Sala de Casación Civil, LV, números 1998 y 1999, junio 9 de 1943).

Pág. 533, 2.ª

T A B L A

DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES, LEGALES Y ADMINISTRATIVAS CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LV DE LA «GACETA JUDICIAL»

	CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1853	Arts.	Números
Arts.	Números		
42	56	946	95
		947	164
		955	164
		979	95, 96
	CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1858	1127	185
49	56	1148	125
		1150	125
		1170	105
	CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1863	1193	105
70	56	1394	128
		1405	107
		1407	107
		1496	116
	CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1936	1506	65
6.º	51	1521	126
9.º	50	1523	126
22	109, 124	1524	152
26	49, 153	1546	169
38	51, 52, 141	1548	179
54	49	1557	136
69	49, 50	1602	69
73	49	1604	136
115	49	1607	107
148	56	1609	69, 116
160	56	1622	97
		1694	54
		1748	179
		1766	179
		1934	179
		1940	179
66	151	1947	107
365	113	1948	107
403	72, 75	1958	107
404	72, 75	1982	10
521	61	2020	179
630	20	2042	11
669	20, 110	2072	136
675	17	2079	183
706	17	2084	181
707	17	2189	112
708	17	2191	112
749	110	2231	107
756	110	2341	173
762	95	2347	134
772	95	2349	134
791	95	2356	135
916	20		
	CÓDIGO CIVIL.		

Arts.	Números
2357	134
2358	132
2441	179
2466	107
2488	61
2562	165
2577	179
2594	110
2637	165

CÓDIGO DE COMERCIO TERRESTRE

219	42
322	136
465	183
472	181, 183
475	181
476	181
477	181
478	181
479	181
480	183
487	182
505	183
567	183
578	183
589	183

CÓDIGO DE COMERCIO MARÍTIMO

56 | 117

CÓDIGO DE MINAS

285 | 114

CÓDIGO FISCAL DE 1873

.....	165
879	150

CÓDIGO PENAL DE 1890

.....	109
1.º	94
22	38
23	38

CÓDIGO PENAL DE 1936

.....	56
1	124
3	124, 109
12	94
28	13
29	94
85	109
171	4
362	34
363	34, 198
365	34
373	88
382	81
383	81
398	64
399	64
400	64

Arts.	Números
402	64
403	64
404	64

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

5.º	109, 124
536	191
567	198

CÓDIGO JUDICIAL DEROGADO

984	165
1310	89
1311	89
1312	89
1313	89
1993	141

CÓDIGO JUDICIAL VIGENTE

33	56
37	36
38	36, 104
76	36
82	36
152	144
155	144
171	141
175	141
176	76
209	123, 144
227	119
283	2
327	6
332	141
342	141
366	6
387	6
398	144
448	119
449	118
451	120
457	120
466	140
471	174, 175
472	21, 175
494	8
520	97, 119, 155, 174, 180
542	157
543	157
544	157
545	157
546	157
553	111
593	21
594	157
601	22
630	157
635	30
636	157
661	155
662	155, 157
664	157
665	155, 157



Arts.	Números
666	157
721	59
870	89
936	180
937	180
943	180
944	180
945	180
946	180
947	180
948	180
965	128
999	24

LEYES ESPECIALES:

LEY DE 11 DE OCTUBRE DE 1821

..... | 168

LEY DE 6 DE MARZO DE 1832

..... | 168

LEY DE 19 DE MAYO DE 1834

178 | 17

LEY DE 2 DE JUNIO DE 1834

..... | 168
7.º | 168
10 | 168

LEY DE 13 DE JUNIO DE 1844

26 | 17

LEY DE 22 DE JUNIO DE 1848

6.º | 17

LEY DE 22 DE JUNIO DE 1850

..... | 17
1.º | 17

LEY DE 21 DE MAYO DE 1851

..... | 17

LEY DE 15 DE JULIO DE 1853

..... | 95

LEY DE 7 DE FEBRERO DE 1857

..... | 17
1.º | 17
10 | 17

LEY DE 2 DE JUNIO DE 1857

Arts. Números
..... | 17

LEY 63 DE 1872

..... | 5, 14

LEY 18 DE 1874

..... | 5

LEY 153 DE 1887

43 | 124
44 | 109, 124

LEY 11 DE 1886

6 | 79

LEY 89 DE 1890

7.º | 127
35 | 127
36 | 127

LEY 95 DE 1890

1.º | 8

LEY 105 DE 1890

79 | 59
359 | 90

LEY 169 DE 1896

4.º | 75
29 | 176

LEY 130 DE 1913

93 | 178

LEY 71 DE 1916

16 | 129

LEY 38 DE 1918

1.º | 138
2.º | 138

LEY 76 DE 1920

26 | 136

LEY 104 DE 1922

Arts. Números

1.º	127
2.º	127
3.º	127
4.º	127
20	99
21	99

LEY 46 DE 1923

91	43
116	43
154	45
160	43
186	43, 45
187	43
191	44

LEY 71 DE 1925

.....	71
-------	----

LEY 81 DE 1931

12	85
----	----

LEY 58 DE 1931

3.º	49
-----	----

LEY 79 DE 1931

.....	1
-------	---

LEY 118 DE 1931

3.º	195
-----	-----

LEY 28 DE 1932

.....	162, 184, 189
1.º	162

LEY 39 DE 1933

1.º	113
-----	-----

LEY 21 DE 1935

.....	93
-------	----

LEY 78 DE 1935

2.º	85
20	85, 87
24	93

LEY 45 DE 1936

Arts. Números

.....	75
3.º	80
7.º	72, 74, 75
12	73

LEY 63 DE 1936

60	131
----	-----

LEY 66 DE 1936

66	152
79	180

LEY 83 DE 1936

3.º	141
-----	-----

LEY 109 DE 1936

.....	52
-------	----

LEY 160 DE 1936

3.º	186
10	14
.....	143, 145

LEY 200 DE 1936

1.º	147
3.º	147
6.º	153

LEY 51 DE 1937

3.º	49
-----	----

LEY 77 DE 1938

.....	79, 148
-------	---------

LEY 94 DE 1938

536	197
567	197
571	161

LEY 126 DE 1938

.....	52
-------	----

LEY 44 DE 1939

1.º	173
-----	-----

LEY 167 DE 1941 (CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO)

Arts.	Números
62	49
120	60
122	60
147	104
169	41
188	41
261	138
262	138

LEY 7.^a DE 1943

19 | 167

DECRETOS ESPECIALES:

DECRETO DEL LIBERTADOR DE 20 DE MAYO DE 1820

..... | 168

DECRETO DEL 9 DE JULIO DE 1853

..... | 95

DECRETO NÚMERO 1206 DE 1927

..... | 48, 188

DECRETO NÚMERO 32 DE 1932

7.º	49
8.º	49
10	49

DECRETO NÚMERO 954 DE 1932

15 | 188

DECRETO NÚMERO 1954 DE 1932

..... | 48

DECRETO NÚMERO 818 DE 1936

Arts.	Números
42	85
45	85
50	85
60	85
61	85
64	85
124	85, +6
125	86, 87

DECRETO NÚMERO 1020 DE 1936

66 | 24

DECRETO EXTRAORDINARIO NÚMERO 5 DE 1940

..... | 52

DECRETO NÚMERO 1357 DE 1941

..... | 51

DECRETO NÚMERO 200 DE 1942

..... | 52

DECRETO NÚMERO 1420 DE 1943

..... | 63

RECOPILACIÓN DE INDIAS

..... | 168

CÓDIGO CIVIL DE ALEMANIA

322 | 69



INDICE ALFABETICO

A						
Acosta Ch. Jesús contra «Carboneras de San Vicente». Ordinario de responsabilidad civil por perjuicios.....	593		Capacho Flórez Pablo Antonio. Causa por robo, lesiones personales y asesinato.....	346		Págs.
Alonso v. de Molano Josefina contra Zoraida Molano y otros. Ordinario sobre declaración de derecho a una porción conyugal.....	574		Cárdenas Francisco y Teófilo. Causa por asesinato e incendio.....	675		
Andrade Ospina Arturo contra The National City Bank of New York. Ordinario de responsabilidad bancaria por pago de cheques falsos.....	48		Cárdenas María J. contra Sara Moyano v. de Castaño, e Inés Jiménez v. de Castaño. Ordinario de filiación natural.....	301		
Arbeláez José Salvador. Causa por homicidio ultraintencional.....	357		Cárdenas Pompilio. Causa por estafa.....	349		
Arenas Germán, Presidente de la honorable Corte Suprema de Justicia del Perú. Mensajes a la honorable Corte Suprema de Justicia de Colombia.....	504		Cardoso Gaitán Anibal. <i>Editorial</i> . El daño sucesivo y su indemnización.....	215		
Arévalo Correal Edilberto. Se le llama a responder en juicio por abuso de autoridad.....	321		Cardoso Bernardino. Declaración de incompetencia de la Corte para conocer de la apelación de un auto de sobreseimiento definitivo.....	100		
Atehortúa Arcesio. Causa por hurto.....	93		Casas Efraín. Causa por asesinato y robo.....	656		
B						
Ballén Purificación contra Alejandrina Ortiz. Ordinario de reivindicación.....	546		Castro Efraín y otro. Causa por robo.....	666		
Barreto Roberto J. contra Municipio de Bogotá. Ordinario sobre pago de perjuicios.....	258		Ceballos Rojas Alfonso. Causa por asesinato.....	89		
Beltrán Reyes y Luis y Mardoqueo y Luis Antonio Benito. Proceso por asesinato.....	635		Cepeda Isaías, Presidente de la honorable Corte Suprema de Justicia. Mensajes a la honorable Corte Suprema de Justicia del Perú.....	504		
Blanco Núñez José María, Magistrado de la Corte. Manifestación de impedimento para conocer del juicio sobre inexequibilidad del artículo 3.º del Decreto 756 de 1942.....	1		Cifuentes y Gutiérrez Alfonso contra Heriberto Schwartau Skildsen. Juicio sobre pérdida de la nacionalidad. Reposición de un auto.....	774		
Borja M. Francisco contra Ana de Jesús García v. de Vaca y otro. Ordinario sobre pago de unos honorarios de abogado.....	543		Recurso de súplica.....	779		
Bueno José María contra Nicasio y Querubín Perdomo. Ordinario por suma de pesos.....	238		Colegio de Jesús María y José contra la Nación. Interdicto de restitución de la posesión por despojo.....	473		
Burbano B. Efraím contra el Departamento de Nariño. Ordinario por suma de pesos.....	742		No se aclara la sentencia anterior.....	490		
C						
Caicedo María Luisa contra Joaquín A. Collazos V. y otros. Recurso de hecho en un juicio ordinario sobre reconocimiento de un hijo natural.....	265		Combariza M. Gonzalo. Sobreseimiento definitivo.....	652		
Camelo Santos contra la Nación. Ordinario de indemnización de perjuicios, por accidente de trabajo. Reposición del auto que declara la incompetencia de la Corte.....	683		Compañía de Petróleos del Carare y Comunidad de condueños del antiguo resguardo de indígenas de Tubará contra la Nación. Aviso de exploración de petróleo.....	124		
			Comunidad de condueños de El Carmen o Malamba y otro. Aviso de exploración y explotación de petróleo.....	686		
			Comunidad de Candelaria o condueños y otro contra Jaime Samper. Oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleo nacionales.....	744		
			Comunidad Dominicana de Chiquinquirá contra la Nación. Interdicto posesorio por despojo de unos inmuebles.....	454		
			No se aclara el fallo anterior.....	466		
			Cuervo Julio S. y Florentina Ruiz de Cuervo, contra la Nación. Ordinario sobre perjuicios morales y materiales.....	763		
			CH			
			Chedraue José Nicolás contra Pedro Chedraue: Ordinario sobre pago de una suma de pesos.....	577		

D

	Págs.
Decreto acusado número 32 de 1938, reglamentario de la Ley 51 de 1937, sobre ejercicio de la odontología, Inexequibles: parcialmente, artículo 7.º; 8.º y 10, totalmente.....	3
Decreto acusado 2259 de 1939, reglamentario de la Ley 105 de 1936, inexequible artículo 3.º.....	7
Decreto acusado número 1357 de 1941, sobre contadores juramentados, totalmente inexequible.....	223
Decreto número 200 de 1942, sobre alza de tarifas en las empresas de energía eléctrica. Inexequible su artículo único.....	230
Decretos acusados 1454 de 1940 y 1743 de 1942, sobre la Asociación Nacional de Manufactureros. No se resuelve sobre esta demanda por sustracción de materia.....	509
Delgado Uribe Luis Felipe y María Josefa Uscátegui contra el General Jorge Martínez L. Ordinario sobre pago de una suma de pesos....	54
Departamento de Cundinamarca contra Luis Mallarino Child. Ejecutivo. Excepciones.....	726
Díaz Carlos Arturo contra el doctor Mario Romero Padilla, Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá. Incidente de recusación....	98
Dryander Hans J. contra el Departamento del Valle y el Municipio de Zarzal. Ordinario de cumplimiento de un contrato e indemnización de perjuicios.....	713

E

Echeverría v. de Recio Mercedes contra The Tropical Oil Company S. A. Ordinario sobre pago de perjuicios.....	285
Escobar David o Almaquio Vera y otro. Causa por homicidio.....	102
Espalza Antonio y otros. Causa por homicidio....	91

F

Facio Lince Wenceslao, Magistrado del Tribunal Superior de Medellín. Incidente sobre un impedimento para conocer de un sumario contra Jaime Orrego Madrid y otros.....	633
Fernández Monroy Isabel, Matilde Fernández y Concepción Monroy contra Felipe Rodríguez y Antonio Patiño. Ordinario sobre nulidad de un contrato y reivindicación.....	520
Figueroa Luis María contra Eladio y Olga María Nieto. Ordinario de nulidad y resolución de un contrato.....	44
Fory Díaz Juan Ciro. Causa por asesinato.....	353
Fuentes Octavio contra Aquilino Rincón y María del Carmen Aparicio. Ordinario sobre simulación de un contrato.....	19

G

	Págs.
Galvis Jesús. Causa por heridas.....	363
Garcés Bernardo y Ana Luisa Montoya contra el Departamento de Caldas. Ordinario de responsabilidad civil.....	587
Garcés de la Cuesta Vicente contra Mesias Pinzón. Ordinario sobre propiedad de unas minas.....	526
García Paredes Celiar. Causa por homicidio.....	361
García Vásquez Demetrio. Se le llama a juicio por el delito de abuso de autoridad.....	73
García S. Elvira contra Pedro A. García. Ordinario de remoción de un curador.....	566
García Abril Julia. Proceso por homicidio.....	640
García Margarita contra A. Noguera & C.ª, Sucesores, Limitada. Recurso de hecho de un auto que niega el de casación.....	28
García de la Torre Roberto contra José María Córdoba. Ordinario por suma de pesos.....	290
Garzón Hipólito. Proceso por robo y fuga.....	680
Gómez Benjamín y María Elena Restrepo, contra la Nación. Ordinario sobre indemnización de perjuicios.....	384
Gómez Recuero Juan A. Incidente de nulidad de un juicio de deslinde y amojonamiento de El Charcón.....	111
Gómez B. Leonidas contra la Nación. Ordinario de responsabilidad civil por perjuicios.....	451
Grisales Salazar Alejandro y otros contra Luis María Grisales Gallegos. Ordinario de nulidad de unos contratos por simulación.....	310
Guerrero Joaquín y otros. Causa por homicidio.	91

H

Henríquez Rafael contra la Nación. Juicio de deslinde. Incidente de nulidad.....	111
No se repone el auto anterior.....	119
Helibron P. Gustavo contra la Nación. Ordinario de resolución de un contrato de donación.....	157
Hernández P. Carmen contra los herederos de Santiago Montaña. Ordinario sobre validez de un legado.....	304
Hijos de Augusto Tono, sociedad comercial, contra Douglas Freeman. Ordinario para el pago de una suma de pesos.....	550
Hurtado C. Vicente contra la Compañía de Cementos Portland Diamante. Ordinario por suma de pesos.....	298

J

Jaramillo Julio Enrique y otros contra la Nación. Apelación de una providencia en un juicio ordinario de indemnización de perjuicios por accidente.....	375
---	-----

Págs.		Págs.
67	Juan Elías contra Nicolás del Castillo y James W. Crump & C., S. en C. Ordinario de resolución de un contrato.....	223
99	Juez del Circuito de Florencia (Caquetá) contra Comando de la 6.ª Brigada del Ejército. Competencia negativa para el conocimiento de un sumario por peculado y falsedad.....	294
386	Juez de Tierras de Barranquilla contra el Alcalde Municipal de la misma ciudad. Recurso de hecho en un incidente de competencia por el conocimiento de un juicio de lanzamiento.....	511
473	Junta de Patronos del Colegio de Jesús María y José de Chiquinquirá contra la Nación. Interdicto de restitución de la posesión por despojo de un edificio.....	36
367	Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, contra Fernando Ramírez G. Ejecutivo. Excepciones.....	
692	Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Bogotá contra Rafael Galindo y otros. Ejecutivo. Excepciones.....	
697	Aclaración del auto anterior.....	
704	Juzgado de Rentas Nacionales de Cundinamarca contra Rodrigo Noguera. Ejecutivo. Excepciones.....	
783	Juzgado de Rentas Nacionales de Bogotá contra Carlos Rodríguez Maldonado. Ejecutivo. Excepciones.....	
K		
554	Konietzko Wolf contra Sucesión de Ana Josefina Pérez. Ordinario sobre petición de declaración de herederos.....	
L		
728	La Nación contra Manuel Castello, Rafael Ruiz Santos y otros. Excepciones dilatorias en un juicio ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero.....	
146	La Nación contra David A. Forero y otros. Juicio de división de bienes comunes.....	
142	La Nación contra «Macía & Compañía». Ejecutivo. Excepciones.....	
168	La Nación contra The Anglo Colombian Development Company Limited. Ordinario sobre petición de pago de una participación en la explotación de unas minas.....	
700	La Nación contra Pedro Trujillo, Isidoro Páez Sierra, Aureliano Márquez y otros. Ordinario de reivindicación.....	
425	La Nación contra Jesús Antonio Vega Lara. Ejecutivo. Excepciones.....	
663	Lagos Félix. Causa por asesinato.....	
599	León de López Rosa María contra Roberto Niño, Pedro Elías Durán y María Rosario Durán Gil. Ordinario de nulidad de un contrato y de reivindicación.....	
	Ley acusada número 58 de 1931. Sobre contadores juramentados. Inexequible parcialmente el artículo 46.....	223
	Linares Antonio contra Banco Agrícola Hipotecario. Ordinario de rescisión por lesión enorme.....	294
	Lourido Gonzalo, como Gerente de Tejar de Santa Mónica, S. A., contra el Municipio de Cali y otros. Ordinario sobre una servidumbre de acueducto.....	511
	Lozano Potes Telésforo contra Ana Gertrudis y José Joaquín Rengifo. Ordinario de nulidad de un contrato.....	36
M		
	Martínez Hernández Carlos. Causa por estafa....	661
	Martínez Leopoldo contra Samuel Ortigón Casas y Ana F. Escamilla de Pinzón. Ordinario de nulidad de un remate.....	273
	Medina Eliécer. Causa por homicidio.....	624
	Mejía G. Germán y Graciela contra Luis Duque, Heriberto Gómez Jiménez y otros. Ordinario de reivindicación.....	41
	Micolta O. Arnaldo, como apoderado de unos indígenas de Yumbo, contra el Municipio de Yumbo. Ordinario de nulidad de unos títulos y de reivindicación.....	235
	Montoya v. de Moreno Marta Elena contra el Departamento de Antioquia. Ordinario de responsabilidad civil e indemnización de perjuicios.....	413
	Montoya. Octavio. Causa por homicidio.....	85
	Morales P. Aristóbulo contra Roberto Morales G. Juicio especial sobre pago de una cesantía.	531
	Morales Pablo. Causa por robo.....	630
	Morales Parmenio y otros. Causa por asesinato.	668
	Municipio de Pivijay y otro contra Jaime Samper. Oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional.....	744
	Muñoz Heliodoro contra Eleázar Orozco. Ordinario de reivindicación.....	276
	Muñoz y Vieira Luis A. contra Gustavo Posada V. Ordinario de reivindicación.....	602
	Muñoz Víctor Manuel. Causa por robo.....	650
	Murillo Marco Aurelio. Causa por parricidio.....	79
	Murzi Olivo contra José Rosario González. Ordinario de oposición a un deslinde.....	607
N		
	Nieto Rojas José María contra la sucesión de Roza Báez. Ordinario de nulidad de unos contratos.....	267
O		
	Osorio Márquez José Ernesto. Causa por homicidio frustrado.....	105

	Págs.		Págs.
P			
Padilla Galvis José Antonio. Causa por robo.....	96	Rodríguez Felisa contra María de Jesús Bonilla y otros. Ordinario sobre nulidad de un contrato	589
Pareja Carlos H. contra la Nación. Ordinario sobre pago de una suma de pesos.....	151	Rodríguez Parmenio y otros. Causa por asesinato	668
Pérez o Pabón Luis y otro. Causa por homicidio	102	Rojas v. de Barriga Victoria contra Jorge Castillo Casas y Elisa Valenzuela de Castillo. Ordinario de reivindicación.....	242
Pérez Mejía de Triana María Escolástica contra Luis María Mejía y otros. Filiación natural. Ordinario	32	Rojas Londoño Gregorio y Ana Salazar contra Micaelina del Patrocinio Páez. Ordinario sobre pago de perjuicios.....	536
Pombo Antonio C. contra la Nación. Ordinario sobre nulidad de unas resoluciones y pago de perjuicios.....	790	Rojas Martín y Resurrección Núñez de Rojas contra el Municipio de Pijao. Ordinario de responsabilidad	563
Prieto V. Edmundo contra el Departamento de Boyacá. Ejecutivo.....	140	Romo Luis F. contra la Nación. Ordinario de reivindicación	448
Prieto Milciades y Estanislao contra Julio Cuarta Soriano y otros. Ordinario de oposición a la posesión de una mina.....	557	Rosero Zenón M. contra Alejandro Guerrero B. Ordinario de reivindicación.....	64
Q			
Quintana M. José G. contra National City Bank y la Bolsa de Bogotá. Ordinario de nulidad de un remate e indemnización de perjuicios.	315	Rulz Rivas Guillermo. Sobreseimiento definitivo de un cargo de responsabilidad.....	654
Quiroz Lisímaco y otro. Causa por homicidio y heridas.....	109	S	
R			
Ramírez H. Ana Felisa contra Cornelia Bonilla v. de Solís y otros. Ordinario de filiación natural.....	587	Salvamentos de voto del Magistrado doctor Campo Elías Aguirre:	
Ramírez Gómez José contra la Nación. Ordinario de nulidad de unas resoluciones.....	163	En la providencia en que se llama a responder en juicio al doctor Demetrio García Vásquez por el delito de abuso de autoridad.....	78
Recaudación de Rentas Departamentales de Tunja contra Carlos Buitrago Roa y Fabio Palacio Mantilla. Ejecutivo. Excepciones....	401	En la sentencia en que se declara la nulidad del proceso por homicidio contra Luis Pérez o Pabón y otro.....	104
Restrepo María Elena y otro contra la Nación. Ordinario de indemnización de perjuicios....	384	En la sentencia dictada en el proceso por homicidio seguido contra Julia García Abril.,	646
Restrepo O. Roberto contra Rafael Arredondo V. y Enrique Arredondo S. Ordinario sobre pago de una suma de pesos.....	9	Salvamentos de voto del Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán:	
Rivera Escobar José Ignacio contra la sucesión de Gabriel Rivera. Objeciones a una partición	23	En la sentencia dictada en el interdicto posesorio de la Comunidad Dominicana de Chiquinquirá contra la Nación.	463
Reyes Rafael A. y Magdalena García de Reyes contra Gabriel Pardo O. Ordinario de responsabilidad civil por perjuicios.....	282	En la providencia en que se niega la aclaración de la anterior sentencia	471
Richmond Petroleum Company of Colombia y otros contra Carlos de Narváez. Oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos.....	388	En la sentencia dictada en el juicio de restitución por despojo seguido por el Colegio de Jesús María y José contra la Nación.....	487
Richmond Petroleum Company contra Giovanni Serventi. Oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos.....	734	En la providencia en que se niega la aclaración de la anterior sentencia	498
Rodríguez Edilberto contra José Antonio y Vicente Oliveros. Ordinario de nulidad de un contrato y de reivindicación	96	Salvamento de voto de los Magistrados doctores Ricardo Hinestrosa Daza y Hernán Salamanca en la sentencia sobre filiación natural dictada en el juicio de María Escolástica Pérez Mejía de Triana contra Luis María Mejía y otros.....	36
		Salvamento de voto del Magistrado doctor José Antonio Montalvo en la sentencia por la cual se declaró que no había lugar a decidir sobre la demanda de los Decretos 1454 de 1940 y 1743 de 1942	510
		Salvamento de voto del Magistrado doctor Hernán Salamanca en la sentencia proferida en	

el juicio ordinario de reivindicación de He- liodoro Muñoz contra Eleazar Orozco.....	Págs. 280
Salomón Rosa contra Carlos Nauffal. Ordinario sobre cumplimiento de un contrato.....	581
Sandoval M. Julio R. contra Societé Nationale de Chémins de Fer en Colombie. Ordinario de reivindicación.....	261
Schwartz. Edgard contra Oscar Svendblad. Or- dinario sobre impugnación de la paternidad de un menor.....	256
Silva Navia Tobías. Causa por homicidio.....	628
Sindicatura de Impuestos de herencias, asigna- ciones y donaciones contra Roberto Pineda R. y Guillermo Obregón. Ejecutivo.....	378
Sociedad Edificio Vásquez S. A., contra J. Ale- jandro Vásquez. Ordinario sobre cancela- ción de marcas.....	249
Socony Vacuum Oil Co. of Colombia y otro. Aviso de exploración y explotación de pe- tróleos.....	686
Solano Fidel y otro. Causa por robo.....	666
Soto Sixto contra el Departamento de Bolívar. Ordinario sobre pago de una suma de pesos.	406
Suárez Zapardiel Sebastiana contra Fermín An- garita. Ordinario sobre resolución de un contrato.....	570
Suárez de De Francisco Waldina contra la Na- ción. Ordinario de responsabilidad civil e indemnización de perjuicios.....	408
Suescún Delgado Luis I. contra Rosalbina Bui- trago. Ordinario de nulidad de un contrato.	539

T

Támara Rogelio A. contra la Nación. Reposi- ción de un auto dictado en el juicio de des- linde de los terrenos de El Charcón.....	119
Tami Marcelino y otro. Causa por homicidio y heridas.....	109
Torres Suárez Amalia contra el Departamento de Santander. Ordinario sobre pago de una suma de pesos.....	421

U

Uribe María Elena contra la Nación. Ordinario de responsabilidad civil e indemnización de perjuicios.....	Págs. 371
Uribe Arcila Rubén contra el Departamento de Antioquia. Ordinario para el pago de una suma de pesos.....	

V

Vargas T. Pantaleón contra January Gómez V. Ordinario sobre pago de unos honorarios ...	618
Vega Ramón y otros. Causa por homicidio.....	91
Velásquez Marco A. contra Isaías Velásquez. Or- dinario de rescisión de un contrato por le- sión enorme.....	611
Vergara Miguel contra la Nación. Ordinario por suma de pesos. Incidente de nulidad.....	781
Villa Ernesto contra William Neilson, Oposi- ción a una propuesta de exploración y ex- plotación de petróleos.....	432
Villamil Julia contra la Nación. Ordinario de responsabilidad civil e indemnización de perjuicios.....	710
Villamil Luis F. Solicitud de revisión de su cau- sa por heridas.....	648
Vinasco María Esther y Ernesto J. contra Mi- guel Angel Rojas Q. Ordinario de filiación natural.....	53

W

Webér Carlos contra la Nación. Ordinario por pago de un cheque.....	423
--	-----

Z

Zambrano Medina Evangelina contra Empera- triz Medina de Rojas y otras. Partición. Ob- jeciones.....	30
Zambrano Valentin. Se niega la revisión de su causa por abuso de confianza.....	344
Zapata Pastor. Causa por homicidio intencional.	351

