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 Ia., Título I.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 LVI — BOGOTA - COLOMBIA, AGOSTO A DICIEMBRE DE 1943 — NUMEROS 2001 A 2005

CORTE SUPREMA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
SALA DE JUSTICIA

SALA PLENA

Artículo 15 de la Ley 67 de 1935, acusado como inconstitucional.

Si el artículo 15 de la Ley 67 de 1935 no viola el artículo 115 de la Constitución Nacional, ordinal 3º, sí es violatorio del 38 de la misma. En efecto, la reglamentación de las profesiones de enfermeros, comadronas, practicantes y farmacéuticos, 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. El Departamento Nacional de Higiene, 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. Tomando el artículo 15 en el sentido de contener una autorización al Departamento Nacional de Higiene "para reglamentar las profesiones" de que allí se habla, la disposición desconoce 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". El Congreso carecía del poder en el caso contemplado para conferir en esa materia autorizaciones al Departamento Nacional de Higiene. La disposición acusada viola, en consecuencia, el artículo 38 de la Constitución Nacional, y es, por tanto, inexequible.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, diez de agosto de mil novecientos cuarenta y tres.

La Ley 67 de 1935, por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de medicina y cirugía, dispuso en su artículo 15 lo siguiente:

"El Departamento Nacional de Higiene procederá a reglamentar las profesiones de enfermeros, comadronas, practicantes y farmacéuticos, fijando en dicha reglamentación, entre las sanciones, el retiro temporal o definitivo del título, permiso o licencia que se hayan concedido para el ejercicio de la respectiva profesión, cuando se comprobare la práctica de actos de una profesión no autorizada en la respectiva licencia, permiso o diploma."

Parecióle al doctor Maximiliano Galvis Rangel que la disposición citada contrariaba lo dispuesto por el numeral 3º del artículo 115 de la Constitución Nacional, que le atribuye al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, ejercer la potestad reglamentaria, expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de la ley, y por ello, haciendo uso del derecho que le otorga el artículo 149 de la Constitución, ocurrió a la Corte Suprema para que declarara inexequible el memorado artículo 15.

A juicio del demandante, la disposición de ese artículo que le confiere a una dependencia administrativa subalterna la facultad de reglamentar las profesiones allí señaladas, usurpa al Organo del Poder Ejecutivo una expresa y privativa atribución otorgada al Presidente de la República por el numeral 3º del artículo 115 ya citado.

El señor Procurador General de la Nación, en su réplica a la demanda del doctor Galvis, conceptuó que el artículo 15 acusado como inconstitucional, no quebranta la potestad reglamentaria a que se refiere el numeral 3º del artículo 115 de la Carta.

El Presidente de la República no necesita de autorización especial de la ley para reglamentarla. Esa atribución emana directamente de la Constitución, y es natural que ella, privativa del Presidente de la República, no la pueda delegar el legislador a ninguna otra autoridad o funcionario sin violar la prescripción constitucional de la potestad reglamentaria.

En el caso de autos, el artículo 15 no delegó en el Departamento Nacional de Higiene la facultad de reglamentar la Ley 67 de 1935, de la cual hace parte el artículo 15, que si lo hubiera hecho habría quebrantado la facultad constitucional conferida al Presidente de la República.

Lo que el artículo acusado estatuyó fue que el Departamento Nacional de Higiene procediera a reglamentar, no la ley, sino las profesiones de enfermeras, comadronas, practicantes y farmaceutas. Como este mandamiento no era para reglamentar ninguna ley, mal puede decirse que vaya contra la facultad presidencial de reglamentar la ley. En consecuencia, tiene toda la razón el señor Procurador al considerar que el artículo 15 no viola el ordinal 3º del artículo 115 de la Constitución Nacional.

Este mismo funcionario, en obedecimiento a la Ley 96 de 1936, consideró, por otro aspecto, que el mentado artículo 15 de la Ley 67 de 1935 sí era contrario al artículo 38 de la Carta, que dice:

"Toda persona es libre de escoger profesión u oficio; la ley podrá exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de la profesión."

El artículo 15, en estudio, autorizó al Departamento Nacional de Higiene para "reglamentar las profesiones de enfermeros, comadronas, practicantes y farmacéuticos". Error de técnica, y error de principios. La reglamentación de las profesiones de enfermeros, comadronas, practicantes y farmacéuticos, 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. El Departamento Nacional de Higiene, 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.

Tomando el artículo 15 en el sentido de contener una autorización al Departamento Nacional de Higiene "para reglamentar las profesiones" de que allí se habla, la disposición desconoce el artículo 38 de la Carta, que le reservó al legislador la facultad de "exigir título de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones". El Congreso carecía del poder en el caso contemplado para conferir en esa materia autorizaciones al Departamento Nacional de Higiene. La disposición acusada viola, en consecuencia, el artículo 38 de la Constitución Nacional, y es, por tanto, inexequible.

No está demás advertir que la tesis acabada de anotar aparece claramente expuesta en la sentencia de fecha 27 de marzo de 1943 (ponencia del Magistrado doctor Arturo Tapias Pilonieta); y que en este fallo, reafirmando la doctrina, se ha tomado de allí y reproducido lo que ha parecido conveniente.

En consecuencia, la Corte, en cumplimiento de lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 2º de la Ley 96 de 1936, y de acuerdo con el señor Procurador General de la República, declara inexequible el artículo 15 de la Ley 67 de 1935.

Comuníquese esta Resolución al Ministerio de Gobierno, al de Educación Nacional y al de Trabajo, Higiene y Previsión Social.

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

Isaías Cepeda, Campo Elías Aguirre, Daniel Anzola, José M. Blanco Núñez, Francisco Bruno, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Aníbal Cardoso Gaitán, Fulgencio Lequerica Vélez, José Antonio Montalvo, Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

Artículo 258 de la Ley 167 de 1941, acusado como inconstitucional.

La norma acusada como inexequible, o sea el artículo 258 de la Ley 167 de 1941, pugna con la del artículo 148 de la Constitución Nacional, numeral 3º, por cuanto somete la caducidad de un contrato a la decisión de la jurisdicción contencioso-administrativa, desconociendo por lo tanto el principio del numeral 3º ya citado, porque la declaración de caducidad de un pacto bilateral, en un negocio en que tenga parte la Nación, constituye una cuestión contenciosa atribuída para su resolución a la Corte Suprema, por imperio constitucional. Y si esto es así, dentro del terreno de la ley positiva dictada por el constituyente, también lo es en el de los principios generales en que se inspira la norma aludida, y en el de la distinta naturaleza y fines que distinguen y separan las dos jurisdicciones: la ordinaria judicial y la contencioso-administrativa. No tiene, pues, el legislador facultad para dictar una norma legal, como la acusada, que contraría una constitucional, que es la del artículo 148, numeral 3º, pues esa facultad sólo compete al constituyente. Por otra parte, el artículo acusado no puede interpretarse sino en el sentido de que la controversia sobre la resolución de un contrato, la decisión final sobre ese extremo, asunto contencioso por su naturaleza, y emanado de contratos celebrados entre la Nación y los particulares, corresponde al Consejo de Estado, contrariando la norma 3ª, como se ha visto, del artículo 148 del Estatuto.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, agosto treinta y uno de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

El doctor Carlos H. Pareja, en ejercicio del derecho que reconoce el artículo 149 de la Constitución demandó la inexequibilidad del artículo 258 de la Ley 167 de 1941, sobre organización de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Admitida la demanda y surtido el correspondiente traslado al señor Procurador de la Nación, éste lo contestó propugnando la inexequibilidad demandada.

Es el caso de resolver sobre el asunto y a ello procede la Corte.

El artículo 258 demandado es de este tenor:

"Dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la decisión de la reposición, si se ha hecho uso de este recurso, o dentro del mismo término, contado desde la notificación de la declaración de caducidad, podrá ocurrirse en demanda ante el Consejo de Estado contra la resolución.

"Esta demanda se tramita y decide por el procedimiento del Capítulo XV.

"El mismo principio se aplica cuando se demanda la resolución que se dicte sobre imposición de multas señaladas en contratos en que la Administración es parte."

El demandante afirma que la norma anterior es contraria y pugna con la regla 3ª del artículo 148 de la Constitución, que dice así:

"Son atribuciones de la Corte Suprema:

"....3ª Conocer de los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación o que constituyan litigio entre dos o más Departamentos";

Considera la Corte:

Las atribuciones y jurisdicción de la Corte, provienen: o de la Constitución o de las leyes. Como atribución especial encaminada a mantener la integridad de la Constitución se halla el artículo 149 de la Carta, y como facultades jurisdiccionales, de origen constitucional, se encuentra el artículo 148 de la misma.

Pero además de las facultades a que se refieren las dos normas estatales que acaban de citarse, tiene la Corte la jurisdicción y atribuciones que le confieren las leyes, por autorización expresa del constituyente; por eso reza el artículo 148 citado, en lo pertinente: "Son atribuciones de la Corte Suprema las demás que le señalan las leyes", y así lo dice el constituyente después de haber asignado a la Corte seis atribuciones en la precitada norma.

Las atribuciones de origen constitucional, como es obvio, no pueden ser modificadas o suprimidas sino por un acto constitucional, las que provienen de la ley, las que tienen el carácter de legales, se varían, sustituyen o modifican por otra ley.

Por el numeral 3º del artículo 148 de la Carta, la Corte conoce de los negocios contenciosos en

que tenga parte la Nación o que constituyan un litigio entre dos o más Departamentos. Ha querido el constituyente en esta norma radicar exclusivamente en el Organo Judicial, la competencia jurisdiccional para ventilar, conocer y decidir todas las acciones de carácter contractual en que esté interesada la Nación o que constituyan un litigio entre dos o más Departamentos.

La jurisdicción contencioso-administrativa, bajo cuyo radio de acción no cae por su naturaleza y por lo general la decisión de negocios meramente contractuales, no es apta para conocer de ellos, por lo mismo que existe otro organismo, el Judicial, cuya naturaleza y casi finalidad es la de decidir sobre las cuestiones de derecho privado sometidas al régimen contractual.

La jurisdicción de lo contencioso conoce de los actos de la Administración, pero no de las controversias suscitadas entre los particulares por la interpretación o cumplimiento de un pacto contractual. Las atribuciones contenidas en los Capítulos 5º, 6º y 7º de la Ley 167 de 1941 corroboran lo anterior y destacan la doctrina que acaba de exponerse, que, por otra parte, emana no sólo de los principios generales que distinguen las dos jurisdicciones, la judicial y la contenciosa, sino de la misma Constitución (artículo 148, numeral 3º, ya citado).

La norma acusada como inexequible, o sea el artículo 258 de la precitada Ley 167 de 1941, pugna con la norma constitucional, numeral 3º del artículo 148 de la Carta, por cuanto somete la caducidad de un contrato a la decisión de la jurisdicción contencioso-administrativa, desconociendo por lo tanto el principio del numeral 3º de la Carta, ya citado, porque la declaración de caducidad de un pacto bilateral, en un negocio en que tenga parte la Nación, constituye una cuestión contenciosa, atribuida para su resolución a la Corte Suprema, por imperio constitucional. Y si esto es así, dentro del terreno de la ley positiva dictada por el constituyente, también lo es en el de los principios generales en que se inspira la norma aludida, y en el de la distinta naturaleza y fines, que distinguen y separan las dos jurisdicciones: la ordinaria judicial y la contencioso-administrativa.

No tiene, pues, el legislador facultad para dictar una norma legal, como la acusada, que contraría una constitucional, la norma 3ª del artículo 148, facultad que sólo compete al constituyente.

Por otra parte, el artículo acusado no puede interpretarse sino en el sentido de que la controversia sobre la resolución de un contrato, la decisión final sobre ese extremo, asunto contencioso por su naturaleza, y emanado de contratos celebrados entre la Nación y los particulares, corresponde al Consejo de Estado, contrariando la norma 3ª, como se ha visto, del artículo 148 del Estatuto.

En efecto: el artículo acusado forma parte del Capítulo XXI de la Ley 167 de 1941, en donde se trata de los contratos de la Administración, celebrados con los particulares, se dan las normas para su existencia jurídica, se señala la tramitación a que están sometidos antes de ser aprobados definitivamente, se estatuye la inserción de ciertas cláusulas y se le da poder al Gobierno para declararlos caducados.

Contra esa resolución de caducidad, que equivale a la terminación de un pacto bilateral, el artículo acusado concede un recurso ante el Consejo de Estado para que ante esa corporación se ventile el asunto de fondo, un asunto contencioso, integrado por varios factores, de derecho y de hecho, cuyo planeamiento, trámites, pruebas y discusión, constituye un asunto de naturaleza contenciosa, atañedera al cumplimiento o no cumplimiento de un contrato, asunto que es de competencia privativa del Organo Judicial.

No puede interpretarse el artículo 258 en el sentido de que el legislador ha querido conceder un recurso administrativo, además del que consagra la regla 3ª del artículo 148 de la Carta, porque si por una parte el texto de tal artículo se opone a esa interpretación, por la otra no es de presumir que el legislador haya querido someter a una situación más gravosa a las partes, sometiéndolas primero a un juicio, con todos los trámites del caso ante lo contencioso para luégo someterlas de nuevo a la jurisdicción de la Corte, donde se ventila y decide el mismo asunto que se ventiló y decidió ante el Consejo de Estado. Por eso hay que concluir que el artículo 258 acusado reemplaza el numeral 3º del artículo 148 de la Carta, lo cual es inconstitucional, como se deja demostrado.

Cree oportuno observar y subraya la Corte que el numeral 3º del artículo 148 citado se refiere en su primera parte a los negocios que celebra la Nación, como persona jurídica, con los particulares, negocios en los cuales surge o existe una relación contractual y sinalagmática de derecho privado, y de ahí que, como queda expresado, las controversias que puedan suscitarse al respecto caen bajo la jurisdicción privativa de la Corte, de acuerdo con dicha norma constitucional, que no puede ser modificada por la ley.

No sucede lo mismo en tratándose de relaciones de derecho entre la Nación, como persona del Estado, y los particulares, porque entonces, procediendo aquélla unilateralmente, el vínculo contractual no existe, y la relación que surge entonces entre el Estado y los particulares no es de derecho privado contractual. Tal acaece,

entre otros casos, que pueden citarse por vía de ejemplo, en los de la jurisdicción coactiva, en los de imposición de tributos, etc., en los cuales, se repite, la relación de derecho entre el Estado y los particulares no puede provenir de un pacto, no es contractual, sino que se deriva de la soberanía y del propio poder del Estado, que impone unilateralmente normas legales a los ciudadanos y habitantes del territorio.

Las controversias que a ese respecto se susciten no caen bajo el imperio, bajo la jurisdicción privativa a que se refiere el numeral 3º del artículo 148 de la Constitución, y no habiendo otra norma constitucional al respecto, se concluye que en esos casos es el legislador, por medio de una ley, como es obvio, el que tiene el poder para fijar, variar y modificar esa jurisdicción.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la atribución que le concede el artículo 149 de la Constitución, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, y de acuerdo con él, DECLARA INEXEQUIBLE el artículo 253 de la Ley 167 de 1941.

Comuníquese lo resuelto en este fallo al Ministerio de Gobierno y al Consejo de Estado.

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

Isaías Cepeda, Campo Elías Aguirre, Daniel Anzola, José M. Blanco Núñez, Francisco Bruno, Aníbal Cardoso Gaitán, Liborio Escallón, Fulgencio Lequerica Vélez, José Antonio Montalvo, Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

Competencia positiva provocada por la Corte Suprema de Justicia para el conocimiento de la demanda de inexequibilidad de los Decretos extraordinarios ejecutivos números 1570 de 1942 y 260 de 1943.

1. La demanda de inexequibilidad de las leyes o de los decretos ejecutivos no puede ser instaurada sino ante la Corte Suprema de Justicia, en su carácter de guardián de la Constitución Nacional. En consecuencia, no puede conocer de esa clase de demandas el Consejo de Estado.

2. Por el mero hecho de haber sido incorporados en el Título preliminar del Código Civil los artículos 38 y 40 de la Constitución Nacional, no puede sostenerse que han dejado de pertenecer a ésta para adquirir el carácter de "preceptos primordiales" del Código Civil. Versando el Título III de la Carta sobre los derechos civiles de que el individuo está investido y sobre las garantías sociales que le otorga el Estatuto, para el desenvolvimiento de su personalidad y de sus actividades, al incorporar tales textos en el Código Civil sólo se quiso darles actualidad dinámica inmediata en las relaciones jurídicas que normalmente se desarrollan entre los asociados, pero sin que perdieran su categoría de ley de leyes y de norma extraordinaria en la estructuración del Estado colombiano. Se les dio fuerza y operancia de ley civil, sin perder por esto su categoría inicial y su origen constitucional. A pesar de haberse injertado en nuestro sistema normativo ordinario conservan su condición esencial de preceptos superiores, en forma tal que su violación y desconocimiento lesionan en su integridad a la Constitución. De manera que su guarda y defensa le corresponde a la Corte Suprema de Justicia, en virtud de la facultad que le otorga el artículo 149 del Estatuto Fundamental. Viene a corroborar esta conclusión la misma redacción del precepto constitucional que ordenó su incorporación al Código Civil. Al efecto, el artículo 49 de la Carta, que hace parte integrante del Título III, estatuye lo siguiente: "Las disposiciones del presente Título se incorporarán en el Código Civil como Título preliminar y no podrán ser alteradas sino por acto reformatorio de la Constitución." De tal manera que conservan incólume su categoría de estructura superior del Estado y no han de perderla porque figuren en el Código; por eso no pueden alterarse sino en virtud de reforma constitucional, y como consecuencia obligada corresponde su defensa a este alto Tribunal.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, septiembre dos de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Con fundamento en el artículo 149 de la Constitución Nacional, el doctor Olegario Medina presenta demanda ante esta Corte solicitando la declaración de inexequibilidad, por considerarlos inconstitucionales, de varios artículos de los Decretos extraordinarios números 1570 de 1942 y 260 de 1943.

Corrido el oportuno traslado al señor Procurador General de la Nación, dicho funcionario se abstiene por el momento de emitir concepto de fondo, y en su lugar solicita de la Sala Plena que se sirva provocar al Consejo de Estado competencia positiva en este negocio. Alega como razón o motivo de esta petición que ante aquella alta corporación, cabeza de la jurisdicción contencioso-administrativa, el mismo doctor Olegario Medina presentó otra demanda suplicando la nulidad por ilegalidad de los dos Decretos extraordinarios antes citados. Y agrega el señor Procurador, como argumento a favor de su petición, que basta leer la demanda presentada por el doctor Medina ante el honorable Consejo de Estado para convencerse que es idéntica en sus fundamentos a la que hoy cursa ante esta Corte, y que los razonamientos alegados ante aquella corporación son casi todos por motivos de inconstitucionalidad.

Para cumplir lo preceptuado en el artículo 416 del Código Judicial, acompaña el Jefe del Ministerio Público copias de la demanda presentada ante el Consejo de Estado y del auto fechado el 25 de febrero del año en curso, en el cual el Consejero doctor Carreño Mallarino ad-

mitió la demanda precitada, fijó el negocio en lista y decretó la suspensión provisional de los artículos 8º, 9º y 89 del Decreto número 1570 de 1942 y artículos 2º y 3º del Decreto número 260 de 1943.

Para resolver la anterior petición se considera:

A) Las dos demandas versan o se refieren a unos mismos actos del Organo Ejecutivo, como se deduce de la simple lectura de las partes petitorias, y tienden a dejar sin validez ni eficacia obligatoria a los Decretos extraordinarios números 1570 de 1942 y 260 de 1943. La única diferencia, meramente formal, es la de que en el libelo de que conoce esta Corte se suplica la declaratoria de inexequibilidad y en la demanda que cursa ante el Consejo de Estado se pide la nulidad por ilegalidad. Diferencia, por lo demás, justificable si se tiene en consideración la finalidad de las dos acciones intentadas. Lo que pretende la Corte al hacer esta preliminar observación es hacer resaltar la identidad de los dos actos acusados como premisa para deducir sus conclusiones.

B) En el capítulo segundo de la demanda presentada ante el Consejo de Estado el demandante ataca el Decreto número 1570 como contrario a la Constitución. Es tan clara y manifiesta la intención del actor de arruinar la vigencia de los Decretos acusados por ese concepto primordial y dominante de inconstitucionalidad, que dicho capítulo lo bautiza con esta definición titular: "a) El Decreto-ley 1570 va contra la letra de la Constitución." Y luégo, al desarrollar su acusación ante el Consejo de Estado, dice textualmente esto: "Pero como en el presente caso no se trata ni de guerra exterior ni de conmoción interior, el Decreto que acuso *es violatorio del ordinal 8º del artículo 113 y del artículo 117 de la Constitución vigente. Viola expresamente estas disposiciones el artículo 91 de ese Decreto-ley.....*" (Subraya la Corte). De manera que la razón o fundamento alegado ante el Consejo de Estado es en su forma de inexequibilidad y no de ilegalidad, propiamente dicha, de tales actos.

C) También se ataca el mencionado Decreto como violatorio de los artículos 38 y 40 de la Carta, en el aparte posterior, que denomina *"Capitis deminutio"*. En este acápite así se expresa la demanda ante el Consejo de Estado: "De consiguiente, los artículos 8º y 9º y los demás que paralizan el ejercicio del empleo público y privado, el ejercicio de la profesión y hasta el trabajo mismo del obrero y jornalero, constituyen la más escandalosa violación de las dos disposiciones constitucionales citadas." (Artículos 38 y 40). Podrá verse que en esta parte de la demanda se pretende pedir la declaratoria de nulidad por ilegalidad del mencionado Decreto, pero por motivos claros y definidos de inexequibilidad y por considerarlos violatorios de la Carta.

D) La demanda que cursa ante el Consejo de Estado contiene como argumento básico que el Decreto 1570 debe ser declarado nulo por cuanto implica la *"creación de un impuesto"*, con lo cual infringe los artículos 72, 73 y ordinal 2º del 96, todos de la Constitución Nacional. Aparece claro el pensamiento del demandante de que el Decreto sea declarado inexequible, pero aspira a conseguir ese resultado por la vía inconducente de una declaración de nulidad por ilegalidad, que haga el Consejo de Estado. Lo que sirve de único fundamento a este cargo de la demanda es que el Decreto acusado viola tres preceptos de la Carta Fundamental, sin que se alegue razón alguna de violación de una ley de autorizaciones por extralimitación de facultades.

E) El señor Consejero ponente, en su auto de admisión de la demanda, aspira a justificar su resolución con el argumento de que el artículo 40 de la Constitución es ante todo un precepto legal porque "este artículo, además de formar parte de la Constitución, tiene fuerza de ley y figura en el artículo preliminar del Código Civil, por ministerio del artículo 49 de la misma Carta y del artículo 7º de la Ley 153 de 1887." Concluye el Consejero ponente que esa norma, "como precepto primordial del Código Civil, es decir, como ley sustantiva y norma superior, ha sido violado ostensiblemente por los textos arriba transcritos del Decreto 1570". Son expresiones textuales del auto precitado.

Lamenta muy atentamente la Corte tener que separarse de esa apreciación y de la consiguiente conclusión deducida por el Consejo de Estado, por las razones que pasan a expresarse:

1ª El demandante argumenta para pedir la nulidad por ilegalidad del Decreto acusado que se violaron los artículos 72, 73, 96, 113 y 117 de la Carta, preceptos éstos que no figuran en el Título III de la Constitución y que no están incorporados en el Código Civil. Se está alegando allá infracciones de normas superiores del Estatuto, cuya guarda compete de manera exclusiva a esta Corte, en virtud de jurisdicción especial y extraordinaria concedida por el constituyente colombiano. Siendo tan clara y manifiesta la intención y el fundamento que se presentan en la demanda de que conoce el Consejo de Estado, es evidente que sólo esta Corte tiene competencia para decidir de esas acusaciones, que son en el fondo de inexequibilidad.

2ª Muy atentamente se aparta esta Sala Plena del concepto del señor Consejero ponente de que los artículos 38 y 40 de la Constitución deben ser considerados y aceptados "como preceptos primordiales" del Código Civil, por el mero hecho de que se hubiera ordenado su incorpora-

ción a la citada obra. Considera la Corte que en esto hay un error de apreciación que no comparte. Versando el Título III de la Carta sobre los derechos civiles de que el individuo está investido, y sobre las garantías sociales que le otorga el Estatuto para el desenvolvimiento de su personalidad y de sus actividades, al incorporar tales textos al Código Civil sólo se quiso darles actualidad dinámica inmediata en las relaciones jurídicas que normalmente se desarrollan entre los asociados, pero sin que perdieran su categoría de ley de leyes y de norma extraordinaria en la estructuración del Estado colombiano. Se les dio fuerza y operancia de ley civil, sin perder por esto su categoría inicial y su origen constitucional. A pesar de haberse injertado en nuestro sistema normativo ordinario, conservan su condición esencial de preceptos superiores, en forma tal que su violación y desconocimiento lesionan en su integridad a la Constitución. De manera que su guarda y defensa le corresponde a la Corte Suprema de Justicia, en virtud de la facultad que le otorga el artículo 149 del Estatuto Fundamental.

Viene a corroborar esta conclusión la misma redacción del precepto constitucional que ordenó su incorporación al Código Civil. Al efecto, el artículo 49 de la Carta, que hace parte integrante del Título III, estatuye lo siguiente: "Las disposiciones del presente Título se incorporarán en el Código Civil como Título preliminar y *no podrán ser alteradas sino por acto reformatorio de la Constitución.*" De tal manera que conservan incólume su categoría de estructura superior del Estado y no han de perderla porque figuren en el Código; por eso no pueden alterarse sino en virtud de reforma constitucional, y como consecuencia obligada corresponde su defensa a este alto Tribunal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, reunida en Sala Plena y en atención a la solicitud que le hace el señor Procurador General de la Nación, como parte de este negocio, dándoles aplicación a los artículos 415 y 416 del Código Judicial, resuelve provocar competencia positiva al honorable Consejo de Estado, a fin de que se abstenga de seguir conociendo y remita a esta corporación la demanda presentada por el doctor Olegario Medina, en la que solicita la declaratoria de nulidad por ilegalidad de los Decretos números 1570 de 1941 y 260 de 1943.

En consecuencia, líbrese despacho inhibitorio al Consejo de Estado, acompañando copias de la solicitud elevada por el Procurador, de la demanda de inexequibilidad presentada ante esta Corte por el doctor Medina y de esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.

Isaías Cepeda, Campo Elías Aguirre, Daniel Anzola, José M. Blanco Núñez, Francisco Bruno, Aníbal Cardoso Gaitán, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez—Con salvamento de voto, *José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón,* Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

DEL MAGISTRADO JOSE ANTONIO MONTALVO

El doctor Olegario Medina ha acusado ante la Corte, como inconstitucionales, varios artículos de los Decretos números 1570 de 1942 y 260 de 1943.

Y un mes antes de presentar esta acusación, el mismo doctor Medina había propuesto demanda ante el Consejo de Estado para que decretara "la nulidad, por ilegales, de esos mismos Decretos".

El señor Procurador General de la Nación solicitó de la Corte que promoviera competencia al Consejo de Estado, pues considera dicho funcionario que el conocimiento del asunto corresponde exclusivamente a la primera de dichas entidades; y la Corte, en Sala Plena, ha resuelto provocarle competencia al Consejo.

La razón fundamental expuesta por el Procurador y por la Corte es la de que ante el Consejo de Estado también alega el demandante doctor Medina que los Decretos acusados por él son inconstitucionales.

No creo que sea el caso de promover o provocar ese incidente de competencia:

1º Porque la demanda del doctor Olegario Medina al Consejo de Estado no pide que se declaren inexequibles los Decretos, sino que se declare "la nulidad, por ilegalidad, de esos mismos Decretos";

2º Porque aun cuando es cierto que en esa demanda se dice que los Decretos acusados violan normas constitucionales, el doctor Medina también alega que ellos violan las Leyes 89 de 1940 y 128 de 1941, de suerte que si una parte de la argumentación de la demanda ante el Consejo de Estado pudiera considerarse exótica por versar sobre inconstitucionalidad, no así otros puntos de la misma demanda, donde se habla sobre la ilegalidad de los Decretos;

3º El mismo señor Procurador de la Nación conviene en que un decreto —aun de carácter extraordinario— puede ser acusado por ilegal "cuando la causa de la demanda se hace radicar en la violación de la ley de autorizaciones, con base en la cual se afirma que ha sido dictado", que es, cabalmente, uno de los aspectos propuestos en la demanda del doctor Medina ante el Consejo de Estado;

4º Porque aun cuando esa tesis del señor Procurador no se acepte, quien debe pronunciarse sobre el particular es el Consejo de Estado, que es quien tiene la facultad de decidir si un decreto —ordinario o extraordinario— puede ser declarado ilegal;

5º Porque la Ley 96 de 1936, que reglamenta el procedimiento de las demandas ante la Corte sobre inexequibilidad dice que en la tramitación de estos asuntos "no habrá más incidentes que los de impedimento y recusación". De suerte que si se prohibe suscitar un incidente de acumulación de dos demandas que cursen ante la Corte contra un mismo decreto (prohibición que creo desacertada), *a fortiori* tendrá que descartarse la acumulación de dos demandas propuestas la una al Consejo de Estado y la otra a la Corte.

Ya, a propósito de otro incidente de competencia promovido por ésta al Consejo, relativo al memorable Decreto 970 de 1942, que pospuso la reunión de las Asambleas Departamentales, el suscrito manifestó su disentimiento (y quizá otros Magistrados también salvaron su voto) respecto de esta clase de incidentes, entre otros motivos porque implican un cuasi prejuzgamiento de que el Decreto acusado se dictó en virtud de facultades extraordinarias, o sea que es de los impropiamente denominados "decretos-leyes".

José Antonio Montalvo

Inexequibilidad del ordinal 16, atribución 16, del artículo 169 de la Ley 4a. de 1913.

Comparadas las disposiciones de los artículos 129, ordinal 2º, y 208, ordinal 16, de la Ley 149 de 1888, el artículo 4º del Acto legislativo número 3 de 1910 y el artículo 169, ordinal 16, de la Ley 4ª de 1913, se ve claramente que esta última disposición acusada es exactamente igual a la que contenía la Ley 149 de 1888, y que si en la época en que fue expedida guardaba armonía con el régimen constitucional vigente, hoy es una supervivencia inarmónica con el régimen imperante, y su existencia sólo se explica como una inadvertencia al copiar literalmente la antigua disposición. La cuestión es aún más evidente si se observa que respecto de la atribución análoga de las Asambleas sí se introdujo la correspondiente reforma para adecuarla al nuevo sistema constitucional, dejando en cambio la de los Concejos tal como estaba antes de la reforma constitucional de 1910. Considerada la cuestión desde un punto de vista puramente histórico, se ve que la disposición acusada pugna contra el artículo 27 de la Carta. Si se examina el aspecto de sus efectos legales, se llega a la misma conclusión. En efecto: el fin perseguido con el artículo 27 no fue otro que el de restringir la concesión de privilegios a dos puntos perfectamente definidos: los inventos útiles y las vías de comunicación, prohibiendo toda otra concesión de privilegios que pudiera extenderse a cuestiones diferentes. Si estas restricción y prohibición se refieren al Estado y a los Departamentos en forma imperativa, no se ve la razón por la cual habrían de quedar fuéra de su alcance los Municipios, que vendrían a ser como ruedas locas en el engranaje administrativo, a disfrutar de mayores poderes o atribuciones que las entidades superiores como el Estado y los Departamentos.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, septiembre seis de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

El doctor Eustorgio Sarria, ciudadano colombiano y abogado titulado, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 149 de la Constitución Nacional, ha pedido a la Corte, en demanda de fecha 23 de abril del año que corre, que declare inexequible, por inconstitucional, el ordinal 16 —atribución 16— del artículo 169 de la Ley 4ª de 1913, sobre régimen político y municipal.

Oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, la Corte procede a decidir, para lo cual considera:

El texto del precepto legal acusado es el siguiente:

"Artículo 169 de la Ley 4ª de 1913. Son atribuciones de los Concejos:

. . . . . .

"16. Conceder privilegios para obras de interés público del Municipio; pero las concesiones no serán válidas sin que las apruebe el Gobernador, oyendo previamente el informe del respectivo Prefecto. Si las obras interesan a más de un Municipio, corresponde a las Asambleas conceder el privilegio."

La norma constitucional que se señala como violada por la preinserta disposición legal es el artículo 27 de la Carta, que dice:

"Ninguna ley que establezca un monopolio podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita. Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de ley. Sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación."

La razón fundamental del pedimento de inexequibilidad se hace consistir en la visible desarmonía entre la norma de la ley que faculta a los Concejos para otorgar privilegios con la sola limitación de que se trate de obras "de interés público del Municipio", y la de la Constitución, que no autoriza sino la concesión de privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación.

Esta incongruencia, que aparece de manifiesto a la simple lectura de los textos, el normativo de la Constitución y el de la ley que debe ser normado por ese, plantea grave desarmonía den-

tro de la organización jerárquica institucional al establecer la situación irregular de que la entidad legisladora de los Municipios pueda ejercitar con más amplitud y menos condiciones que las Asambleas Departamentales y el Congreso Nacional la delicada facultad de conceder privilegios, que el artículo 4º del Acto legislativo número 3 de 1910, reproducido como 27 de la actual Codificación Constitucional, circunscribió precisamente vinculándola a determinadas finalidades y objetivos concretos.

Obedece esta anormalidad, anotada ya por comentadores de nuestro Derecho Constitucional (Tascón, pág. 91), a un simple fenómeno de mecánica legislativa, claramente visible al recordar la historia del establecimiento de las precitadas disposiciones, como lo hace en los siguientes pasajes de su vista de fondo el señor Procurador de la Nación, que la Corte acoge como motivación de su fallo:

"En el texto original de la Constitución de 1886 no se encontraba disposición alguna que reglamentara lo relativo a privilegios o monopolios, y apenas se encontraban los artículos 41 y 32, referentes a la protección de los derechos adquiridos con justo título, a las expropiaciones por motivos de utilidad pública y a los casos en que era posible privar de su propiedad a los particulares. Dentro de este régimen constitucional y por motivos razonables entonces, se expidió la Ley 149 de 1888 'sobre régimen político y municipal', en cuyos artículos 129 —ordinal 2º— y 208 —ordinal 16— se dispuso, respectivamente, lo siguiente:

"Artículo 129. Son funciones de la Asamblea de cada Departamento:

. . . . . .

"2º *Conceder privilegios para obras de interés público;* pero tales concesiones necesitan la aprobación del Gobierno de la República cuando interesen a más de un Departamento. . . ."

"Artículo 208. Son atribuciones de los Concejos Municipales:

. . . . . .

"16. *Conceder privilegios para obras de interés público del Distrito;* pero las concesiones no serán válidas sin que las apruebe el Gobernador, oyendo previamente el informe del respectivo Prefecto. Si las obras interesan a más de un Distrito, corresponde a las Asambleas conceder el privilegio. . . ."

Vino luégo la reforma constitucional del año de 1910, y en el artículo 4º del Acto legislativo número 3 de aquel año se dispuso lo siguiente:

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

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

"Sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación."

Acorde con las reformas constitucionales del año de 1910, y, para el caso, con el contenido del artículo que se acaba de transcribir, se expidió la Ley 4ª de 1913 "sobre régimen político y municipal", en cuyos artículos 97 —ordinal 2º— y 169 —ordinal 16— se dijo:

"Son funciones de las Asambleas:

. . . . . .

"2º *Conceder privilegios cuando se trate de inventos útiles o de vías públicas;* en este último caso, se necesita de la aprobación del Gobierno Nacional, cuando la obra interese a más de un Departamento. . . ."

"Son atribuciones de los Concejos:

. . . . . .

"16. *Conceder privilegios para obras de interés público del Municipio. . . .*"

Si se comparan las disposiciones transcritas, se ve claramente que la disposición acusada es exactamente igual a la que contenía la Ley 149 de 1888, y que si en la época en que fue expedida guardaba armonía con el régimen institucional vigente, hoy es una supervivencia inarmónica con el régimen imperante y su existencia sólo se explica como una inadvertencia al copiar literalmente la antigua disposición. La cuestión es aún más evidente si se observa que respecto de la atribución análoga de las Asambleas sí se introdujo la correspondiente reforma para adecuarla al nuevo sistema constitucional, dejando en cambio la de los Concejos tal como estaba antes de la reforma constitucional de 1910.

Considerada la cuestión desde un punto de vista puramente histórico, se ve que la disposición acusada pugna contra el artículo 27 de la Carta. Si se examina el aspecto de sus efectos reales, se llega a la misma conclusión. En efecto:

La finalidad perseguida con el artículo 27 no fue otra que la de restringir la concesión de privilegios a dos puntos perfectamente definidos: los inventos útiles y las vías de comunicación, prohibiendo toda otra concesión de privilegios que pudiera extenderse a cuestiones diferentes. Si estas restricción y prohibición se refieren al Estado y a los Departamentos en forma imperativa, no se ve la razón por la cual habrían de quedar fuéra de su alcance los Municipios, que vendrían a ser como ruedas locas en el engranaje administrativo, a disfrutar de mayores pode-

res o atribuciones que las entidades superiores, como el Estado y los Departamentos."

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en ejercicio de su facultad de guardar la integridad de la Constitución Nacional, y de acuerdo con la Procuraduría General de la Nación, declara inexequible el numeral 16 —facultad 16— del artículo 169 de la Ley 4ª de 1913, sobre régimen político y municipal, en cuanto autoriza a los Concejos Municipales para conceder privilegios que se refieran a motivos distintos de inventos útiles y vías de comunicación.

Llévese esta decisión al conocimiento del señor Ministro de Gobierno.

Publíquese, notifíquese, cópiese y archívese el expediente.

Fulgencio Lequerica Vélez, Liborio Escallón, Daniel Anzola, Isaías Cepeda, Ricardo Hinestrosa Daza, Hernán Salamanca, Aníbal Cardoso Gaitán, Campo Elías Aguirre, José M. Blanco Núñez, Francisco Bruno, José Antonio Montalvo, Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

Demanda de nulidad de la elección de Segundo Designado para ejercer el Poder Ejecutivo.

Opina el señor Procurador, y con él la Corte Plena, "que la calidad propia y esencial de los Designados es la de ser primeros y segundos suplentes del Presidente de la República, y el fin de esta institución de los Designados es la de proceder de antemano al señalamiento de aquellos ciudadanos que llegado el caso han de reemplazar al Presidente de la República, de manera que nunca se presente la posibilidad de que no esté de antemano designada la persona que deba hacerse cargo de la Primera Magistratura". Siendo lo anterior así, cabe concluír que como los Designados están abocados permanentemente a entrar en el ejercicio de las funciones de Presidente de la República, puesto que para esa eventualidad se les nombra, son ellos los inmediatos suplentes del Jefe del Organo Ejecutivo, y como tales deben reunir las condiciones que se requieren para poder ser elegido Presidente, que son las señaladas en el artículo 110 del Estatuto Fundamental, que dice: "Para poder ser elegido Presidente se requieren las mismas calidades que para ser Senador." Y estas condiciones son: ser colombiano de nacimiento y ciudadano no suspenso, tener más de treinta años de edad y disfrutar de mil doscientos pesos, por lo menos, de renta anual, como rendimiento de propiedades o fruto de honrada ocupación. Por tanto, para poder ser elegido Designado se requieren estas mismas condiciones. Pero se alega que como el Designado en ejercicio preside las deliberaciones del Consejo de Estado, como su Presidente nato, y ejerce además las funciones propias de los Consejeros, la elección hecha en el señor Badel es nula por cuanto para ser Consejero de Estado se requieren las mismas condiciones que para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, que no reúne el expresado señor. Ahora bien: el señor Badel fue elegido Designado, no Consejero de Estado. En el supuesto de que se hubiese probado que no reúne las condiciones que para ser Consejero impone la ley, que son las mismas que para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, a nada práctico en relación con la intención de la demanda se llegaría, porque en ninguna parte ha dicho la ley que para ser Designado se necesita ser abogado titulado, haber ejercido la profesión por determinado número de años o haber desempeñado el cargo de Magistrado de Tribunal Superior de Distrito, o haber enseñado Derecho como profesor universitario. Y no lo dice porque sería injurídico pedir a los Designados condiciones más técnicas, más gravosas que las que se exigen para ser Presidente de la República.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, primero de octubre de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola).

En ejercicio de la acción popular, en tiempo oportuno, y con fundamento en lo dispuesto por el artículo 190 de la Ley 167 de 1941 "sobre organización de la jurisdicción contencioso-administrativa", el señor José C. Castañeda, en demanda dirigida a la Sala Plena de la Corte, pide se declare "que es nula la elección hecha por el Congreso el día 5 de agosto del presente año, a las seis y diez minutos de la tarde, en la persona del señor Aníbal Badel para Segundo Designado para ejercer la Presidencia de la República de Colombia, por no reunir los requisitos necesarios para que pueda entrar a funcionar como Consejero de Estado, del cual es miembro, en caso necesario".

Para el caso de que la Corte no acceda a la anterior petición, solicita en subsidio se resuelva "que el señor Aníbal Badel no puede entrar como Consejero de Estado por no tener para tan elevado cargo los requisitos que la Constitución establece para todo miembro de la corporación, o sea para los siete individuos que componen este alto Tribunal".

Estima el peticionario que la elección que hizo el Congreso en el señor Badel para Segundo Designado viola expresamente los artículos 132, 133 y 147 de la Constitución Nacional, y que es, por consiguiente, nula. Fundamenta el señor Castañeda la razón de su demanda en las apreciaciones que hace en estos apartes de su escrito, así:

"Las faltas temporales o absolutas del Primer Designado serán llenadas en el Consejo por el Segundo Designado, al cual corresponde en este caso la Presidencia de la corporación. Así lo mandan los artículos 1º de la Ley 60 de 1914 y 7º de la Ley 167 de 1941.

"No vale decir que al Designado sólo le corresponde presidir el Consejo de Estado, pues este funcionario tiene las mismas funciones de los demás Consejeros por disposición del artículo 3º de la Ley 60 de 1914, y no se concibe cómo un individuo sin la preparación correspondiente y que es menos capacitado estudie y vaya a resolver los grandes problemas que se ventilan en el Consejo de Estado. Siendo miembro, le obliga tener las mismas calidades de sus demás colegas, y la Constitución no puede interpretarse de manera que conduzca a un despropósito ni a nada que encierre aberración y falta de equidad, y sería fácil burlar la Constitución porque sólo señala reglas generales, y favorecer a uno en perjuicio de los que sí están obligados a reunir determinados requisitos constitucionales."

"El señor Badel, en su caso, podrá ejercer la Presidencia de la República si reúne los requisitos señalados a los Senadores, según los artículos 87 y 110 de la Constitución, pero para ejercer el cargo de Consejero de Estado se deben llenar las condiciones determinadas en el artículo 147, como si se tratara de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, pues la capacidad para un cargo no es la capacidad constitucional para el otro. Se ejercen dos cargos, tiene facultades duales, luego debe establecer y comprobar el nombrado que tiene la capacidad legal para desempeñar esas funciones duales. No puede haber confusiones, ni interpretaciones que trastornen el orden jurídico del Estado."

Admitida la demanda, se le dio el trámite señalado por la Ley 167 de 1941 (artículos 221, 224 y 226), y se oyó, finalmente, el concepto del señor Procurador General de la Nación. Agotado el procedimiento y en firme el auto que citó a las partes para recibir sentencia, es la oportunidad de proferirla.

La competencia de la Corte para conocer de la demanda surge del mandato contenido en la disposición del artículo 190 de la citada Ley, de este tenor:

"La Corte Suprema de Justicia conoce en Sala Plena y en una sola instancia de las demandas relativas a la elección de Designados a la Presidencia de la República, de Consejeros de Estado y de Magistrados de los Tribunales Administrativos."

Descorrió el señor Procurador el traslado que se le surtió, conceptuando "que no es nula la elección recaída en el señor Badel para Segundo Designado, y que, en consecuencia, no es el caso de acceder a la solicitud de nulidad que hace la demanda". Fundamenta el Ministerio Público la razón de su concepto en estos considerandos:

"Con la elección cuya nulidad se demanda, el actor considera que se han violado las siguientes disposiciones:

"Los artículos 132, 133 y 147 de la Constitución Nacional, en cuanto señalan las condiciones requeridas para ser Consejero de Estado.

"La Procuraduría observa que tales disposiciones dicen relación precisamente a aquellos ciudadanos que han sido elegidos Consejeros de Estado; pero como el señor Badel no fue elegido Consejero de Estado sino Segundo Designado, resulta que tales disposiciones no han sido violadas, toda vez que si dicho señor va a ocupar una silla en el Consejo de Estado, lo hace no por haber sido elegido Consejero de Estado sino en su carácter de Segundo Designado, para lo cual sí reúne las condiciones de la ley, toda vez que aparece actuando como Senador, y es sabido que para ser Presidente de la República y por ende Designado, bastan las mismas condiciones que para ser Senador.

"La anomalía evidente de que una corporación formada por individuos técnicos en Derecho pueda llegar a ser presidida por uno que no lo sea, o que no lo sea en el grado en que lo son sus compañeros, y que aun llegue a tomar decisiones en materias tan delicadas como las atribuidas al Consejo de Estado, tiene su explicación en la incongruencia en que se incurrió al organizar y amalgamar dos instituciones tan disímiles: el Consejo de Estado y la Designatura, y el remedio contra tal anomalía sólo puede hallarse en una reforma constitucional, comoquiera que el Acto legislativo de 1914 habla separadamente del Primer Designado, como Presidente del Consejo, y de seis vocales 'nombrados como lo determine la ley', de lo cual se concluye que en la mente del constituyente estuvo someter la elección de los seis vocales a reglas legales distintas de las que rigen para la elección de Designado, y que éste simplemente por ser tal tendría la categoría de Presidente de la mencionada corporación, sin podérsele exigir otra clase de requisitos."

Considera la Sala:

Desde los primeros tiempos de la República comenzó a funcionar en la Administración Pública, al lado del Organo Ejecutivo, una entidad consultiva del Gobierno, coadministrativa en cierta forma de la Administración, como coadyuvante en la gestión de los negocios del Estado, encargada de emitir concepto acerca de la sanción ejecutiva de las leyes, sobre la conveniencia de los contratos, etc., denominada inicialmente "Consejo de Gobierno", y que era pre-

sidida por el Vicepresidente de la República, como su Presidente constitucional o nato. Este organismo fue reorganizado con el nombre de "Consejo de Estado" en el año de 1886, y se le atribuyó, a más de las funciones que determinaron su creación, como cuerpo consultivo de Gobierno, las de "decidir sin ulterior recurso las cuestiones contencioso-administrativas, *si la ley estableciere esta jurisdicción,* ya deba conocer de ellas en primera y única instancia, ya en grado de apelación". Pero la jurisdicción contencioso-administrativo no vino a establecerse, y llegó el año de 1905, fecha en que se suprimió el Consejo de Estado por medio del Acto legislativo número 5 de la Asamblea Constituyente de ese año.

Posteriormente, la reforma constitucional del año de 1910 revivió la jurisdicción contencioso-administrativa. La Ley 130 de 1913, en desarrollo de esta voluntad del constituyente, creó el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, que debía funcionar bajo la Presidencia del Vicepresidente de la República, y a la entidad se le dieron facultades jurisdiccionales superiores por lo que hace a este ramo de la Administración Pública; la misma Ley determinó que para ser Magistrados de ese Tribunal, los nombrados necesitaban reunir las mismas condiciones que la Constitución exigía para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, condiciones distintas de las que se requerían para ser Vicepresidente de la República, como que para desempeñar este cargo no se necesitaba especial versación en la ciencia del derecho. Semejante privilegio no quiso el constituyente conferirlo o reservarlo al gremio de profesionales en la clase de juristas.

Vino luégo la reforma constitucional de 10 de septiembre de 1914 y restableció el Consejo de Estado, tal cual funciona en la actualidad, y dijo:

"Habrá un Consejo de Estado compuesto de siete individuos, a saber: el Primer Designado para ejercer el Poder Ejecutivo, que lo preside, y seis Vocales nombrados como lo determine la ley."

Al señalarle funciones al Consejo, expresó:

"3º Desempeñar las funciones de lo contenciso-administrativo conforme a las reglas que señale la ley."

El ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa implica necesariamente en quien la administra conocimientos especiales en las diferentes ramas del derecho, que puede suceder que no posea el que resultare elegido Designado; y sencillamente porque para este cargo no es preciso legalmente tener versación jurídica ni menos probarla en el sentido de la ley. Si el legislador constituyente de 1914, siguiendo tradición centenaria, dispuso que al Designado en ejercicio correspondía presidir las deliberaciones del Consejo de Estado, tomar parte en ellas, llevar la ponencia en numerosos asuntos, así como fijar determinadas decisiones de orden estrictamente jurídico, se advierte que al disponerlo olvidó que si el Vicepresidente antes del año de 1905 presidía el Consejo de Gobierno o el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, se justificaba ese proceder porque en esa época, como se dijo antes, no funcionaba la jurisdicción contencioso-administrativa y el Consejo era apenas un cuerpo consultivo del Gobierno, redactor de proyectos de ley, compilador de éstas, que cuando más intervenía en los actos preparatorios del veto o de la sanción ejecutiva de las mismas leyes; no había la posibilidad de que el Consejo, por conducto de su Presidente, ejerciera la jurisdicción contenciosa, menos en el grado máximo en que hoy la ejerce.

El día 5 de agosto del año en curso, en virtud de lo dispuesto por el artículo 70 de la Constitución, se reunieron las Cámaras Legislativas en Congreso Pleno con el objeto de elegir Designados para ejercer eventualmente el cargo de Presidente de la República. Efectuada la votación y verificado el escrutinio, resultaron electos 1º y 2º los señores Darío Echandía y Aníbal Badel, respectivamente, a quienes acto seguido se les comunicó por el señor Presidente del Congreso la elección. Dentro del término legal fue introducida a la Secretaría de la Corte la demanda de estas diligencias en solicitud de la declaración de nulidad a que hacen referencia las súplicas copiadas anteriormente.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 206 de la Ley citada, para obtener la nulidad de una elección "deberá demandarse precisamente el acto por medio del cual la elección se declara, y no los cómputos o escrutinios intermedios, aunque el vicio de nulidad afecte a éstos". En el presente caso se demanda la nulidad del acto en sí, es decir, la elección misma recaída en el señor Badel, en razón de que en concepto del peticionario este señor no reunía para el momento de la elección las condiciones legales para el ejercicio de tan alta dignidad, como que entre sus funciones estaría como principal la de actuar como Consejero de Estado en la condición de Presidente titular de esa entidad; y el señor Badel —afirma— no es abogado titulado, título con el cual se demuestra la versación en la ciencia del derecho, que debe acreditar forzosamente la persona que pretenda tener asiento en el Consejo, ni reúne las demás condiciones de la ley para este fin, y que son las mismas que se requieren para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Tratándose de nombramientos o elecciones, la nulidad se produce por causas taxativamente se-

ñaladas en la ley, entre otros casos, cuando el acto recae en persona que en el momento de la elección no reúne las calidades para ejercer el cargo; en consecuencia, y en un caso dado, comprobado uno de estos eventos, se impone la declaratoria de nulidad de nombramiento o elección.

La elección de Designados, de que da cuenta el acta que debidamente autenticada vino con la demanda, se cumplió con el lleno de los requisitos de forma que correspondía, y en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 70 de la Carta, que dispone:

"Corresponde al Congreso elegir cada año dos Designados, Primero y Segundo, quienes ejercerán por su orden el Poder Ejecutivo a falta del Presidente."

Opina el señor Procurador y con él la Corte Plena "que la calidad propia y esencial de los Designados es la de ser primero y segundo suplentes del Presidente de la República, y que la finalidad de esta institución, de los Designados, es la de proceder de antemano al señalamiento de aquellos ciudadanos que llegado el caso han de reemplazar al Presidente de la República, de manera que nunca se presente la posibilidad de que no esté de antemano designada la persona que deba hacerse cargo de la Primera Magistratura".

Siendo lo anterior así, cabe concluír que como los Designados están abocados permanentemente a entrar en el ejercicio de las funciones de Presidente de la República, puesto que para esa eventualidad se les nombra, son ellos los inmediatos suplentes del Jefe del Organo Ejecutivo, y como tales deben reunir las condiciones que se requieren para poder ser elegido Presidente, que son las señaladas en el artículo 110 del Estatuto Fundamental, que dice:

"Para poder ser elegido Presidente se requieren las mismas calidades que para ser Senador."

Y estas condiciones son: ser colombiano de nacimiento y ciudadano no suspenso, tener más de treinta años de edad y disfrutar de mil doscientos pesos por lo menos de renta anual, como rendimiento de propiedades o fruto de honrada ocupación. Por tanto, para poder ser elegido Designado se requieren estas mismas condiciones.

Y el señor Badel reúne estas condiciones; no se ha demostrado lo contrario; antes bien, se anota que el expresado señor ejercía para el día de la elección de Designados el cargo de Senador por el Departamento de Bolívar, y las condiciones para este cargo son las mismas que se requieren para ser elegido Presidente.

Desde este punto de vista la cuestión es perfectamente clara; la elección de que se trata no choca contra ninguna disposición constitucional ni legal, como que para el día del nombramiento el elegido reunía las condiciones que expresamente impone la Constitución para ser Designado a la Presidencia de la República. Pero se alega que como el Designado en ejercicio preside las deliberaciones del Consejo de Estado como su Presidente nato, y ejerce además las funciones propias de los Consejeros, la elección hecha en el señor Badel es nula, por cuanto para ser Consejero de Estado se requieren las mismas condiciones que para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, que no reúne el expresado señor.

Ahora bien: El señor Badel fue elegido Designado, no Consejero de Estado. En el supuesto de que se hubiese probado que no reúne las condiciones que para ser Consejero impone la ley, que son las mismas que para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, a nada práctico, en relación con la intención de la demanda, se llegaría, porque en ninguna parte ha dicho la ley que para ser Designado se necesita ser abogado titulado, haber ejercido la profesión por determinado número de años o haber desempeñado el cargo de Magistrado de Tribunal Superior de Distrito, o haber enseñado derecho como profesor universitario. Y no lo dice porque sería injurídico pedir a los Designados condiciones más técnicas, más gravosas que las que se exigen para ser Presidente de la República.

Opina el demandante que es anormal, anticientífico, dado a error legal, el hecho de que persona no versada en la ciencia del derecho pueda llegar a ejercer la jurisdicción contencioso-administrativa que de manera inmanente reside en el Consejo, si no es que por lo menos se exige a sus miembros, entre ellos al Designado que lo preside, las condiciones que se imponen a los Magistrados para poder entrar a ejercer su cargo en la Corte Suprema de Justicia. A esto observa el señor Procurador "que la raíz del mál está en que tanto el Presidente de la República como los Designados son elegidos con un criterio político y para desempeñar funciones políticas; y el Consejo de Estado no es ya un organismo político, como pudo serlo en sus orígenes, sino una entidad netamente técnica, con funciones puramente jurisdiccionales. La solución del problema debe buscarse, pues, en una reforma constitucional en la cual se le dé al Designado una posición más política que técnica, desde la cual pueda estar enterado de la marcha de la Administración, como, por ejemplo, la Presidencia del Senado o de otro organismo puramente político."

Las breves consideraciones expuestas llevan a la Corte a concluír que no es nula la elección hecha por el Congreso en el señor Badel para el

cargo de Segundo Designado a la Presidencia de la República, y que, por tanto, deben negarse las peticiones de la demanda.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el Ministerio Público, DECLARA que NO ES NULA la elección verificada por el Congreso reunido en sesión plena el día cinco de agosto del año en curso, en la persona del señor Aníbal Badel para ejercer el cargo de Segundo Designado a la Presidencia de la República, y que como tál puede presidir el Consejo de Estado con las atribuciones que en tal carácter le señala la ley.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y dése cuenta al Gobierno Nacional y al Presidente del Congreso.

Isaías Cepeda, Campo Elías Aguirre, Daniel Anzola, José M. Blanco Núñez, Francisco Bruno, Aníbal Cardoso Gaitán, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez, José Antonio Montalvo, Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

Aclaración. - Solicitud de aclaración de la anterior sentencia.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, veintinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres.

José C. Castañeda, en uso del derecho que le confiere el artículo 472 del Código Judicial, pide que se aclare el fallo en el sentido de expresar si el señor Badel, al entrar a presidir el Consejo de Estado, puede y tiene las atribuciones de los demás Consejeros, votando los proyectos de sentencia, salvando su voto y estudiando todo como los demás Consejeros, o si solamente sus funciones se refieren a la sola Presidencia de la corporación.

En la demanda a que recayó la decisión de la Corte que hoy se pide se aclare, se pidió que se declarara nula la elección hecha por el Congreso en la persona del señor Aníbal Badel para Segundo Designado para ejercer la Presidencia de la República de Colombia, por no reunir los requisitos necesarios para que pueda entrar a funcionar como Consejero de Estado, del cual es miembro en caso necesario.

Las razones de la parte motiva del fallo, en el cual se estudió por todas sus faces el asunto planteado a la Corte Plena, no contiene frase ni concepto oscuro que se preste a interpretación diversa de su redacción literal, de suerte que allí nada habrá que aclarar.

La parte resolutiva del fallo es de claridad deslumbrante. Declara que no es nula la elección verificada por el Congreso en la persona del señor Aníbal Badel para ejercer el cargo de Segundo Designado a la Presidencia de la República, y que como tál puede presidir el Consejo de Estado, con las atribuciones que con tal carácter le señala la ley.

Además, no está en las atribuciones de la Corte señalar las funciones que pueda ejercer el Designado que éntre al Consejo de Estado a presidirlo.

Por tanto, no es el caso de hacer la declaración solicitada.

Notifíquese.

Isaías Cepeda, Campo Elías Aguirre, José Miguel Arango, José M. Blanco Núñez, Francisco Bruno, Aníbal Cardoso Gaitán, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez, José Antonio Montalvo, Arturo Tapias Pilonieta, Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

Artículo 7.o de la Ley 160 de 1936, acusado como inconstitucional.

Como lo ha dicho de manera clara, fundada y convincente el señor Procurador, "considera el demandante que las disposiciones transcritas son violatorias de los artículos 4º, 15, 26 y 199 de la Carta Fundamental, pero en realidad no presenta razón alguna valedera que demuestre, como es su deber, que la doctrina consagrada en cada uno de los textos constitucionales citados ha venido a ser violada por los preceptos que encierran las disposiciones legales acusadas, porque ni el dominio eminente de la Nación sobre el territorio y los bienes públicos que de él forman parte (artículo 4º de la Constitución Nacional), ni la protección que las autoridades de la República deben a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes (artículo 15 de la Constitución Nacional), ni la garantía de la propiedad privada, que consagra el artículo 26, ni el dominio de la Nación sobre los baldíos (artículo 199 de la Constitución Nacional), se desconocen, violan o afectan en lo más mínimo por el hecho de que el legislador establezca, como ha establecido, un plazo de dos años para ejercer las acciones de derecho común que se han ventilado ante el más alto Tribunal del país en un juicio breve y sumario, de la misma manera que no se violan ningunas de las garantías constitucionales cuando en el mismo artículo 7º de la Ley 160 de 1936 se establece que, si en el juicio breve y sumario 'el fallo fuere favorable a la Nación, el dicho interesado particular no podrá emprender la exploración o explotación proyectadas, ni adelantarlas si las hubiere iniciado ya; pero tendrá expeditas las acciones de derecho común que sean del caso, las que sólo podrá intentar dentro del plazo de dos años a partir de la fecha de la sentencia'."

Además, para rectificar la opinión del actor conviene agregar que al legislador corresponde incuestionablemente reglamentar el ejercicio de los derechos y de las acciones que la Constitución y las leyes conceden tanto a la Nación como a las personas residentes en ella, lo mismo que fijar los medios y condiciones de tal ejercicio y señalar los correspondientes términos de prescripción, que es lo que ha hecho, con plena facultad, dentro de las normas constitucionales, en las disposiciones acusadas, sin que ello implique que haya restringido, limitado o impedido a la Nación, ni a los particulares, el ejercicio de ninguno de los derechos que les pertenecen.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, dos de octubre de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Pide el doctor Antonio José Iragorri R., en ejercicio de la acción que consagra el artículo 149 de la Constitución Nacional, que se declare inexequible, por ser inconstitucional, el artículo 7º de la Ley 160 de 1936, en las partes que a continuación se copian:

"....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.*

....

"Las acciones que consagra el derecho común en relación con los terrenos a que se refieren tanto las resoluciones que dicte el Ministerio, de acuerdo con lo dispuesto en los incisos 1º y 2º de este artículo, como las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en los juicios breves y sumarios de que tratan los incisos 3º y siguientes del mismo, y 4º del artículo 26 de la Ley 37 de 1931, *sólo podrán intentarse dentro de los dos años siguientes a la fecha de su ejecutoria o del registro en el Ministerio.*"

Dicho artículo 7º de la Ley 160 de 1936, que es bastante largo, vino a reemplazar el 28 de la Ley 37 de 1931, pero el demandante únicamente acusa las partes que se acaban de transcribir, en cuanto fijan el término perentorio de dos años para incoar las acciones de que allí se habla.

Considera el demandante que las disposiciones acusadas violan los artículos 4º, 15, 26 y 199 de la Carta, por razones que pueden sintetizarse así:

Violan el artículo 4º porque limitan el derecho de la Nación a promover las acciones conducentes a conservar su patrimonio o a recuperarlo, sin existir causal alguna de extinción de tal derecho.

Contravienen el artículo 15 porque las autoridades de la República deben proteger las propiedades de todas las personas existentes en ella, sin excluír las de la Nación, y las disposiciones acusadas limitan esa protección a dos años, no desconociendo el derecho o declarándolo extinguido por prescripción, sino impidiendo su ejercicio.

Por las mismas razones más o menos contrarían el artículo 26 porque este artículo garantiza la propiedad privada, en tanto que las referidas disposiciones, que son de carácter adjetivo, no regulan el ejercicio de un derecho real, ni tienen por objeto imponer cargas a ese derecho, ni fijan condiciones de extinción, sino que obstaculizan o impiden la defensa de la propiedad, garantizada por el constituyente.

Y violan, por último, el 199, conforme al cual pertenecen a la Nación los bienes, rentas, baldíos, etc., y las disposiciones acusadas; sin desconocer el derecho de la Nación, le impiden ejercitar las acciones de derecho común tendientes a salvaguardiarlo, pasados dos años después de dictada una resolución o sentencia en asunto en que no se controvierte dominio.

Corrido el traslado correspondiente al señor Procurador General de la Nación, ese alto funcionario emitió su opinión en los siguientes términos:

"Considera el demandante que las disposiciones transcritas son violatorias de los artículos 4º, 15, 26 y 199 de la Carta Fundamental, pero en realidad no presenta razón alguna valedera que demuestre, como es su deber, que la doctrina consagrada en cada uno de los textos constitucionales citados ha venido a ser violada por los preceptos que encierran las disposiciones legales acusadas, porque ni el dominio inminente de la Nación sobre el territorio y los bienes públicos que de él forman parte (artículo 4º de la Constitución Nacional), ni la protección que las autoridades de la República deben a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes (artículo 15 de la Constitución Nacional), ni la garantía de la propiedad privada, que consagra el artículo 26, ni el dominio de la Nación sobre los baldíos (artículo 199 de la Constitución Nacional) se desconocen, violan o afectan en lo más mínimo por el hecho de que el legislador establezca, como ha establecido, un plazo de dos años para ejercer las acciones de derecho común que se han ventilado ante el más alto Tribunal del país en un juicio breve y sumario, de la misma manera que no se violan ningunas de las garantías constitucionales cuando en el mismo artículo 7º de la Ley 160 de 1936 se establece que, si en el juicio breve y sumario 'el fallo fuere favorable a la Nación, el dicho interesado particular no podrá emprender la exploración o explotación proyectadas, ni adelantarlas si las hubiere iniciado ya; pero tendrá expeditas las acciones de derecho común que sean del caso, las que *sólo podrán intentar* (subraya este Despacho) *dentro del plazo de dos años a partir de la fecha de la sentencia*'."

"Y esto es así porque nadie puede discutirle al legislador la facultad de fijar el plazo dentro del cual deban ejercerse o intentarse determinadas acciones."

En concepto de la Sala son suficientemente claras, fundadas y convincentes las razones expresadas por la Procuraduría General para demostrar que no puede prosperar la demanda de inexequibilidad incoada por el doctor Iragorri.

Conviene no obstante agregar, para rectificar la opinión del actor, que al legislador corresponde incuestionablemente reglamentar el ejercicio de los derechos y de las acciones que la Constitución y las leyes conceden tanto a la Nación como a las personas residentes en ella, lo mismo que fijar los medios y condiciones de tal ejercicio y señalar los correspondientes términos de prescripción, que es lo que ha hecho, con plena facultad, dentro de las normas constitucionales, en las disposiciones acusadas, sin que ello implique que haya restringido, limitado o impedido a la Nación, ni a los particulares, el ejercicio de ninguno de los derechos que les pertenecen.

Se deduce de lo expuesto que las referidas disposiciones consignadas en el artículo 7º de la Ley 160 de 1936 no violan los preceptos constitucionales citados por el demandante, ni alguno o algunos otros.

A virtud de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en ejercicio de la atribución que le concede el artículo 149 de la Constitución Nacional, y de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, declara exequible el artículo 7º de la Ley 160 de 1936, en las partes que han sido acusadas y que atrás quedaron transcritas.

Dése cuenta al señor Ministro de Minas y Petróleos.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese el expediente.

Isaías Cepeda, Campo Elías Aguirre, Daniel Anzola, José M. Blanco Núñez, Francisco Bruno, Aníbal Cardoso Gaitán, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez, José Antonio Montalvo, Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

Demanda de nulidad de la elección de primer suplente de un Consejero de Estado.

Entre los poderes de las Cámaras Legislativas está el de elegir Consejeros de Estado, principales y suplentes, en cualquier tiempo anterior o posterior a los diez primeros días de septiembre, para llenar las faltas absolutas que de unos y otros ocurran durante el período, pues la frase "año respectivo" que emplea el inciso 1º del artículo 5º de la Ley 167 de 1941 no se relaciona sino con el año en que acaba el período legal de los Consejeros y empieza el nuevo período.

Ante la no aceptación del cargo de primer suplente de un Consejero de Estado puede el Senado abstenerse de designar un nuevo primer suplente, dejando al segundo la posibilidad de ejercicio de la suplencia; mas también es verdad que puede elegir primer suplente, sobre todo si, como en el caso de autos, se piensa que el período legal de los Consejeros no había comenzado aún.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, octubre diez y seis de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

* * *

El artículo 190 de la Ley 167 de 1941, orgánica de la jurisdicción contencioso-administrativa, le asignó una nueva función a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, y es la de conocer en única instancia de las demandas concernientes a la elección de Designados a la Presidencia de la República, Consejeros de Estado y Magistrados de los Tribunales Administrativos.

Hoy ejerce la Corte dicha función en virtud de la demanda presentada por el doctor Francisco J. Martínez M., quien ha pedido la nulidad de la elección que el Senado de la República hizo el veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos en la persona del doctor José P. Esmeral como primer suplente del Consejero de Estado doctor Tulio Enrique Tascón, nulidad que aquél extiende a las actas de elección y a los escrutinios.

Invoca el demandante la acción pública que consagra el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo equivocadamente, pues esa acción, en el actual caso, es la que otorga el artículo 201 ibídem.

Y alega el doctor Martínez que la elección del doctor Esmeral violó estos preceptos: el artículo 136 de la Constitución Nacional y los artículos 5º, 8º y 195 de la Ley 167 de 1941.

* * *

Dispone el artículo 136 de la Constitución:

"La ley determinará el número de suplentes que deben tener los Consejeros y las reglas relativas a su nombramiento, servicio y responsabilidad."

El artículo 5º de la referida Ley 167, es así:

"La elección de Consejeros de Estado, tanto de principales como de suplentes, se hará en los primeros diez días del mes de septiembre del año respectivo.

"El período legal de los Consejeros comienza el primero de diciembre siguiente a su elección.

"Las personas elegidas para este cargo deberán tomar posesión ante el Presidente de la República a más tardar el día en que empiece el período legal."

Ordena el artículo 8º de la expresada Ley:

"Los Consejeros tendrán dos suplentes cada uno, designados por las Cámaras en la misma forma que los principales.

"Estos suplentes reemplazarán a los principales en las faltas temporales que ocurran dentro del período legal, y también en las absolutas mientras se llena la vacante con arreglo a la ley.

"A falta de suplentes que ocupen el cargo, el Presidente de la República nombrará un interino, mientras la Cámara a la cual corresponde, hace la designación a que hubiere lugar."

Y el artículo 195 manda:

"Son nulos los registros practicados por los Jurados de Votación en los siguientes casos:

"1º Cuando la elección se verifica en días distintos de los señalados por la ley o de los señalados por la respectiva autoridad con facultad legal;

"2º.....
"3º.....
"4º.....

"Parágrafo. Las actas de elección y escrutinios verificados por las Asambleas Departamentales o *por otras corporaciones públicas del orden nacional* (subraya la Corte), departamental o municipal serán nulas por los mismos motivos, a excepción de los comprendidos en los incisos 3º y 4º de este artículo."

* * *

En apoyo de la nulidad demandada escribe el actor:

"Tenemos, pues, que como la Constitución le dejó a la ley que determinara el número de suplentes que deben tener los Consejeros y las reglas relativas a su nombramiento, ésta, a su turno, dispuso que la elección de Consejeros, tanto de principales como de suplentes, se hará en los primeros diez días del mes de septiembre, y que los suplentes reemplazarán a los principales en las faltas temporales que ocurran y también en las absolutas; el Senado de la República no podía elegir el primer suplente cuya designación acuso, sin violar tales normas constitucionales y legales, porque ellas prevén claramente la forma, oportunidad y efectos de las elecciones.

"Sería inútil, innecesario, carecería de sentido la elección de suplentes de los Consejeros de Estado dentro del período legal (primeros diez días del mes de septiembre), si en cualquier tiempo, no presentándose las vacantes previstas por la ley, pudiera procederse a elegir nuevos suplentes.

"Es indudable que el legislador ha querido darles estabilidad a las elecciones que se hacen conforme a derecho, y por tanto es improcedente hacer elecciones extraordinarias cuando no faltan absolutamente el principal y todos sus suplentes, esto es, cuando aún no están vacantes todas las plazas.

"La persona elegida suplente personal de un Consejero lo es para todo el período constitucional, y durante éste tiene derecho a hacer efectiva su calidad de tal por falta absoluta o accidental del principal o del suplente que le antecede, en su caso.

"Se han presentado diversas situaciones en perfecta analogía con la de que se trata en esta demanda, como la elección de suplentes de Senadores sin ocurrir las vacantes necesarias para poderla hacer, y las demandas al respecto han prosperado ante el Consejo de Estado, invariablemente (véanse sentencias de 4 de septiembre de 1931 y de 17 de septiembre de 1942)."

* * *

Los reparos del doctor Martínez M. a la elección del doctor Esmeral se derivan de los hechos que a continuación expone la Sala:

a) El tres de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, el Senado de la República, en su sesión vespertina, eligió tres Consejeros de Estado, principales, para el período legal que comenzaba el primero de diciembre de tal año, más los suplentes, a razón de dos por cada Consejero, y uno de los principales elegidos fue el doctor Tulio Enrique Tascón, cuyos suplentes primero y segundo resultaron ser, en su orden, los doctores Ricardo Jordán Jiménez y Gustavo A. Valbuena;

b) Confirmó el Senado la elección del doctor Tascón y de su segundo suplente el doctor Valbuena, el veinticuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, y

c) A fin de cumplir la proposición 417 procedió el Senado a la elección de primer suplente del doctor Tascón, escogencia que recayó en el doctor José P. Esmeral el veintisiete de noviembre último.

* * *

El concepto del señor Procurador General de la Nación está concebido en la siguiente forma:

"Según los términos del artículo 142 del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1942), en los juicios de la naturaleza del que va a decidir la Corte debe oírse al Ministerio Público, cuando no sea parte la Nación, 'en interés de la ley', para velar por su cumplimiento bajo todos aspectos. En el caso de autos, ésta es la única finalidad con que puede intervenir la Procuraduría, y en tal sentido se hacen las consideraciones que en seguida se leerán:

"La competencia de la Corte para conocer del presente negocio está claramente establecida en el artículo 190 del Código Contencioso Administrativo.

"Es demandante el señor Francisco J. Martínez M., quien actúa fundándose en lo dispuesto por el artículo 66 del mencionado Código.

"Consta de autos que el día 3 de septiembre de 1942 el Senado de la República, en cumplimiento de la proposición número 117, eligió Consejeros de Estado, y que al hacer esta elección fue designado el doctor Ricardo Jordán Jiménez como primer suplente del doctor Tulio Enrique Tascón; más tarde, en sesión de fecha 27 de noviembre del mismo año y en virtud de la proposición número 417, el Senado procedió a elegir primer suplente del Consejero Tulio Enrique Tascón, recayendo esta nueva elección en la persona del doctor Esmeral. Por no haberse hecho llegar al expediente esta última proposición, no se

sabe cuál fue el motivo por el cual el Senado procedió a hacer esta nueva elección.

"La demanda versa precisamente sobre la última elección que, como se dijo, recayó en el doctor Esmeral, y la causa o razón de la misma la hace consistir el actor en que se hizo en una época distinta de la prefijada por la ley para llevarla a cabo, o sea fuéra de los diez primeros dias del mes de septiembre del año respectivo (artículo 5º, Código Contencioso Administrativo), con lo cual se incurrió en la causal de nulidad prevista en el parágrafo del artículo 195 (ibidem) en relación con el ordinal 1º de la misma disposición.

"Siguiendo elementales principios de hermenéutica, lo dispuesto por el artículo 5º del Código Contencioso Administrativo sobre la época en la cual debe hacerse la elección de Consejeros de Estado, tiene que ser interpretado en el sentido de que se refiere exclusivamente a la elección que se hace al terminarse un período y al comenzar otro, sin que pueda hacerse extensivo al caso de que sea preciso hacer otra elección una vez comenzado el mismo, para suplir una falta absoluta producida posteriormente. De no ser ello así, resultaría inaplicable el principio absolutamente general, consagrado en el Código sobre Régimen Político y Municipal, de que las faltas absolutas de los principales se llenen con los respectivos suplentes *mientras* se provee el cargo en propiedad por quien tenga facultad para hacerlo, principio que quedó ratificado por el artículo 8º —inciso 2º— del mencionado Código Contencioso Administrativo, respecto de los Consejeros de Estado.

"Si de otro lado se considera que el suplente, mientras no sea llamado a ocupar el puesto dejado temporal o definitivamente por su principal, no tiene en verdad nada qué renunciar, y de consiguiente mientras eso no suceda no es pertinente la designación de otros suplentes, resulta evidente que el Senado de la República no tenía legalmente facultad para dejar sin valor la elección hecha antes y menos para hacer una nueva, con tánto mayor razón cuanto que la posible falta del primer suplente por quien debía ser llenada sería por el segundo suplente, con la misma salvedad, es decir, mientras se proveía el cargo de principal en propiedad caso de producirse la falta absoluta del mismo.

"Siendo esto así, la elección de principal y suplentes para el período que iba a comenzar el 1º de diciembre se hizo precisamente dentro del término señalado en forma perfectamente válida, no pudiendo, en consecuencia, hacerse una nueva elección de suplentes mientras no hubieran faltado absolutamente los primeramente elegidos.

"La Procuraduría considera, por tanto, que la nueva elección recaída en la persona del doctor Esmeral está hecha fuéra de la oportunidad señalada por la ley, pero no en cuanto al tiempo o fecha en que se hizo, sino en cuanto a que existiendo apenas una falta temporal del principal y habiendo todavía un suplente, no era el caso de hacer ninguna otra elección de primer suplente."

"..... ....."

* * *

Para resolver, tiene en cuenta la Corte:

La demanda, que reúne los requisitos legales, vino acompañada de los números 32, 47 y 90 de *Anales del Senado*, publicaciones de 4 y 25 de septiembre y 30 de noviembre de 1942, y se sometió el juicio a la tramitación exigida por los artículos 218, 221, 224 y 225 de la Ley 167 de 1941.

Es explícito el actor cuando solicita la nulidad de la elección del doctor José P. Esmeral para primer suplente del Consejero de Estado doctor Tulio Enrique Tascón, fundándose en que la elección se hizo por el Senado en época muy posterior a los diez primeros días de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, motivo o causa única que el señor Procurador atribuye a la demanda.

Pero es que el doctor Martínez M. alude además a la circunstancia de que el Senado careció de facultad para repetir la elección de primer suplente del Consejero doctor Tascón, cuando no faltaba el suplente segundo que tenía "derecho a hacer efectiva su calidad de tál, por falta absoluta o accidental del principal o del suplente que le antecede en su caso".

Dos son, entonces, los cargos que la demanda formula a la elección del doctor Esmeral.

* * *

Primer cargo.—Se compone el Consejo de Estado de siete miembros: el Designado a la Presidencia de la República, primero o segundo, que presidirá la corporación, y seis Vocales, elegidos tres por el Senado y tres por la Cámara de Representantes, para un período de cuatro años, Vocales que cada dos años serán renovados por mitad.

Dos suplentes le fija la ley a cada Consejero, y la elección de principales y suplentes debe realizarse en la primera década de septiembre del año respectivo.

Obviamente resulta que ese plazo perentorio y fatal para elegir Consejeros de Estado sólo se refiere, como el señor Procurador lo dice, "a la elección que se hace al terminarse un período y al comenzar otro, sin que pueda hacerse extensivo al caso de que sea preciso hacer otra

elección una vez comenzado el mismo, para suplir una falta absoluta producida posteriormente".

Es aserto de fácil y lógica comprensión afirmar que entre los poderes de las Cámaras Legislativas está el de elegir Consejeros de Estado, principales y suplentes, en cualquier tiempo anterior o posterior a los diez primeros días de septiembre, para llenar las faltas absolutas que de unos y otros ocurran durante el período, pues la frase "año respectivo", que emplea el inciso 1º del artículo 5º, Ley 167 de 1941, no se relaciona sino con el año en que acaba el período legal de los Consejeros y empieza el nuevo período.

Luego la elección del suplente doctor Esmeral no adolece de la nulidad alegada con base en el caso 1º del artículo 195 del Código Contencioso Administrativo.

Segundo cargo.—¿Por qué el Senado eligió al doctor José P. Esmeral primer suplente del Consejero doctor Tulio Enrique Tascón, cuando ya había elegido para esa primera suplencia al doctor Ricardo Jordán Jiménez?

Lo hizo en atención a que el doctor Jordán Jiménez enfáticamente manifestó que no aceptaba *(Anales del Senado,* número 86, del martes 24 de noviembre de 1942, páginas 946 y 947), y, por lo tanto, al Senado sí le asistió facultad legal para repetir la elección del suplente primero, llevando a efecto una de sus atribuciones, cual fue la de que el principal doctor Tascón tuviese los dos suplentes que exige el artículo 8º, Ley 167 de 1941.

Cierto es que ante la no aceptación del doctor Jordán Jiménez pudo el Senado abstenerse de designar un nuevo suplente primero, dejando al doctor Valbuena la posibilidad de ejercicio de la suplencia. Mas también es verdad que pudo elegir al doctor Esmeral, como lo eligió, en uso de un claro derecho, sobre todo si se piensa que el período legal de los Consejeros no había comenzado aún.

* * *

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Suprema, oído el parecer del señor Procurador General de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que NO ES NULA la elección del doctor José P. Esmeral, hecha por el Senado, para primer suplente del Consejero de Estado doctor Tulio Enrique Tascón.

Avísese lo decidido por la Corte al Senado de la República, al Ministerio de Gobierno y al Consejo de Estado.

Notifíquese, cópiese, publíquese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Isaías Cepeda, Campo Elías Aguirre, Daniel Anzola, José M. Blanco Núñez, Francisco Bruno, Aníbal Cardoso Gaitán, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez, José Antonio Montalvo, Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta.—*Pedro León Rincón,* Secretario.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

Reivindicación.—Comunidad.

Para que tenga buen éxito la acción reivindicatoria es indispensable, entre otras condiciones, la de ser el reivindicador dueño exclusivo de la cosa que pretende recobrar por medio de esta acción, lo que está indicando que la cosa singular pertenezca a él únicamente y no a otro condueño.

El hecho de ser condóminos en un lote de terreno dos o más personas que lo poseen proindiviso, constituye una comunidad, de acuerdo con la ley civil, y esta entidad, si estrictamente no es una persona jurídica, sí es un ente de derecho capaz de contraer obligaciones y adquirir derechos, como se desprende de las disposiciones de los artículos 2323, 2324 y siguientes del Código Civil.

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

El doctor Octavio Laserna Villegas demandó a don Gerardo Londoño ante el Juzgado Promiscuo de Chaparral, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es de propiedad exclusiva del actor el globo de tierras denominado *La Venecia,* ubicado en la fracción Roncesvalles, del Municipio de San Antonio y determinado en escritura pública número 235 de 3 de marzo de 1937, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito y registrada el 16 de abril del mismo año;

"Segunda. Que el demandado debe restituir al demandante, dentro de un término fijo, el lote de que está en posesión dentro del globo de *La Venecia,* especialmente alinderado así: 'De la orilla de la quebrada de El Rumbón, a mano derecha, buscando hacia arriba un alambrado que es límite con propiedad de Alfredo Henao; alambrado arriba, hasta encontrar otro cerco en lindero con Julio Marulanda; éste cerco arriba, hasta una quebrada; siguiendo quebrada arriba, hasta sus nacimientos; de aquí, más o menos en linea recta, a Morro Pelón; de este punto, en transversal, a encontrar un alambrado, lindero con X. Ocampo, hasta su terminación; de aquí, de travesía, por la orilla de un monte, a encontrar las mejoras de Sixto Melo; siguiendo de travesía, hasta una puerta de golpe que se encuentra a la orilla de una quebrada, lindero con Evangelista Varón; quebrada abajo, hasta un alambrado que termina en otra quebrada; quebrada arriba, hasta su nacimiento; de aquí, línea recta a una cuchilla, donde hay un palo laurel, marcado con una cruz; cuchilla abajo, lindero con La Palmera, hasta caer a la quebrada de El Rumbón, punto de partida';

"Tercera. Que se condene al demandado al pago de los frutos naturales y civiles, previo avalúo en juicio."

El Juez de Circuito falló el pleito de acuerdo con los pedimentos de la demanda, pero el Tribunal Superior de Ibagué, en grado de apelación, revocó el fallo de primera instancia, declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante y absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda, sin hacer condenación en costas.

Recurso.

La parte demandante interpuso recurso de casación contra dicho fallo, que le fue concedido y como está aparejado en la forma legal, se procede a su estudio y decisión.

La sentencia acusada.

El Tribunal Superior de Ibagué "consideró que el demandante no era dueño exclusivo del lote de tierra que reivindicaba. Apenas puede ser dueño de una cuota, que mientras no se lleve

a cabo la división material, no se sabe en qué parte precisa del terreno radica, y por ende, es imposible saber si dentro de ella puede quedar localizada o nó la zona poseida por el demandado, cuya restitución o entrega pide el actor para sí mismo".

Recurso.

Como primer cargo acusa el recurrente la sentencia por violación directa de los artículos 633, 669, 946, 949, 950, 952, 2322 y 2323 del Código Civil; 210, 222, 392, 343, 473, 593, 597 y 635 del Código Judicial, por interpretación errónea y aplicación indebida al caso del pleito, lo que vale decir que invoca la primera causal de las señaladas en el artículo 520 del Código Judicial.

En desarrollo de este cargo, conceptúa el recurrente que aunque el sentenciador no desconoce el derecho de dominio del actor sobre la finca *Venecia,* hace notar que su derecho no es exclusivo, puesto que, en ese mismo lote de terreno y en la escritura por la cual los causantes de Laserna Villegas, Jorge Gaona y Elías Salazar, le vendieron el dominio que tenían en el globo *Venecia,* excluyeron los lotes de terreno que hacen parte de la misma finca y que los tradentes se reservaron para él o excluyeron en razón de ventas anteriores. En ese mismo título consta que el comprador Villegas quedaba obligado a cederle a Matilde Trujillo v. de Osorio cincuenta hectáreas del lote de terreno *Venecia.*

Obra en autos un certificado expedido por el Registrador de Chaparral, del cual aparece que el demandante Laserna Villegas figura como poseedor inscrito del globo denominado *Venecia;* que está libre de todo gravamen civil o judicial y que dicho título ha sido cancelado parcialmente, de acuerdo con las transferencias relacionadas en el mismo certificado. En éste se determina por sus linderos, los lotes que fueron enajenados a distintas personas y que están todos comprendidos dentro del perímetro de la hacienda *La Venecia,* de acuerdo con los linderos de este globo de terreno.

De estas pruebas dedujo el Tribunal que Laserna Villegas no tenía la propiedad exclusiva del globo de terreno materia de la reivindicación.

En efecto: José Joaquín Arenas y Leocadio Osorio, los primitivos adjudicatarios de la hacienda *Venecia,* por transferencia del Estado, sólo traspasaron a los tradentes del actor, Jorge Gaona y Elías Salazar, cada uno la mitad del mencionado globo de tierra, esto es, cuotas y no cuerpo cierto. Estos, al hacer a Laserna Villegas la escritura de venta, exceptuaron expresamente una cuota de cien hectáreas a favor de Arenas y otras de distinta cabida a favor de Eusebio Arana, Celiano Escarra y Lisandro Ríos, y ya se ha visto que Gaona y Salazar le transfirieron al demandante las cuotas que habían comprado, con la obligación de transferir cincuenta hectáreas a favor de Matilde Trujillo v. de Osorio.

En vista de estos antecedentes, que constan en títulos de claro valor, no tachados por el recurrente, aparece a vista de ojos que el demandante no es dueño de la totalidad del fundo materia de la reivindicación. Es, pues, de todo punto inaceptable la objeción del recurrente, porque en vista de los títulos relacionados no puede decirse que el Tribunal haya errado, ni con error de hecho ni de derecho, al apreciarlos y menos aún que haya aplicado indebidamente las disposiciones citadas por el recurrente, que dice relación con la acción reivindicatoria, puesto que para que ésta tenga buen éxito, es indispensable que llene, entre otras condiciones, la de ser el reivindicador dueño exclusivo de la cosa que pretende recobrar por medio de esta acción, lo que está indicando que la cosa singular pertenezca a él únicamente y no a otro condómino. Párese la atención que no se reivindica una cuota determinada proindiviso de una cosa singular, porque en la primera petición de la demanda se solicita que se declare "que es de propiedad exclusiva del actor el globo de tierra denominada *La Venecia",* petición redactada en forma tan nítida y tan clara, que no admite una interpretación distinta de la de su tenor literal.

Segundo cargo.—Sostiene el recurrente que el sentenciador de Ibagué quebrantó los artículos 1868 y 2322 del Código Civil, al considerar que entre Laserna Villegas y sus vendedores y algunas otras personas causahabientes de éstos se había constituído o formado una comunidad, por el hecho de haberse reservado los primitivos vendedores de Laserna Villegas una porción de terreno en la hacienda *Venecia* y por las ventas sucesivas que el mismo Villegas había hecho a otras personas, puesto que, en concepto del recurrente, la comunidad no constituye una persona jurídica capaz de contraer obligaciones y distinta de cada uno de los comuneros, y por lo tanto, la propiedad debe imputarse a cada una de las personas que la integran "como personas naturales, como sujetos independientes de la entidad cuya personería ha asumido el sentenciador".

Advierte la Sala, que en ninguna parte de la sentencia el Tribunal de Ibagué consideró que la comunidad fuera una persona jurídica, ni en ese concepto se fundó para desatar la litis en contra del demandante. Asentó el fallador, con verdad jurídica, que existía una comunidad en la hacienda materia de la reivindicación, entre Laserna Villegas y las demás personas que figuran como compradoras de suertes de tierra en

el mismo globo de *Venecia,* ya que la comunidad es una especie de cuasi contrato que se forma de hecho sin que las personas que en ellas figuren hayan contratado sociedad o celebrado convención relativa a la misma cosa. El hecho de ser condóminos en un lote de terreno, dos o más personas que lo poseen proindiviso constituye una comunidad, de acuerdo con la ley civil, y esta entidad, que, si estrictamente no es una persona jurídica, sí es una entidad de derecho capaz de contraer obligaciones y adquirir derechos, como se desprende de las disposiciones de los artículos 2323, 2324 y siguientes del Capítulo 3º del Código Civil, que trata "Del cuasi contrato de comunidad".

No prospera tampoco el reparo por error de hecho en la interpretación de la escritura número 235 del 3 de marzo de 1937, porque allí claramente, en la cláusula 3ª, dijeron los vendedores Jorge Gaona y Elías Salazar que de la venta que hacían al doctor Octavio Laserna Villegas, se exceptuaban los lotes de terreno que los tradentes se reservaron para sí y los que excluyeron por razón de ventas anteriores. Que el comprador se obligó a cederle en propiedad una extensión de 50 hectáreas en el punto conocido de los *Cocos,* que hace parte de la finca de *Venecia,* terreno que ocupa y ha venido ocupando la señora Trujillo v. de Osorio, a ésta. De estas cláusulas transcritas, aparece, sin la menor sombra de duda, que Villegas Laserna no es dueño exclusivo de la hacienda *Venecia,* y también está demostrado en el proceso, que los partícipes en ese terreno no lo han dividido materialmente, y por consiguiente, no se sabe al presente, cuál sea la porción de terreno que le corresponde a Laserna Villegas y el lugar donde quede ubicada hecha la partición y por qué linderos.

El quebrantamiento de los artículos 601, 630 y 635, que el recurrente considera violados a consecuencia del error de hecho en que incurrió el sentenciador al apreciar la escritura número 235 antes citada, no pudo efectuarse por el Tribunal porque ya se ha visto que por ese título se constituyó de hecho una comunidad entre Laserna Villegas y otras personas, siendo de notar que el Tribunal apreció las escrituras públicas en mención y el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos.

No entendió el Tribunal que el demandante reivindicara un simple derecho de cuota en el terreno de *La Venecia.* Demandó la totalidad de la finca y por eso dice en la petición primera de la demanda "que es de propiedad exclusiva del doctor Octavio Laserna Villegas, el globo de tierra denominado *La Venecia,* alinderado conforme al instrumento público número 235 de 3 de marzo de 1937", lo que claramente está indicando que Laserna se consideraba dueño exclusivo de la totalidad del fundo demandado.

De todo esto se deduce que no prosperan los cargos aducidos en casación por el demandante, y, por tanto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, el 10 de octubre de 1941;

2º Condénase al recurrente en las cosas del recurso.

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

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

Acción de resolución de un contrato por pretendida falta de pago del precio.

En posiciones confesó un demandado que no había pagado el precio de venta de una finca raíz al otorgarse la escritura ni antes, pero que lo pagó después. Dijo la Corte: "Salta a la vista la íntima relación de ese hecho de haber pagado después con el hecho mismo de haberse efectuado el pago. El demandado estaba amparado ab initio **con la declaración de la escritura. Le habría bastado referirse y deferir a ella. Su propio dicho la infirmó acreditando que no tenía el vendedor recibidos los tres mil pesos del precio cuando así lo dijo en el instrumento público de compraventa, puesto que el comprador manifiesta no habérselos cubierto entonces ni antes. Pero agregó lo ya citado aquí sobre pago posterior. Su contraparte, inicialmente inerme por virtud de aquella cláusula de la escritura, buscó en la confesión la creación de una prueba de estar en pie la obligación legal del comprador de pagar el precio como manda el artículo 1929 del Código Civil. Y de esa confesión resulta infirmada la declaración escrituraria; pero no creada la prueba de esa obligación como actual e insoluta, puesto que contiene la afirmación del pago."**

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Debidamente preparado ya, pasa a decidirse el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellin que, revocando la del Juzgado Primero del Circuito de allí, negó las peticiones de la demanda inicial del presente juicio ordinario incoado por Angel de Jesús Torres Tamayo, en su propio nombre, y para la sucesión de su finado padre legítimo Manuel Torres Hernández, a fin de que se declare resuelta por falta de pago del precio la compraventa solemnizada ante el Notario 3º de ese Circuito, en escritura número 309, el 19 de febrero de 1940, por medio de la cual Torres Hernández transfirió a Pastor Hernández, demandado, el inmueble La Avenida, ubicado en Itagüí y deslindado como ese instrumento expresa.

En sentencia de 5 de diciembre de 1941 el Juzgado decretó lo pedido. Apelada, y surtida la segunda instancia, el Tribunal la revocó el 6 de octubre de 1942, y declaró no haber lugar a decretar la resolución demandada.

El Juzgado la decretó y el Tribunal la negó, porque, respectivamente, se encontró no pagado el precio por el comprador y si satisfecha esta obligación por él. El pago o no pago es la clave del pleito.

La escritura de compraventa contiene en su cláusula cuarta la determinación del precio de $ 3.000.00, y agrega: "Recibidos por el vendedor a su satisfacción." Interrogado el comprador en posiciones, manifestó que no lo pagó al otorgarse esa escritura, ni lo había pagado antes; pero que lo pagó después. Destruída así la declaración escrituraria, la atención se desvía hacia la confesión del comprador, y al concretarse al análisis de esta prueba, se enfrenta al problema de si la agregación de haber pagado después es o nó un hecho distinto y separado, y si, por tanto, ha de admitirse como integrante, tal como el confesante declara, o si constituye excepción que él ha de probar.

El Juzgado optó por lo último y, no hallando de ese pago ulterior sino la afirmación del demandado, en el consiguiente concepto de no estar acreditado aquél, declaró resuelta la compraventa. Y el Tribunal la negó, revocando esa decisión, porque optó por el primero de los términos del dilema antedicho, esto es, porque halló en ese detalle de haber pagado después una modificación que por su íntima relación con el pago mismo obliga a tomar la confesión tal como el comprador la hizo.

La demanda de casación sitúa el recurso sobre el mismo pie y, por ende, opinando como el Juez, acusa la sentencia del Tribunal de error de derecho en la apreciación de la confesión (Código Judicial, artículo 609), y de consiguiente violación, por no haberlos aplicado, de los artículos 1546 y 1930 del Código Civil.

Se considera:

Salta a la vista la íntima relación de ese hecho de haber pagado después con el hecho mismo de haberse efectuado el pago. El demandado estaba amparado *ab initio* con la declaración de la escritura. Le habría bastado referirse y de-

ferir a ella. Su propio dicho la infirmó acreditando que no tenía el vendedor recibidos los tres mil pesos del precio cuando así lo dijo en el instrumento público de compraventa, puesto que el comprador manifiesta no habérselos cubierto entonces ni antes. Pero agregó lo ya citado aquí sobre pago posterior. Su contraparte, inicialmente inerme por virtud de aquella cláusula de la escritura, buscó en la confesión la creación de una prueba de estar en pie la obligación legal del comprador de pagar el precio como manda el artículo 1929 del Código Civil. Y de esa confesión resulta infirmada la declaración escrituraria; pero no creada la prueba de esa obligación como actual e insoluta, puesto que contiene la afirmación del pago.

Estas reflexiones, breves y claras, hacen ver inadmisible el cargo de error en la apreciación de esta prueba, lo que indica que no pudo producirse la consecuencia que a ese supuesto error atribuye el recurrente al sostener que se quebrantaron los citados artículos 1546 y 1930.

En sentencia de 30 de noviembre de 1936 *(Gaceta Judicial,* XLIV, pág. 651), la Corte, en caso del todo análogo al presente, dijo: que la confesión de que allí se trataba, rendida por los demandados en juicio sobre resolución de una compraventa por el no pago del precio, era indivisible, "ya que no consiste en la admisión de un hecho con la edición de otros hechos diversos y heterogéneos, sin relación con el primero (confesión compuesta), sino en el reconocimiento de la existencia ordinaria de un hecho, fuente de la obligación, pero añadiendo que ésta se extinguió luégo por pago (confesión compleja, indivisible), pues en realidad la referida confesión se redujo a admitir que el precio se quedó debiendo en el momento del otorgamiento de la escritura, pero que se pagó luégo en la forma convenida, lo que vale tanto como decir que la declaración accesoria recayó sobre un hecho considerado generalmente por la doctrina como modelo y prototipo de los hechos conexos, característicos del contenido de la confesión compleja, indivisible. (Véase, Lessona, número 615; Planiol et Ripert, tomo VII, 1570)."

En sentencia de 28 de marzo de 1939 *(Gaceta Judicial,* tomo XLVII, pág. 717), se hallan estos conceptos:

"La confesión, según enseña el artículo 609 del Código Judicial, se admite tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho. El demandado Garzón estaba amparado por la presunción de veracidad en cuanto a las declaraciones a que se refiere el contrato contenido en la escritura cuatrocientos setenta y ocho. Fue el mismo demandado el que destruyó o desvirtuó en su contra esta presunción.... con su propia confesión, que viene a perjudicarlo y a favorecer a la parte actora. Pero al confesar, lo hizo con una modificación concerniente al mismo hecho y entonces su confesión debe tomarse tal como la hizo y de un modo indivisible, porque la modificación que agregó tiene íntima relación con el hecho confesado."

No sobra recordar sobre lo que acerca de confesión divisible o indivisible expuso esta Sala en sentencia de 9 de marzo de 1937 *(Gaceta Judicial,* tomo XLVI, págs. 23 y 24).

Se formula también el cargo de violación del artículo 606 del Código Judicial y del 1769 del Código Civil, ambos sobre fuerza probatoria de la confesión, por no haberse acogido la confesión de la falta inicial de pago del precio y no haberse exigido al demandado la prueba del pago posterior que debía aducir como excepcionante.

Lo antedicho demuestra que este cargo es inadmisible.

También se dan por quebrantados los artículos 2586 y 2594 del Código Civil y el 91 de la Ley 153 de 1887. Aunque este cargo no se formula en la forma clara y precisa sobre sus fundamentos requerida por el artículo 531 del Código Judicial, lo que bastaría para no considerarlo, se agrega que aquellas disposiciones del Código, que versan sobre el modo de otorgarse y contenido de los instrumentos públicos ante Notario, no se halla por qué se traigan a cuento por el demandante, quien al atacar la compraventa demandando que se resuelva, no puede lógicamente desconocer la escritura que la solemniza. Además, no se halla en la copia notarial traída a cuento y que obra en el proceso desde la demanda, nada que justificara reparos en relación con aquellos artículos.

El ataque relativo a dicho artículo 91, así como al 1768 del Código Civil y al 665 del Código Judicial es también inadmisible por la decisiva razón de referirse a una posible simulación de la misma compraventa, simulación sobre la cual no versa el fallo recurrido. Esas alegaciones son, pues, del todo extrañas al 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 pronunciada en este juicio el 6 de octubre de (1942) mil novecientos cuarenta y dos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

Invalidación de un contrato de compraventa de bienes raíces por mutuo consentimiento de los contratantes.

Verificado un contrato de compraventa de bienes raíces los contratantes, de común acuerdo, pueden invalidarlo, conforme al artículo 1602 del Código Civil.

La nulidad por mala representación en el pleito sólo puede alegarse por la persona a quien perjudique la actuación, según doctrina de la Corte.

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

(Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola).

Por escritura pública número 289 de 12 de diciembre de 1923, de la Notaría de La Vega, Lisandro González e Higinio González celebraron el contrato de compraventa allí relacionado, y en el cual fueron materia los inmuebles indicados en el expresado título. Días después, el 24 de agosto siguiente, los mismos contratantes, y sin que se hubiera verificado la tradición de los inmuebles vendidos mediante la inscripción en los libros del Registrador, resolvieron de común acuerdo invalidar o cancelar el contrato en referencia, y a efecto, en instrumento número 244 de la misma Notaría estipularon:

"Segundo. Que al llevar a la práctica tal contrato se les han presentado a los exponentes varios inconvenientes difíciles de resolver y que al hacerlo recibirían muchos perjuicios.

"Tercero. Que han resuelto de común acuerdo declarar, como declaran, 'rescindido' el contrato contenido en la escritura número 289 ya citada. Que en virtud de lo expuesto declaran totalmente cancelada y de ningún valor la escritura número 289, de fecha 12 de diciembre, otorgada en esta Notaría en el año de 1923."

Este instrumento se registró en La Vega en el Libro número 2º, pues entendieron los contratantes que no habiéndose registrado la venta, es decir, no consumada la tradición de lo vendido, bastaba, para dejar baldío, sin valor ni efecto alguno aquel contrato, inscribir la resciliación de él únicamente en el Libro número 2º, que es el que la ley destina para inscribir los actos y contratos que no muden o trasladen el dominio. Así las cosas, los bienes siguieron como antes en el patrimonio de Lisandro, el vendedor, sin inconveniente alguno, pero tiempo después del fallecimiento del presunto comprador Higinio González, su hijo Martín, contrariando la voluntad manifestada expresamente por su padre en la escritura de resciliación, que lo obligaba moral y legalmente, hizo sin embargo inscribir en el registro el contrato cancelado o invalidado por su causante, para luégo de relacionar los bienes en el sucesorio de su padre poder traspasar sus derechos herenciales, así inflados —lo que hizo por la suma de veinte pesos moneda corriente—, a Antonio Linares, quien como tal cesionario recibió la hijuela que correspondía al heredero, y que vino a formarse, entre otros haberes, precisamente por los bienes materia de la resciliación de que se ha venido hablando.

Basado en este documento, el señor Antonio Linares demandó a la sucesión del señor Lisandro González, representada por Pilar Pinzón viuda de González, María de la O., Leovigilda y Margarita González, y a la sociedad conyugal formada por el matrimonio de Lisandro González y Pilar Pinzón, para que en juicio ordinario se hicieran estas declaraciones:

"Primera. Que el señor Antonio Linares, en su condición de adjudicatario en la sucesión de Higinio González, tiene mejor derecho que los demandados sobre los bienes indicados por su situación y linderos en el hecho primero de esta demanda.

(Se anota que en la demanda se determinan debidamente los bienes del pleito, y son los mismos que relaciona la escritura 289, citada).

"Segundo. Que, en tal virtud, los demandados deben entregar al señor Antonio Linares, dentro del plazo que la ley señala, o que usted prudencialmente determine, de acuerdo con ella, los bienes especificados por su situación y linderos en el hecho primero de esta demanda.

"Tercero. A restituir al mismo señor Antonio Linares, los frutos naturales y civiles de los inmuebles materia de la reivindicación, y no sólo los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, teniéndolos en su poder; y si no existie-

ren, entonces debe condenársele a pagar el valor de los mismos frutos, restitución o pago que deberán hacer al demandante a partir de la fecha de la escritura de Lisandro González, o sea desde el 12 de diciembre de 1923, hasta el momento de la entrega o pago; esto, si se les considera como poseedores de mala fe, pero si se les acepta como poseedores de buena fe, entonces esas prestaciones deberán decretarse por usted a partir de la fecha de la 'constitución de la demanda' hasta la fecha de la entrega."

Advirtió el demandante que "en el caso de establecerse que en virtud de la sentencia aprobatoria de la partición, y de la providencia que decretó su ejecutoria o de cualquiera otra circunstancia, una o ambas de las entidades demandadas no existe por haberse verificado su liquidación, entonces debe entenderse dirigida la demanda en nombre del señor Antonio Linares, lo que hago en esa forma subsidiaria condicional, contra los señores Jorge Pinzón, que, como digo, es mayor y vecino de Facatativá, y contra la menor Margarita González P., representada por su madre legítima, la señora Pilar Pinzón viuda de González, mayor y vecina de La Vega, a fin de que se les condene, y contra ellas se hagan las declaraciones todas que contiene la parte petitoria de esta demanda".

El apoderado judicial de los demandados contestó la demanda, y a su turno, presentó demanda de mutua petición para que se hicieran estas declaraciones contra los actores:

"Primera. Que la sucesión ilíquida de Lisandro González y la sociedad conyugal, también ilíquida, formada por este señor con Pilar Pinzón y disuelta por muerte del primero, son dueños en propiedad y dominio de un lote de terreno que hace parte de otros dos que forman uno solo denominado *Cantarillas,* lote que, como de los que hace parte, está ubicado en la vereda o sección de Naguy, jurisdicción del Municipio de La Vega, junto con todas sus mejoras y plantaciones en él existentes, tiene estos linderos particulares:

(Aquí ellos):

"....."

"El globo general del cual forma parte el que se acaba de alinderar está compuesto de dos lotes y se denomina *Cantarillas,* como ya se dijo, ubicado en la vereda o sección de Naguy, jurisdicción de La Vega, y está demarcado generalmente así:

(Aquí ellos):

"....."

"Segunda. Que, como consecuencia de la declaración anterior, el señor Antonio Linares está obligado a restituír y entregar a la sucesión ilíquida de Lisandro González y a la sociedad conyugal, también ilíquida, que este señor tuvo con Pilar Pinzón y disuelta por muerte del expresado González, representadas así: la sucesión por sus herederos María de la O. y Leovigilda González y por el cesionario de éstas, señor Jorge Pinzón, y Margarita González, menor de edad y representada por su madre, Pilar Pinzón; y la sociedad conyugal, por ésta señora, de quien es cesionario el señor Jorge Pinzón y por las herederas y cesionario nombrados, el lote de terreno alinderado en primer término en la petición que antecede, junto con todas las mejoras en él existentes, dentro de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al juicio;

"Tercera. Que el demandado, señor Antonio Linares, debe pagar a las entidades dichas, sucesión y sociedad conyugal, los frutos civiles y naturales del lote percibidos por él, y no sólo los percibidos sino los que aquéllas hubieran podido percibir con mediana inteligencia y cuidado teniendo el lote en su poder, frutos que debe pagar desde que se apoderó de tal lote hasta la fecha en que lo entregue, y considerando al demandado como poseedor de mala fe;

"Cuarta. Que el demandado debe pagar las costas del juicio."

Trabada así la litis y agotado el trámite de la primera instancia, el señor Juez del conocimiento le puso fin con su sentencia de fecha 30 de septiembre del año de 1940, y absolvió a las partes de los cargos formulados en las respectivas demandas. Condenó en costas al demandante señor Antonio Linares.

Apelado este fallo para ante el Tribunal Superior de Bogotá, esta entidad, en decisión de 27 de mayo del año pasado, confirmó en todas sus partes el fallo apelado.

El apoderado del demandante y contrademandado, interpuso contra este fallo recurso de casación, que, concedido y admitido por esta Superioridad, va a estudiarse, ya que la tramitación está completamente fenecida y es la oportunidad de proferir.

La acción.

Estimó el Tribunal, que ventila el pleito una acción reivindicatoria o de dominio, por cuanto en la demanda se pide una declaración de propiedad sobre determinados bienes, seguida de la orden de restitución, a favor de la parte demandante, todo con audiencia de las personas poseedoras de los mismos bienes, que son los demandados.

Al desprender la acción, halló el sentenciador que no había establecido el actor su condición de dueño en relación con las cosas objeto del litigio; y así, en esa consonancia, falló el pleito, anotando simplemente que no habiendo establecido el demandante esa principalísima condición acciológica del juicio de dominio, de-

bia absolverse a los demandados de los cargos de la demanda. Lo resuelto en lo tocante a la demanda de mutua petición, no está *sub judice*, porque los actores en ella se conformaron con la determinación del Tribunal, fijada en la sentencia.

Fundamento del fallo.

Fundamenta el sentenciador los motivos de su fallo, en las siguientes consideraciones, que se extractan:

El registro o inscripción de los documentos públicos tiene principalmente tres objetos: servir de medio de tradición de los bienes raíces y de los derechos reales constituidos en ellos; dar publicidad a los actos y contratos que trasladen o muden el dominio de los bienes raíces o le impongan gravámenes o limitaciones; y dar mayores garantías de autenticidad y seguridad de los títulos, actos y documentos que deben registrarse. (Artículo 2637 del Código Civil). De otro lado, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 756 del mismo Código, la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa únicamente con la inscripción del título en la competente Oficina de Registro. Y comenta:

Si ciertamente, los contratantes iniciales dijeron celebrar el contrato de compraventa, no tuvo éste, sin embargo, realidad jurídica, toda vez que no se consumó la tradición de lo vendido a virtud de no haberse inscrito el contrato en los libros del Registrador, y no por olvido, sino porque días después de manera ostensible y pública, los mismos contratantes, de común acuerdo, invalidaron lo pactado, mediante acto que se hizo público en la misma Notaría, y sea del caso advertirlo, ante uno de los testigos instrumentales que abonaron el primer acto. Esta última declaración se hizo registrar en el Libro número 2º, y allí quedó bien registrada, porque el acto se creó, no para verificar traslado de inmuebles de un dominio a otro, sino para hacer público el hecho de que la tradición que debía seguir al contrato anterior, quedaba, por voluntad de las mismas partes contratantes, no solamente suspendida definitivamente, sino expresamente fuéra de lugar, sin causa y sin motivo.

Efecto legal y claro de esta última declaración inscrita, era necesariamente, entre otros, hacer pública la advertencia de los contratantes, que cualquier registro que luégo intentase hacerse por uno de ellos aisladamente, o por sus sucesores, a quienes jurídica y necesariamente obligaban las declaraciones anteriores de sus causantes, sería de efectos irritos y nulos, como que no correspondía el tal registro, no podía corresponder a realidad contractual de ninguna clase.

Por efecto de las consideraciones anteriores —dice la sentencia—, resulta evidente, que como los bienes materia de la reivindicación nunca salieron del patrimonio del presunto vendedor Lisandro González, como consecuencia lógica y jurídica pertenecen a sus sucesores legales o legítimos; que si se inventariaron en juicio extraño a los intereses de los que al morir los dejó en su patrimonio, los herederos que tal cosa realizaron, ejecutaron un acto meramente artificioso, sin resultado práctico ninguno, ya que la simple relación de bienes en una cuenta de inventarios no tiene la virtud de dar para la herencia títulos de propiedad algunos; que si por efecto de la relación sucesoral vino a formarse de los tales bienes una hijuela, nada adquirió el adjudicatario, ya que es apenas obvio, que sólo se heredan los bienes de que sea dueña la herencia y en manera alguna los que los herederos deseen inventariar, aunque con el único resultado de erogar mayor pago de impuestos; que si nada adquirió el heredero en relación con esos bienes, nada transmitió, nada pudo transmitir a sus cesionarios; y, finalmente, que el último de éstos, que es precisamente el demandante, y quien adquirió de su padre, carece de títulos suficientes a fundar el derecho de dominio que alega, toda vez que la titulación le falla, y viene a demostrarle, que lo que adquirió pertenece a persona extraña a la que dijo venderle o transmitirle.

* * *

Esta misma Sala tuvo ya oportunidad de definir su pensamiento en relación con la tesis que propugna el fallo recurrido, toda vez que en sentencia de fecha 23 de octubre del año pasado, al resolver el recurso de casación intentado por Absalón Linares, cesionario de Antonio Linares, demandante en este juicio, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, estudió los cargos, que copiados nuevamente para esta demanda, se formulan a la sentencia materia de este recurso.

En el fallo anterior del Tribunal, y que no casó la Corte, actuaba como demándante Absalón Linares, cesionario de Antonio, actor en este nuevo pleito. La acción y súplica de las dos demandas son exactamente las mismas; se trata de unos mismos bienes, con titulación del mismo origen; en fin, media igualdad de contenido en las demandas de uno y otro juicio, mas, sin que opere el fenómeno jurídico de "la cosa juzgada", como que no fue propuesto en las instancias. Se edvierte, sí, que para esta demanda se formula un nuevo cargo, como se verá adelante.

El recurso.

Se acusa la sentencia, objeto del presente recurso de casación, y en forma global, "por vio-

lación de la ley sustantiva; por apreciación errónea de la escritura número 289, de 12 de diciembre de 1923, de la Notaría de La Vega; por apreciación errónea de la escritura número 244, de 24 de agosto de 1924, de la misma Notaría; por la causal determinada en el ordinal 6º del artículo 520 del Código Judicial; y por aplicación indebida de la ley". Se acusa el fallo, en consecuencia, por ser violatorio de la ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, de acuerdo con el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial.

En cinco apartes, que el recurrente intitula *capítulos*, funda sus reparos el proveído *sub judice*, que la Corte estudiará separadamente, aunque en todos ellos, en el fondo, se plantea una misma situación jurídica, una misma y única acusación.

Primer cargo.

Dice el recurrente "que los efectos emanados del registro en el Libro 1º, de la escritura número 289, de 12 de diciembre de 1923, determinaron la tradición de los bienes raíces a que esa escritura se refería; que con ese registro surgió para las partes del contrato, y para terceros, la tradición inscrita, la publicidad de la venta y la validez legal del título indicado; que igual aconteció con la inscripción de la partición en el sucesorio de Higinio González; que por estas razones, quedaron por consiguiente vinculados esos bienes en el patrimonio de don Antonio Linares; y que como el Tribunal desconoció la validez de esos registros, violó los artículos 747, 756, 759, 951, 2653, 2673 y 2674 del Código Civil".

Se observa: el recurrente considera que con la inscripción de la escritura 289 de 1923, se efectuó la tradición de los bienes vendidos por Lisandro a Higinio González; y que como el Tribunal desconoció esa tradición, violó los artículos en cita.

Reiterando la Corte en este fallo la tesis expuesta al resolver el recurso de casación intentado contra la sentencia del Tribunal de Bogotá, y que falló el pleito de Absalón Linares contra los mismos demandados en este juicio, afirma nuevamente que, nada es más injustificado que esta acusación. En efecto: se ha visto que el convenio celebrado por Lisandro e Higinio González, fue declarado inválido por mutuo consentimiento de los contratantes, forma ésta que reconoce la ley para la invalidación de los contratos. (Artículo 1602 del Código Civil). De suerte, que si el contrato de compraventa fue invalidado por el mutuo consentimiento de las partes, la tradición, que dice el recurrente, se verificó por el registro de la escritura de venta, no pudo efectuarse, jurídicamente hablando, porque para que valga la tradición de bienes raíces se requiere un título traslaticio de dominio, como el de venta, permuta o donación, título que falta al presente porque las partes lo declararon inválido antes de que se consumara el registro en el libro respectivo.

Así las cosas, y conservando toda su fuerza ese postulado probatorio, pues contra él nada se ha aludido, forzoso es concluir que el Tribunal no ha podido quebrantar ninguna de las disposiciones que regulan la tradición, porque, como se ha dicho, ésta no se efectuó por faltarle una condición indispensable para que surtiera efectos legales, cual es la existencia de un título traslaticio de dominio, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 754 y demás pertinentes del Código Civil.

En lo que dice relación a los artículos 2653, 2673 y 2674 del Código Civil, que dice el recurrente violó también el Tribunal, es de repararse, que no habiendo habido tradición por carecer ella de un justo título traslaticio de dominio, estas disposiciones, referentes al registro, y que cita el recurrente en relación con la inscripción de la escritura 244, de 24 de agosto de 1924, carecen de fundamento, porque, se repite, si por esa escritura Lisandro e Higinio González declararon inválido el contrato de la escritura número 289, los bienes que Lisandro González dijo venderle a Higinio del mismo apellido, no salieron del patrimonio de aquél, y por ello esa escritura no implica ni conlleva traslación, modificación, gravamen o limitación de los bienes raíces que Lisandro dijo vender a Higinio González. Es, por tanto, infundado este primer cargo.

Segundo cargo

Se acusa la sentencia en el segundo capítulo de la demanda, por ser violatoria de los artículos 2637, 2641, 2652, 2673 y 2674 del Código Civil, "porque siendo el título que contiene la *rescisión* de un contrato, un instrumento de mutación de la propiedad inmobiliaria, la inscripción del registro debe hacerse en el Libro número 1º y no en el 2º, como aconteció en el caso del pleito. Y como a pesar de esto, en la sentencia se sostiene que la escritura de *rescisión* otorgada por los contratantes, quedó bien registrada en el Libro número 2º, de ahí el error del Tribunal y la consiguiente violación de los artículos citados".

En ninguno de sus apartes dice la sentencia del Tribunal, que las escrituras que anulen o rescindan los contratos, no deban registrarse en el Libro número 1º, porque quedan bien registradas en el 2º El Tribunal dijo, y éste es el fundamento de su fallo, que el contrato celebrado por los dos González no alcanzó a cumplirse,

porque antes de consumarse la tradición de lo vendido, convinieron los mismos contratantes en invalidarlo o cancelarlo, por medio de otro instrumento, que por no contener declaración de traslado ni mutación de dominio, sino unas simples declaraciones de invalidación o resciliación, había quedado bien registrado en el Libro número 2º Si en el contrato convenido entre los dos González, se hubiese cumplido la inscripción en el registro, claro que para su cancelación, resciliación o invalidez habría sido necesario el registro del último convenio que de tal cosa declarara, en el Libro número 1º El Tribunal no hizo en la sentencia afirmación contraria, y siendo así, resulta totalmente infundado el cargo que se hace a la sentencia, fundado en esta consideración.

Tercer cargo.

El Tribunal, dice el recurrente, violó el artículo 785 del Código Civil, porque en la sentencia aceptó como título suficiente la escritura número 244 para oponerla a la escritura número 289, y al título emanado de la partición de Higinio González, siendo que Lisandro González no había vuelto a recuperar esos bienes para dejarlos a su patrimonio a su fallecimiento, por no haber hecho registrar la escritura número 244, cuando se verificó el registro de la partición de los bienes herenciales de Higinio González.

Esta tacha, referente al modo de adquirir la posesión de los bienes cuya tradición debe hacerse por medio de registro, resulta exótica, en el presente recurso de casación, porque si no se verificó la tradición de los bienes que Lisandro dijo vender a Higinio, por carecer de título traslaticio de dominio, esa inscripción, que no ha existido legalmente, nada tenía que recuperar el presunto vendedor, ni había inscripción pendiente que debiera cancelarse.

Ultimo cargo.

Se acusa, finalmente, la sentencia, por ser violatoria del artículo 455 del Código Judicial, toda vez que habiéndose dirigido la demanda, entre otras personas, contra una menor, representada por su madre, resulta, que al proferirse por el Tribunal el fallo de la segunda instancia, esta demandada era ya mayor, y el juicio siguió sin que la misma se apersonara directamente en el asunto, y así fue notificada la sentencia, siendo, consiguientemente, nula la actuación, tanto más cuanto que no se puso este hecho en conocimiento de la parte afectada para los fines legales.

Se alega, pues, la causal 6º de las señaladas en el artículo 520 del Código Judicial: "haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448, siempre que la nulidad no haya sido saneada de conformidad con la ley".

Las nulidades de que trata esta disposición, son: 1ª La incompetencia de jurisdicción; la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o su representante; y 3ª La falta de citación o emplazamiento en la forma legal, de las personas que han debido ser llamadas al juicio.

Fuéra de que este hecho, la nulidad, no fue alegada en el Tribunal, resulta que aquí, en la Corte, la señorita demandada, y a cuya minoridad se refiere la acusación, presentó ante la Corte un memorial ratificando expresamente la actuación y consentimiento en todas sus partes la sentencia del Tribunal; siendo así, la nulidad que hubiera podido producirse por el motivo apuntado, ha quedado allanada; así lo dispone el numeral 3º del artículo 450 del Código Judicial, que dice: "no hay nulidad por ilegitimidad de la personería en los casos siguientes: ....3º Cuando la parte interesada o algún apoderado o representante legal suyo ratifica lo actuado." Y la señorita, ya mayor de edad, ha ratificado ante la Corte la actuación; a lo que se agrega, que según jurisprudencia de esta Corte, la causal de nulidad por mala representación, sólo puede alegarse por la persona a quien perjudique la actuación. Se rechaza, por tanto, este cargo.

Por tanto, en mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, objeto del recurso, de fecha veintisiete de mayo de mil novecientos cuarenta y dos. 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, Daniel Anzola, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

Restitución de términos.

La restitución de un término no es procedente sino cuando se extinguió y no se hizo uso de él. La suspensión contempla el caso de un término que ha corrido, pero que aún no se ha extinguido, cuando se hace la solicitud correspondiente, y tiene por objeto el que no se cuenten ciertos días ya devengados de él, cuando se demuestra alguna de las circunstancias o condiciones establecidas por tal artículo. La restitución contempla el caso del término extinguido y va encaminada a reponerlo, como si no hubiera corrido el primero. Esa reposición debe fundarse en una causa legal y demostrarse plenamente. Ese es el alcance del artículo 372 del Código Judicial. Por fuerza mayor o caso fortuito es procedente la resolución, y dentro de estos dos factores entra la enfermedad calificada de grave, la cual no puede ser otra sino aquélla que ha imposibilitado a quien pide la restitución, para hacer uso del término que le fue concedido. Esa calificación, en principio, y por regla general, entraña una cuestión científica que sólo pueden resolver los facultativos, porque ellos son los habilitados técnicamente para emitir un dictamen o concepto sobre el particular, lo cual no excluye que, en ciertas circunstancias, pueda establecerse la gravedad de la enfermedad por otros medios. Pero en ambos casos, el hecho alegado, la enfermedad calificada de grave, debe acreditarse plenamente, de modo que el juzgador adquiera la plena convicción del hecho. No es, pues, cualquiera indisposición, cualquiera enfermedad, la que puede ser causa eficiente de la suspensión o de la restitución de los términos. Esos fenómenos no se opèran sino mediante la comprobación de la existencia de una enfermedad calificada de grave, al tenor del numeral 3º del artículo 370 del Código Judicial.

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

En el presente juicio ordinario seguido por Dolores Valencia de Villamil y otros contra Jesús Valbuena Casas y Manuela Baracaldo y otros, el apoderado de la parte recurrente, que es la demandada, interpuso recurso de casación, que le fue concedido, y por tal motivo llegaron los autos a la Corte.

Fue repartido el negocio el 13 de febrero de este año, admitido el recurso por auto de 17 de abril, y se ordenó dar traslado por el término legal a la parte recurrente, por proveído del 27 del mismo mes.

Los autos le fueron entregados al recurrente el 30 de abril, día en que principió a correr el traslado, y el recurrente los devolvió, junto con la demanda de casación, fuera de tiempo, según informe del señor Secretario. El término del traslado, incluyendo cuatro días a que tenía derecho el recurrente, según el artículo 374 del Código Judicial, venció el diez de junio, y los autos fueron devueltos, con la demanda de casación, el diez y ocho de junio.

En virtud de lo anterior, el recurrente, al final de su demanda de casación, solicitó que por "haber estado indispuesto por serios quebrantos de salud", no pudo entregar la demanda en el plazo concedido por la ley; "por lo tanto, dice, me acojo a lo indicado en el artículo 370, inciso 3º y concordantes, comprometiéndome a llevar las pruebas del caso. Pido, pues, la gracia de la restitución del término o plazo dentro del cual debía actuar".

En virtud de esta petición, por auto de 25 de junio, se abrió la correspondiente articulación; dentro de ella fueron decretadas y producidas varias pruebas, y hoy es el caso de decidir el incidente.

La regla general consagrada por el artículo 366 del Código Judicial, y concretada especialmente en el inciso 2º de dicha norma, que preceptúa que los términos empiezan a correr desde el día siguiente al de la notificación del auto que lo concede, tiene las excepciones consagradas por los artículos 369, 370 y 372 de la citada obra. Los dos primeros se refieren a la suspensión de los términos, y el último, a la restitución de ellos. Cabe la suspensión de que trata el artículo 370, cuando el término no se ha agotado o extinguido; la restitución no procede sino cuando el término se extinguió, y no se hizo uso de él. La suspensión contempla el caso del término que ha corrido, pero que aún no se ha extinguido, cuando se hace la solicitud correspondiente, y tiene por objeto el que no se cuenten

ciertos días ya devengados de él, cuando se demuestra alguna de las circunstancias o condiciones establecidas por tal artículo. La restitución contempla el caso del término extinguido, y va encaminada a reponerlo, como si no hubiera corrido el primero, reposición que debe fundarse en una causal legal, y demostrarse plenamente. Ese es el alcance del artículo 372 ibidem.

Por fuerza mayor o caso fortuito procede la restitución, y dentro de estos dos factores entra la enfermedad calificada de grave del apoderado de los litigantes. Las causales de suspensión son las mismas de las de restitución.

La enfermedad calificada de grave, a que se refiere el numeral 3º del artículo 370 citado, no puede ser otra sino aquella que ha imposibilitado a quien pide la restitución, para hacer uso del término que le fue concedido. Esa calificación, en principio, y por regla general, entraña una cuestión científica, que sólo pueden resolver los facultativos, porque ellos son los habilitados técnicamente para emitir un dictamen o concepto sobre el particular, lo cual no excluye que en ciertas circunstancias pueda establecerse la gravedad de la enfermedad, por otros medios.

Pero en ambos casos, dictamen de los facultativos, o a falta de éstos, otras pruebas, el hecho alegado, la enfermedad calificada de grave, debe acreditarse plenamente, de modo que el juzgador adquiera la plena convicción del hecho. No es, pues, cualquiera indisposición, cualquiera enfermedad, la que puede ser causa eficiente de la suspensión o de la restitución de los términos. Esos fenómenos no se operan sino mediante la comprobación de la existencia de una enfermedad calificada de grave, al tenor del numeral 3º ya citado.

El recurrente se basa en ese numeral, y alega, por lo tanto, la causal de enfermedad grave a que se refiere dicha norma.

Para comprobar su aserto, pidió las declaraciones de dos facultativos y de dos particulares, que conocen al recurrente.

Los facultativos son los médicos doctores Juan N. Corpas y Francisco Afanador Jiménez.

El primero declara que lo único que le consta es que el día diez de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno recetó al doctor Carlos Federico Lever, quien padecía en esa época de una colitis aguda, y le dio la fórmula que aparece agregada a los autos. De esa fecha para adelante, el declarante no volvió a tratar como paciente al doctor Lever, y en el lapso comprendido entre el treinta de abril y el diez de junio del presente año, no lo vio ni lo trató, y, por lo tanto, no sabe si padecía o nó de alguna enfermedad.

El facultativo doctor Afanador Jiménez declara que recetó al doctor Lever, por motivo de una lesión hepática, en varias ocasiones, pero no en el lapso comprendido entre el treinta de abril y el diez de junio de este año, de modo, dice, "que no sé ni me consta si en el lapso a que me acabo de referir, el doctor Lever haya o nó padecido de alguna enfermedad grave". El declarante agrega que recetó al doctor Lever, hace más de ocho meses, y le prescribió en ese entonces que guardara cama por unos ocho días.

La enfermedad calificada de grave debe iniciarse y producirse, dentro del lapso que un litigante o abogado tenga para hacer uso de un término. Es obvio, y no necesita ningún comentario, que una enfermedad anterior, y que no haya incidido dentro del término, no puede tener ninguna operancia ni influencia para la suspensión o restitución de los términos.

Los dos facultativos recetaron para una lesión hepática al doctor Lever, el primero de los mentados, en 1941, cuando ni siquiera se había dictado la sentencia de segundo grado, y el segundo, hace unos ocho meses. No les consta, además, que hubiera estado enfermo en el lapso comprendido entre el treinta de abril y el diez de junio de este año, que era el tiempo dentro del cual corría el término del traslado. Ese extremo es el que ha debido demostrarse con las declaraciones de esos dos facultativos y con su dictamen sobre la gravedad de la enfermedad en ese plazo, lo cual no se hizo.

Las declaraciones analizadas, y en virtud de lo expuesto, no demuestran el aserto que ha debido establecerse para la restitución del término.

Las otras dos declaraciones son las de los testigos Manuel Antonio Silvestre y Antonio M. Restrepo, y sobre ellas observa la Corte: Dichos testigos declaran que vieron en cama al doctor Lever, en los días 3, 6 y 9 de junio, y que hicieron preparar la fórmula del doctor Corpas, que figura en los autos, fórmula dada en noviembre de 1941. Dichos testigos no vieron o visitaron al doctor Lever durante todos los días corridos entre el dos y el diez de junio, sino sólo en los intervalos a que se refieren en sus declaraciones. El testigo Restrepo asevera que el doctor Lever padece de una lesión al hígado, que lo reduce con mucha frecuencia a cama.

Con esas declaraciones, se comprueba que el expresado Lever estuvo algunos días de los comprendidos entre el dos y el diez de junio en cama, o sea en los ocho últimos días del término del traslado. Mas de ellas no resulta que padeciera una enfermedad calificada de grave, y que lo hubiera imposibilitado, no sólo en ese lapso, sino en el que había corrido antes de él, es decir, desde el treinta de abril al primero de junio, para presentar su recurso de casación. No es un indicio necesario de enfermedad grave, el hecho de que una persona guarde cama, y en ocasiones ese cuidado no tiene por objeto sino

prevenir una enfermedad posterior, que puede ser grave, y hay también muchos casos en que por el hecho de guardarse cama no esté impedido quien la guarda para ciertos trabajos de índole intelectual, como estudio de un expediente y preparación de un alegato o de una demanda.

Las declaraciones citadas no establecen, pues, plenamente el requisito a que se refiere el numeral 3º del artículo 370 del Código Judicial, o, en otros términos, de ellas no se deduce, ni con ellas se prueba que el doctor Lever hubiera, por padecer de una enfermedad grave, que constituiría una fuerza mayor o un caso fortuito, estado imposibilitado, durante todo el término del traslado, ni durante parte de él, para presentar el recurso de casación.

Ni relacionadas las declaraciones de los médicos —con relación de causalidad— con las declaraciones de los señores Silvestre y Restrepo, podría llegarse a la demostración del extremo que se estudia, porque si por una parte los facultativos mencionados no calificaron de grave la enfermedad de que padeció, mucho antes del traslado, el doctor Lever, por la otra, dado el lapso que medió entre el tratamiento médico que le preceptuaron los doctores Corpas y Afanador Jiménez y la enfermedad que padeció en los ocho o diez días últimos del traslado, no se ve esa relación de que se ha hecho mérito.

Finalmente, la doctrina aquí expuesta es la misma que la Corte ha seguido en casos semejantes, en que no obstante declaraciones de facultativos, se ha negado la reposición de términos impetrada, por faltar la comprobación de la enfermedad calificada de grave a que se refiere la ley, para casos análogos a éste.

Por lo expuesto, no se accede a decretar la restitución del término, solicitada por el recurrente.

Notifíquese.

Liborio Escallón.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

Acción de simulación ejercitada por el acreedor.

Hasta el año de 1924 no reconoció personería la jurisprudencia a los acreedores para iniciar la acción de simulación o de nulidad, como se calificaba en ese entonces. De manera que el acreedor estaba siempre en todo caso imposibilitado legalmente para acusar de simulados o nulos, como se decía en ese tiempo, los actos de su deudor que pudieran tener ese carácter. Y éste es el primer período jurisprudencial al respecto. El segundo en que la Corte cambió de rumbo y rectificó su doctrina se inicia con la sentencia de 30 de agosto de 1924 ("Gaceta Judicial", tomo XXXI, página 104), en la que si por una parte admite el interés para que un tercero pueda demandar o alegar la nulidad de un contrato (hoy simulación observa la Corte), celebrado por su acreedor, no puede derivarse del simple hecho de que el demandante sea acreedor sino que es necesario, no un daño eventual y remoto, sino cierto y actual. Esta doctrina se aclaró y condicionó a ciertos factores, como puede verse en los fallos de la Corte de 28 de mayo de 1935 ("Gaceta Judicial", tomo XLII, página 25), 26 de agosto de 1936 ("Gaceta Judicial", tomo XLVII, número 1940, página 61), 15 de julio de 1938 y 27 de junio de 1940. Este es el segundo período jurisprudencial sobre el particular. Pero si antes de 1924 no se reconocía personería a los acreedores para entablar la acción de simulación contra los actos de sus deudores señalados con esa tacha, después de esa fecha ese reconocimiento no entraña el ejercicio de una acción de simulación irrestricta e ilimitada, o sea, que todo acreedor por el mero hecho de serlo pueda intentarla. No. Tal acción está condicionada por ciertos y determinados factores, los cuales ha expresado la Corte.

La ley protege los derechos de los acreedores contra los actos dolosos y aun perjudiciales de los deudores. De ahí el artículo 2490 del Código Civil, que consagra la acción pauliana. Esa guarda y protección tiene un efecto retroactivo, en los términos señalados por el artículo 2491 ibídem, o sea el de un año; por eso estatuye el numeral 3º de la norma que acaba de citarse que las acciones concedidas en ese artículo a los acreedores expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato. En materia comercial se siguen los mismos principios anteriores. (Artículos 153, 159, 161, 162, Código de Comercio). Aun cuando las normas anteriores, como todas las contenidas en el Título V del Libro 1º del Código de Comercio Terrestre fueron reemplazadas por las que constituyen el Decreto número 750 de 1940, de 16 de abril, también es verdad que los principios que contenían los artículos del Código de Comercio citados fueron consagrados en varias de las disposiciones del mentado Decreto, como puede verse en los artículos 36, 37, 38 y 39 del mismo. Están, pues, claramente establecidas las acciones que en sus respectivos casos protegen a los acreedores contra los actos fraudulentos o perjudiciales de sus deudores y están establecidas claramente las fechas hasta las cuales pueden los acreedores retrotraer el ejercicio de sus respectivas acciones. Pero así como en los casos de los artículos 2490 y 2491 del Código Civil, como también en los que contemplan los artículos de la Ley mercantil citados, el acreedor que ejerza alguna de esas acciones debe poseer esa calidad antes o coetánea a la celebración del acto fraudulento o perjudicial, de la misma manera el acreedor que entabla la acción de simulación debe tener ese carácter cuando se verificó el acto que tacha de simulado. La razón de lo anterior es muy clara: al tenor del artículo 2488 del Código Civil, los bienes en general del deudor, presentes o futuros, son prenda, o mejor garantía genérica, del acreedor. Estos bienes, por lo tanto, respaldan y garantizan los créditos del deudor, de modo que si no existe ningún crédito, no puede existir la garantía genérica. Si no existe un acreedor, en el momento en que el deudor ejecute un acto fraudulento, doloso o simulado, es claro que no puede existir ni consilium fraudis ni eventus damni, para los casos de la acción pauliana, ni perjuicio, para los casos de simulación, por lo mismo que falta el factor, que sería el acreedor, que pudiera ser víctima de ese consilium o de ese perjuicio. La relación jurídica entre acreedor y deudor debe por lo

tanto, existir cuando tiene nacimiento el acto doloso, o simulado, y la acción del acreedor puede retrotraerse, sólo respecto de los actos dolosos o simulados, pero no respecto de su sola relación jurídica, o sea de la mera existencia del crédito.

El acreedor que ejercita la acción de simulación debe tener ese carácter cuando nació el acto que ataca de simulado; pero no le basta esto únicamente para que su acción pueda prosperar, sino que es necesario que demuestre que por ese acto simulado el patrimonio de su deudor se menoscabó o disminuyó de tal modo que su interés protegido por la ley ha sido desconocido por ese acto simulado del deudor, y que la prenda genérica, o mejor, la garantía consagrada por el artículo 2488 del Código Civil ha desaparecido. Así, pues, si un deudor ejecuta un acto simulado, pero se demuestra que no obstante esa simulación, dentro de su patrimonio existen bienes suficientes para pagar sus deudas, el acreedor no podría entablar la acción de simulación por lo mismo que el acto simulado, en el caso puesto como ejemplo, no menoscaba su interés protegido por la ley. En resumen: un acreedor posterior al acto tachado de simulado que ejecutó su deudor, carece de personería para entablar la acción de simulación.

El principio sentado por el artículo 162 del Código de Comercio, que se refiere a la simulación, y que puede aplicarse no sólo a materias comerciales sino civiles, está indicando claramente que los acreedores deben tener tal carácter cuando se celebró por su deudor el acto tachado de nulo. Aún más: en materias comerciales por lo menos, según esa norma, es necesario que la simulación haya sido hecha en fraude de los acreedores. Finalmente, porque convenga a un acreedor que el patrimonio de su deudor aumente, esa conveniencia no se traduce en legítimo interés para aquél, en el sentido de que sin restricción de ninguna especie pueda ejercitar todas las acciones que al respecto pudiera tener personalmente el deudor para ese fin.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Alfonso Barberena A., en nombre propio, demandó a Lázaro Botero O'Byrne, Ana Francisca Barberena, Antonio O'Byrne, Federico O'Byrne y Rosa Barberena para que se hicieran estas declaraciones: Que es "simulada la escritura" número 185 de 5 de marzo de 1925, pasada ante el Notario 2º de Cali, por la cual Paula Rosa y Ana Francisca Barberena y Antonio y Federico O'Byrne G. hicieron venta de los derechos hereditarios que a las señoras Barberenas corresponden en la sucesión de su padre Luis Barberena, al señor Lázaro Botero O'Byrne; que es "simulada la escritura" 1174 de la misma Notaría, de fecha 4 de diciembre de 1925, por la cual Lázaro Botero O'Byrne vendió a Antonio O'Byrne lo que había adquirido por medio de la escritura 185; que en consecuencia de lo anterior se declare que las mencionadas escrituras no han producido ni producen efecto legal de ninguna naturaleza y que se decrete la reivindicación de lo vendido en esas escrituras.

Subsidiariamente demandó la nulidad de tales escrituras por falta del elemento esencial del contrato de compraventa consistente en el precio.

El Juez del conocimiento, 3º del Circuito de Cali, en sentencia de 13 de agosto de 1939 negó todas las peticiones de la demanda por cuanto halló demostrada la ilegitimidad sustantiva de la parte demandante.

Esta apeló de tal sentencia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 27 de febrero de 1942, revocó la del inferior, declaró probada la excepción perentoria de carencia de acción en la parte demandante, declaró no probada la nulidad de los contratos y absolvió a los demandados de todos los cargos formulados en la demanda.

El actor interpuso recurso de casación y hoy es el caso de fallarlo.

El demandante con el fin de establecer su interés jurídico para pedir la simulación se expresa así: "Soy acreedor de la señora Ana Francisca Barberena de O'Byrne y de Rosa Barberena de O'Byrne, por la suma de $ 600.00 que hube de prestarles en diferentes contados para sufragar gastos familiares y quinientos pesos que di a título de mutuo a Rosa Barberena de O'Byrne. Este carácter de acreedor que tengo respecto de las mentadas señoras, que acredito con las letras de cambio que acompaño a esta demanda, me acredita para proponer la demanda de simulación de los documentos que he hecho referencia. Es decir, tengo la personería sustantiva para proponer esta demanda".

Sobre estas bases indiscutidas e indiscutibles, el Tribunal de Cali estimó que el demandante carece de personería sustantiva para entablar su presente acción por cuanto sus créditos son posteriores, y en muchos años, a los actos atacados de simulados.

El recurrente hace dos cargos a la sentencia, que pasan a estudiarse por separado.

Primer cargo.

Violación de los artículos 1766 y 2488 del Código Civil por cuanto el fallador de Cali, en sentir del recurrente, confundió la acción pauliana con la acción de simulación, pues aplicó al caso en litigio las normas de la primera, cuando ha debido aplicar las de la segunda. Esta confusión proviene, de que según el recurrente, el fallador estimó que deben existir respecto del acreedor que pide la simulación, de un acto de su deudor, las mismas que deben existir respecto de los acreedores que ejercitan la acción pauliana.

La Corte considera: El Tribunal de Cali funda su sentencia siguiendo en un todo la doctrina sostenida por esta corporación en su sentencia de 27 de junio de 1941, publicada en la *Gaceta Judicial* números 1973/74, y que inserta casi totalmente en su fallo. En tal sentencia la Corte hizo la distinción entre la acción pauliana, la acción de nulidad con sus casos de inoponibilidad y la acción de simulación que en sus respectivas ocurrencias pueden ejercer los acreedores. Siendo así las cosas y habiéndose el Tribunal ceñido a tal sentencia no existe la confusión que apunta el recurrente y basta leer el fallo para convencerse de ello.

Mas, sí cree la Corte pertinente hacer las siguientes consideraciones, para aclarar el asunto:

Hasta el año de 1924 la jurisprudencia no reconoció personería a los acreedores para iniciar la acción de simulación o de nulidad, como se calificaba en ese entonces. De manera que el acreedor estaba siempre en todo caso imposibilitado legalmente para acusar de simulados o nulos, como se decía en ese tiempo, los actos de su deudor que pudieran tener ese carácter. Y éste es el primer período jurisprudencial al respecto.

El segundo en que la Corte cambió de rumbo y rectificó una doctrina se inicia con la sentencia de 30 de agosto de 1924 (*Gaceta Judicial,* tomo XXXI, página 104), en la que si por una parte admite el interés para que un tercero pueda demandar o alegar la nulidad de un contrato (hoy simulación observa la Corte), celebrado por su acreedor, no puede derivarse del simple hecho de que el demandante sea acreedor sino que es necesario no un daño eventual y remoto sino cierto y actual. Esta doctrina se aclara y condiciona a ciertos factores, como puede verse en los fallos de la Corte de 28 de mayo de 1935 (*Gaceta Judicial,* tomo XLII, página 25), 26 de agosto de 1936 (*Gaceta Judicial,* tomo XLVII, número 1940, página 61), 15 de julio de 1938 y 27 de junio de 1940 ya citado. Este es el segundo período jurisprudencial sobre el particular.

Pero si antes de 1924, no se reconocía personería a los acreedores para entablar la acción de simulación contra los actos de sus deudores señalados con esa tacha, después de esa fecha, ese reconocimiento no entraña el ejercicio de una acción de simulación irrestricta e ilimitada, o sea que todo acreedor por el mero hecho de serlo pueda intentarla. No; tal acción está condicionada por ciertos y determinados factores. Por eso dijo esta Corte: "Mas, por aparecer, como de mayor amplitud el ejercicio de esa acción que se viene estudiando (simulación), respecto de la pauliana, ello no quiere decir que un acreedor la pueda ejercitar de un modo irrestricto o ilimitado, puesto que también está circunscrita a ciertas circunstancias que se cifran en el perjuicio de los acreedores, consistente en disminuir o suprimir bienes del patrimonio de su deudor.... Es claro que no habiendo perjuicios, no cabe la acción y que el perjuicio a que se alude ha de ser la imposibilidad para el acreedor de hacer efectivos sus derechos. De modo, pues, que no es cualquier acreedor el que tiene derecho a ejercitar la acción que se viene estudiando, que no está condicionada a un concepto eventual, sino que para que prospere, el interés jurídico debe ser actual, o sea que se debe tratar de un interés protegido por la ley, que es burlado o desconocido por la colusión entre el deudor y el tercero".

La ley protege los derechos de los acreedores contra los actos dolosos y aun perjudiciales de los deudores; por eso preceptúa el artículo 2490 del Código Civil que son nulos todos los actos ejecutados por el deudor relativamente a los bienes de que ha hecho cesión, o de que se ha abierto concurso de acreedores. Esta es la acción pauliana. Esa guarda y protección tiene un efecto retroactivo, en los términos determinados por el artículo 2491 ibidem, o sea el de un año; por eso el numeral 3º de la norma que acaba de citarse estatuye que las acciones concedidas en ese artículo a los acreedores, expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato.

En materia comercial se siguen los mismos principios anteriores, y de ahí que el artículo 156 del Código de Comercio establezca que todo acto de dominio y administración que ejecute el quebrado sobre cualquiera especie y porción de sus bienes después de la declaración de quiebra es nulo, y el artículo 159 reputa como fraudulentos y los sanciona con la ineficacia, respecto de los acreedores del quebrado, los contratos celebrados por éste en los treinta días precedentes a su quiebra, que sean de las especies a que se refiere tal norma. Además el artículo 161 ibidem da a los acreedores la acción rescisoria, mediante la prueba del fraude respecto de los actos que determina ese artículo que no sean anteriores a más de diez días de la declaración de quiebra, y finalmente el artículo 162 establece que todo contrato hecho por el quebrado en los cuatro años anteriores a la quiebra, en que se

pruebe cualquiera especie de suposición o simulación hecha en fraude de sus acreedores se podrá revocar a instancia de éstos.

Es cierto que las normas anteriores como todas las contenidas en el Título V del Libro 1º del Código de Comercio Terrestre fueron reemplazadas por las que constituyen el Decreto número 750 de 1940, de 16 de abril, pero también lo es que los principios que contenían los artículos del Código de Comercio que se acaban de citar fueron consagrados en varias de las disposiciones del mentado Decreto, como puede verse en los artículos 36, 37, 38 y 39 del mismo.

Están pues claramente establecidas las acciones que en sus respectivos casos protegen a los acreedores contra los actos fraudulentos o perjudiciales de sus deudores y están establecidas claramente las fechas hasta las cuales pueden los acreedores retrotraer el ejercicio de sus respectivas acciones.

Pero así como en los casos de los artículos 2490 y 2491 del Código Civil, como también en los que contemplan los artículos de la ley mercantil citados, el acreedor que ejerza alguna de esas acciones, debe poseer esa calidad antes o coetánea a la celebración del acto fraudulento o perjudicial, de la misma manera el acreedor que entabla la acción de simulación, debe tener ese carácter cuando se verificó el acto que tacha de simulado.

Y la razón de lo anterior es muy clara: al tenor del artículo 2488 del Código Civil, los bienes en general del deudor, presentes o futuros, son prenda, o mejor garantía genérica del acreedor. Estos bienes, por lo tanto, respaldan y garantizan los créditos del deudor, de modo que si no existe ningún crédito, no puede existir la garantía genérica. Si no existe un acreedor, en el momento en que el deudor ejecute un acto fraudulento, doloso o simulado, es claro que no puede existir ni *concilium fraudis* ni *eventus damni*, para los casos de la acción pauliana, ni perjuicio, para los casos de simulación, por lo mismo que falta el factor, que sería el acreedor, que pudiera ser víctima de ese *concilium* o de ese perjuicio.

La relación jurídica entre acreedor y deudor debe por lo tanto existir cuando tiene nacimiento el acto doloso, o simulado y, la acción del acreedor puede retrotraerse, sólo respecto de los actos dolosos o simulados, pero no respecto de su sola relación jurídica o sea de la mera existencia del crédito.

El siguiente aparte de la sentencia del fallador de Cali es exacto y por eso lo inserta y hace suyo la Corte: "Es natural y de uso corriente en la vida de los negocios, que quien va a celebrar un contrato de mutuo se informe de la solvencia del presunto deudor, investigando cuál es el patrimonio, qué bienes tiene para responder del cumplimiento de la obligación que va a contraer, y según lo que resulte de su investigación decidirse o nó, a dar su dinero. Como es la solvencia del mutuario la que influye o determina al mutuante para celebrar el contrato, la ley da al acreedor la acción para demandar la simulación, y por este medio conseguir que los bienes de que su deudor se desprendió simuladamente para perjudicarlo vuelvan a su patrimonio a responder de la obligación contraída.

En el caso de autos, el mutuante doctor Barberena A., al tomar la información acerca de la solvencia de las señoras Barberenas, para darles el dinero de que dan cuenta las letras acompañadas a la demanda, no pudo estimar como patrimonio de ellas los derechos en la mina de Elizondo, porque de esos bienes se habían desprendido desde 1925 por la escritura número 185, a la cual se le dio publicidad por medio del registro. Así, pues, el contrato celebrado aquel año no perjudicó al doctor Barberena A., que sólo fue acreedor de las señoras Barberenas, trece años después, o sea en el año de 1938".

Los términos que emplea el legislador en todos los artículos citados en este fallo, en otros del título 40 del Libro 4º del Código Civil, como también en muchas de las disposiciones de los Capítulos 9º y 10 del Título 14 de dicha obra, son muy claros sobre el particular, y en ellos se parte de la base de la existencia de los créditos, para ejercitar las acciones que al respecto consagra el legislador en varias de esas normas.

El acreedor prendario o hipotecario, tiene la garantía específica de la prenda y de la hipoteca; el acreedor que carece de ellas tiene la garantía genérica de los bienes presentes o futuros del deudor, con excepción de los no embargables, y entonces aparece muy claro que no habiendo tenido jamás, ni pudiendo tenerla, la garantía genérica sobre bienes que fueron del deudor y que salieron del patrimonio de éste antes de que se constituyera el crédito, no puede tener la acción para demandar como dolosos, fraudulentos o simulados los actos que hicieron salir del patrimonio de su deudor bienes de éste, cuando la relación jurídica de acreedor a deudor, no había nacido,

De otra manera, el acreedor tendría el derecho, prevalido de la existencia de un crédito posterior a los actos dispositivos de su deudor, no sólo de examinar e investigar, sino de demandar todos los actos jurídicos de éste, con una personería que resultaría retroactiva y que pondría al deudor a discreción absoluta de su acreedor. Conclusión ésta inadmisible que hace ver la exactitud jurídica de la doctrina que acaba de exponer la Corte.

Cree ésta oportuno además exponer toda la tesis sobre la materia que viene tratando. En primer término, por lo que ya se explicó, el

acreedor que ejercita la acción de simulación, debe tener ese carácter cuando nació el acto que ataca de simulado; pero no le basta esto únicamente para que su acción pueda prosperar, sino que es necesario que demuestre que por ese acto simulado, el patrimonio de su deudor se menoscabó o disminuyó de tal modo y en tal forma, que su interés protegido por la ley, el del acreedor, ha sido desconocido por ese acto simulado, y que la prenda genérica, mejor la garantía consagrada por el artículo 2488, ha desaparecido. Así, pues, si un deudor ejecuta un acto simulado, pero se demuestra que no obstante esa simulación, dentro de su patrimonio existen bienes suficientes para pagar sus deudas, el acreedor no podría entablar la acción de simulación, por lo mismo que el acto simulado, en el caso puesto como ejemplo, no menoscaba su interés protegido por la ley.

En resumen: un acreedor posterior al acto tachado de simulado y ejecutado por su deudor, carece de personería para entablar la acción de simulación.

Y en el caso de autos resalta lo anterior, si se tiene en cuenta el lapso, trece años, que medió entre los actos atacados de simulados y la constitución de los créditos. No se ve cómo una compraventa celebrada en 1925 pudiera venir a perjudicar el interés de un acreedor, cuyo crédito se constituyó en 1938.

Si los acreedores que pueden ejercer la acción pauliana deben tener esa calidad cuando se ejecutó el acto tachado de fraudulento, y si no obstante esa calidad, esos actos ejecutados por el deudor, dentro de cierta anterioridad, un año, treinta días, cuatro años, según se vio arriba, escapa a la acción de los acreedores, por un principio de seguridad en las relaciones jurídico-comerciales, si la misma ley establece un límite al respecto, por la razón que acaba de expresarse, entre otras, no se ve cómo un acreedor que ejercita la acción de simulación contra un acto ejecutado por su deudor y que tacha de nulo, pueda con un interés adquirido después de ejecutado el acto, ejercitar irrestrictamente, en cuanto al tiempo, esa acción.

La limitación que respecto al tiempo, establece el legislador, es un principio que limita y condiciona las acciones de los acreedores y que enseña, que no obstante la protección que la ley brinda a éstos, no los ampara sino en cierta medida, en cuanto al tiempo, como no los ampara sino en ciertas condiciones en cuanto a la naturaleza de los actos ejecutados por los deudores.

Respecto de los antecedentes que cita el recurrente en su demanda, se observa lo siguiente: en la sentencia a que se refiere, de 18 de marzo de 1941, no se trató ni decidió sobre el punto de personería. Se lee en ese fallo: "De la sentencia acusada hay varias cuestiones que ninguna relación tienen con el punto sometido a decisión en el recurso, como son las referentes a interés en la acción, y personería del actor". Se dijo lo anterior porque en el fallo que remató con la sentencia mencionada, la única materia sometida al debate fue la de simulación y no se planteó el asunto de la personería, como en el caso presente.

En este fallo es la primera vez que se estudia por todos sus aspectos la personería de un acreedor que demanda la simulación, para concluír que en los casos en que tenga esa acción, es indispensable que su crédito sea anterior o coetáneo al acto tachado de nulo. Por eso no existe doctrina anterior en contra de la expuesta en este fallo.

Es cierto, como anota el recurrente, que algunos expositores extranjeros muy autorizados por cierto y cuyas opiniones ha acogido la Corte en varias ocasiones, sostienen una tesis contraria a la sustentada en este fallo; mas, en vista de las razones ya expresadas y de los principios legales que condicionan el ejercicio de ciertas acciones que la ley da a los acreedores, la Corte no puede seguir en este caso las opiniones mencionadas. El principio sentado por el artículo 162 del Código de Comercio, que se refiere a la simulación, principio que puede aplicarse no sólo a materias comerciales sino civiles, está indicando claramente que los acreedores deben tener tal carácter cuando se celebró por su deudor el acto tachado de nulo. Aún más: en materias comerciales por lo menos, según esa norma, es necesario que la simulación haya sido hecha en fraude de los acreedores.

Finalmente, porque convenga a un acreedor que el patrimonio de su deudor aumente, esa conveniencia no se traduce en legítimo interés para aquél, en el sentido de que sin restricción de ninguna especie, pueda ejercitar todas las acciones que al respecto pudiera tener personalmente el deudor para ese efecto. "Un daño eventual y remoto, dijo la Corte, en la sentencia de 30 de agosto de 1924 citada arriba, no es suficiente para constituir el perjuicio jurídico que la ley requiere", y en sentencia de 24 de agosto de 1925 (*Gaceta Judicial*, tomo XXX, página 348), se expresó así: "El simple interés que un acreedor pueda tener de que su deudor no se desprenda de una propiedad valiosa no es suficiente para que él pueda demandar la declaratoria de nulidad de la venta de esa propiedad". Es pertinente observar que en ese entonces la simulación era considerada como nulidad.

Por todo lo que se ha dicho el cargo que acaba de estudiarse no es fundado y la doctrina sentada por el Tribunal de Cali es jurídica.

Segundo cargo.

Señala el recurrente como violados los mismos artículos que indicó en el primero y se funda en que el Tribunal negó la acción por ser el demandante acreedor posterior a los actos que tacha de simulados, fundamento que ataca el demandante.

Este cargo es muy semejante al anterior, y en cuanto a la posterioridad de los créditos respecto de los actos tachados de simulados, la Corte se refiere a lo que ya quedó expuesto al estudiar el primer cargo. Ya se vio y se explicó también por qué no pudo haber violación de los artículos 1766 y 2488 del Código Civil, como tampoco la hay del artículo 2491, porque la sentencia no se funda en esa disposición, toda vez que el Tribunal no consideró, que en el caso de autos se trate de la acción pauliana.

No es fundado, pues, este cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida. Sin costas por aparecer que no se han causado.

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

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

Reivindicación.—Litigios entre colonos sobre mejor derecho a la adjudicación de tierras baldías.

Ya ha dicho la Corte que los litigios entre colonos sobre mejor derecho a la adjudicación de tierras baldías en las cuales pretende haber puesto mejoras, se regulan por las disposiciones del Código Fiscal, y que toda controversia sobre mejor derecho a la posesión y al goce de tales mejoras, lo mismo que a su explotación económica, queda sometida a las normas generales del derecho civil. La Ley 200 de 1936 no tiene aplicación y operancia sino para definir lo relativo al dominio territorial cuando se lo disputen el Estado y los particulares, y cuando, en consecuencia, se enfrente el Estado a cualquier pretendido propietario para disputar su dominio. Precisamente para definir en esos casos la situación jurídica de la tierra y saber a quién corresponde en definitiva su dominio en casos dudosos, establece la Ley 200 las presunciones señaladas en sus artículos 1º a 4º, presunciones que deben actuar en el campo de nuestro derecho probatorio y que interesan, sobre todo, a la prueba del dominio territorial. Antes de expedirse la Ley 200 era difícil en la mayoría de los casos acreditar el dominio privado de las tierras y de allí que en casi todos los litigios entre la Nación y los particulares, éstos salían perdidosos en las controversias en que se disputaba acerca de la propiedad territorial, para decidir si ésta le pertenecía al Estado en calidad de baldío o a los asociados, por haber entrado válidamente en el patrimonio privado. A resolver estos conflictos obedeció la expedición del estatuto de la tierra.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

1º Por medio de la escritura número 1091, de 4 de noviembre de 1911, de la Notaría de Armenia, los cónyuges Venicio Herrera y Clotilde Ocampo de Herrera, vendieron a Belisario Henao un lote de terreno en el punto denominado "El Danubio", jurisdicción del Municipio de Circasia, por los linderos que señala el referido instrumento. En dicha escritura se dejó expresa constancia por parte de Henao de que la compra la hizo "para sí y para el señor Bernardo Echeverri J."

2º En el cuerpo de la referida escritura número 1091, los vendedores hicieron las siguientes declaraciones: "se advierte, además, que el vendedor ha solicitado del Gobierno Nacional la adjudicación de dicho terreno, y que una vez adquirido, lo traspasará al comprador."

3º Pretende la parte actora que cuando Henao adquirió el inmueble éste se hallaba mejorado con una casa de habitación, potreros de pastos artificiales, plantaciones de caña de azúcar, trapiche para la producción de panelas, sementeras de café productivo, rastrojos y bosques con maderas de aserrío, etc., mejoras que el comprador Henao disfrutó y ensanchó a título de dueño legítimo.

4º El comprador Henao contrajo matrimonio católico con Emperatriz Cárdena, durante el cual tuvieron y procrearon a sus hijos legítimos Belisario, Miguel, Carlos, José J., Elena, Lilia y Francisco Henao Cárdena.

5º Henao murió ab-intestato el 24 de septiembre de 1936, dejando como herederos a sus nombrados hijos. Pero el inmueble cuya reivindicación se suplica en este proceso, lo está proseyendo materialmente Bernardo Echeverri J., con exclusión del cónyuge y de los herederos de Henao.

El proceso.

En demanda fechada el 23 de abril de 1938, Emperatriz Cárdena v. de Henao, a nombre propio y como representante legal de sus menores hijos legítimos antes citados, solicitó al Juez del Circuito de Armenia que, por los trámites de un juicio ordinario, se hicieran contra Bernardo Echeverri J. estas declaraciones:

1ª Que la sociedad conyugal ilíquida formada por los esposos Henao-Cárdena, representada por el cónyuge sobreviviente y sus hijos, es dueña de la finca raíz delimitada en los hechos de la demanda;

2º Que como consecuencia de la declaración anterior el demandado debe restituir ese inmueble con sus frutos naturales y civiles, como poseedor de mala fe, y no sólo los percibidos, sino también los que se hubieren podido percibir con mediana inteligencia y actividad, si la cosa hubiere estado en su poder.

Subsidiariamente se suplicó la declaratoria de dominio sobre la mitad común y proindiviso de la referida propiedad, con la restitución de esa mitad para la sociedad conyugal actora, junto con sus frutos naturales y civiles, considerándose al demandado igualmente como poseedor de mala fe.

El Juez *a quo* pronunció fallo de primer grado el 12 de julio de 1940, absteniéndose de hacer las declaraciones principales; pero accediendo a las subsidiarias sobre dominio de la sociedad conyugal ilíquida Henao-Cárdena en la mitad del inmueble reinvindicado. También se reconoció al demandado Echeverri J. su derecho a que la parte actora le pague el valor de las mejoras que corresponden a la mitad reivindicada, una vez que voluntaria o judicialmente se efectúe la correspondiente división del terreno. Se reconoce probada la existencia de algunas de ellas, y se concede al demandado el derecho de retención sobre la parte reivindicada, hasta tanto se le cubra el importe de lo que se cause a deber por ese concepto de mejoras.

La sentencia acusada.

Apelaron del fallo anterior ambas partes litigantes, y correspodió fallar la segunda instancia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. Al efecto, en providencia de 11 de junio de 1942, revoca la recurrida y en su lugar absuelve al demandado, por estimar que la parte actora no ha demostrado su acción, y no es el caso de hacer las declaraciones principales y subsidiarias solicitadas en el libelo de demanda.

Comienza el fallo del Tribunal por considerar, ante todo, que se está en presencia de una estipulación para otro que el beneficiario, que es el demandado Echeverri J., no acepta, reclamando su derecho como mejorista en terreno que considera baldío. Para el mencionado fallador se presenta entonces la situación de un particular que como actor reclama dominio sobre un terreno poseído materialmente por un tercero, que viene a ser el demandado en este juicio, y que se dice mejorista sobre tierra baldía. Estima el Tribunal de Pereira que el caso se encuentra regulado por la Ley 200 de 1936, sobre régimen de tierras, y es dentro de ese estatuto legal donde debe buscarse la solución jurídica del pleito.

Sentado lo anterior, concluye el fallador de segunda instancia que corresponde al demandante destruir la presunción que favorece al demandado, mediante las pruebas que se enumeran en el artículo 4º de la Ley antes citada, sobre régimen de tierras. Dice esta disposición en lo pertinente: "En este caso, el de carácter de propiedad privada del respectivo globo de terreno sólo podrá acreditarse en una de estas formas:

"a) Con la presentación del título originario emanado del Estado, que no haya perdido su eficacia legal;

"b) Con cualquiera otra prueba, también plena, de haber salido el terreno legítimamente del patrimonio del Estado;

"c) Con la exhibición de un título traslaticio de dominio otorgado con anterioridad al 11 de octubre de 1821."

Sigue el Tribunal diciendo que esta prueba es la que no se ha presentado por la parte demandante, porque apenas fundamenta su acción en la escritura número 1091 de 1911, y el instrumento a que se acaba de hacer mención contiene en su parte final la cláusula en que "se advierte que el vendedor ha solicitado del Gobierno Nacional la adjudicación de dicho terreno y que una vez obtenidos (sic), los traspasará al comprador." De manera que la actora no ha desvirtuado la presunción que ampara al actual poseedor Echeverri, como lo exige el artículo 4º de la Ley 200 antes mencionada. Y llega a esta conclusión después de un análisis detenido del haz probatorio exhibido por la parte actora.

El recurso.

La parte actora acusa en casación la sentencia del Tribunal por la primera de las causales consagradas en el artículo 520 del Código Judicial, haciendo consistir sus reparos en que es violatoria de ley sustantiva por infracción directa, por aplicación indebida, y porque también infringe la ley por apreciación errónea, y por falta de apreciación de unas pruebas, lo que hizo incurrir al fallador en errores de hecho y de derecho que constan evidentemente en los autos. Se pasa a estudiar en su debido orden, los cargos formulados contra el fallo:

Primer cargo—Violación directa por parte del sentenciador de los artículos 1º, 2º y 4º de la Ley 200 de 1936, 40 de la Ley 153 de 1887 y 605 del Código Judicial.

Dice el recurrente que el Tribunal fallador afirma sin fundamento alguno que se trata de un terreno baldío, sin duda por el temor de darle al artículo 1º de la Ley 200 de 1936, la apli-

cación retroactiva que ha debido darle, conforme al artículo 40 de la Ley 153 de 1887. Si para destruír la presunción legal hay necesidad de acreditar hechos contrarios que la desvirtúen, se tiene entonces que ella está vinculada directamente a las ritualidades procesales probatorias de los juicios. Y muy mal estaría que si el legislador de 1936 revolucionó con la Ley 200 los principios dominantes en materia de baldíos, para favorecer al trabajador que los ocupe o haya ocupado, incorporándolos a la economía nacional, hubiera venido a dictar un precepto legal que no favoreciera también al trabajo humano ejecutado con anterioridad a la vigencia de tal ley.

Considera la Sala de Casación:

Tres premisas fundamentales sirven de soporte a la conclusión de la sentencia acusada:

a) Que el inmueble materia del litigio, denominado "El Danubio", es un terreno baldío aún no adjudicado por el Estado;

b) Que por tratarse entonces de un particular que reclama dominio sobre un terreno poseído materialmente por un tercero que se dice mejorista sobre tierra baldía, el caso de autos queda regulado por la Ley 200 de 1936, sobre régimen de tierras, y

c) Que corresponde al demandante destruír la presunción de dominio que favorece al demandado, y que le reconoce tal Estatuto de la tierra, presunción que sólo puede ser destruída mediante las pruebas que se enumeran en el artículo 4º de la Ley 200 antes mencionada.

Estima esta Sala que dos de esas tres premisas no son fundadas, ni pueden servir de soporte a la conclusión totalmente absolutoria de la sentencia acusada, por las razones que pasan a expresarse:

En la escritura pública número 1091 de 1911, que sirve de título adquisitivo de dominio a la parte actora, se insertó al final una cláusula que dice textualmente: "Se advierte, además, que el vendedor ha solicitado del Gobierno Nacional la ajudicación de dicho terreno, y que una vez adquiridos (sic) los traspasará al comprador."

A esta aseveración de parte de los vendedores Venicio Herrera y Clotilde Ocampo, que venía por decirlo así a condicionar en un punto esencial la compraventa del inmueble, y a establecer su origen y a señalar el requisito que aún faltaba para que el transferente pudiera ostentar la plenitud de su dominio y goce, no opuso la menor observación al comprador Belisario Henao, de quien son causahabientes los actores. Quiere esto decir que aceptó la transmisión del dominio en esas condiciones y convino explícitamente en que adquiría un terreno baldío, sujeto al requisito posterior de que los vendedores obtuvieran del Estado la adjudicación, como colonos cultivadores.

Pero esa circunstancia especial de que el terreno en disputa sea o nó en realidad un baldío, en nada debe influír para la decisión de este litigio, ya que es de rigor concluír que se trata de una controversia judicial entre particulares, sobre pretendido dominio en una propiedad territorial, lo mismo que un pleito entre personas que en calidad de colonos alegan derechos de posesión y de propiedad sobre mejoras puestas en esa finca raíz. Como está ausente el Estado de este pleito, cualquiera decisión que se adopte en nada le perjudicará, en lo relativo a la declaración judicial de dominio que aquí se haga, por venir a ser la sentencia "res inter allios", respecto de la Nación.

Bien sabido es, y ya viene dicho por la Corte que los litigios entre colonos sobre mejor derecho a la adjudicación de tierras baldías en las cuales pretenden haber puesto mejoras, se regulan por las disposiciones del Código Fiscal, y toda controversia sobre mejor derecho a la posesión y al goce de tales mejoras, lo mismo que a su explotación económica, quedan sometidas a las normas generales del derecho civil.

De ahí proviene la equivocada apreciación e interpretación en que incurrió el Tribunal al decidir que esta disputa queda sometida a la regulación del estatuto sobre la tierra —Ley 200 de 1936— premisa que adoptó como base y fundamento de su fallo cuando dijo: "El caso se encuentra regulado por la Ley 200 de 1936, sobre régimen de tierras, y es dentro de este estatuto legal en donde debe buscarse la solución para las partes en el pleito."

Se impone, por tanto, la rectificación de ese concepto básico del sentenciador de Pereira, porque el estatuto de la tierra no tiene aplicación y operancia sino para definir lo relativo al dominio territorial cuando se lo disputen el Estado y los particulares, y cuando, en consecuencia, se enfrente el Estado a cualquier pretendido propietario para disputar su dominio.

Precisamente para definir en esos casos la situación jurídica de la tierra y saber a quién en definitiva corresponde su dominio en casos dudosos, establece la Ley 200 las presunciones señaladas en sus artículos 1º a 4º; presunciones que deben actuar en el campo de nuestro derecho probatorio y que interesan, sobre todo, a la prueba del dominio territorial.

Antes de expedirse la Ley 200 era difícil en la mayoría de los casos acreditar el dominio privado de la tierra y de allí que en casi to-

dos los litigios entre la Nación y los particulares éstos salían perdidosos en las controversias en que se disputaba acerca de la propiedad territorial, para decidir si ésta le pertenece al Estado en calidad de baldío o si a los asociados, por haber entrado válidamente en el patrimonio privado. A resolver estos conflictos obedeció la expedición del estatuto de la tierra.

De manera que debe prosperar el primer cargo, que el recurrente hace consistir en equivocada interpretación e indebida aplicación al caso del pleito de los artículos 1º a 4º de la Ley 200 de 1936. Como la decisión absolutoria de la sentencia que se revisa se funda, sobre todo, en dicho estatuto legal, debe infirmarse el fallo acusado y para sustituirlo procediendo esta Sala como Tribunal de instancia, hace las siguientes consideraciones:

Sentencia de instancia.

Estima la Sala que la solución jurídica que debe darse a este litigio es la adoptada en la sentencia de primera instancia, en la cual prosperan las súplicas subsidiarias y se declara el dominio proindiviso de las dos partes contendientes sobre el terreno disputado, sin que tal declaratoria pueda perjudicar al Estado, en caso de que en realidad se trate de tierras baldías aún no adjudicadas en forma legal.

Para fundamentar esta decisión procede hacer las siguientes consideraciones generales:

A) La parte actora hace arrancar su derecho de dominio de la escritura número 1091 de 1911, y en ella consta que Belisario Henao realizó la compra de la finca "El Danubio" para sí y para el demandado Bernardo Echeverri J. De manera que tal escritura viene a servir de título común a las dos partes litigantes. El opositor Echeverri pretende negar la validez de esa estipulación para otro, que contiene el instrumento precitado; pero tal estipulación vino a adquirir plena validez cuando el tercero favorecido, Echeverri, la ratificó implícitamente al absolver posiciones y confesar que había pagado íntegramente el precio de dicha compra. Al efecto, al contestar la segunda pregunta del pliego respectivo dijo textualmente: "Yo recomendé a Belisario Henao que hiciera dicha compra únicamente para mí y el precio, o sea la suma de ochocientos pesos, fue pagado en un pagaré por igual cantidad, firmado por Henao y por mí como deudores y a favor de los vendedores, pero Henao no pagó nada de dicho pagaré, el que pagué yo íntegramente a don Carlos Pinzón, a quien fue endosado."

B) Pretende Echeverri J. que es poseedor regular y de buena fe, tanto del terreno disputado como de sus mejoras, consistentes en edificaciones, desmontes, cultivos variados y siembras de pastos para ganado, etc. Exhibe una numerosa prueba testimonial para evidenciar tales actividades, que demuestran la posesión y explotación de dicha finca por su parte. Los declarantes en que funda su derecho posesorio exclusivo y la propiedad de las mejoras, Juan Evangelista Pineda Gómez, Juan Evangelista Pineda Valencia, Luis Enrique Valencia, Isaac Londoño N., Carlos y José Uribe, para citar los que han precisado los actos de posesión y dominio realizados por Echeverri, hacen arrancar esa posesión desde 1911 unos y desde 1913 otros. De manera que dicha posesión no es anterior a la fecha del título en que funda su derecho de dominio la parte actora, que fue el año de 1911, en que se otorgó la escritura 1091; y por esa circuntancia no puede dársele la debida prelación para decidir sobre la prosperidad de la acción reinvindicatoria intentada.

De donde se deduce que no siendo anterior la posesión del demandado Echeverri, hay que atenerse al título exhibido y decidir que el dominio de la finca disputada corresponde proindiviso y por iguales cuotas a las dos partes litigantes, tal como lo decretó el fallo de primer grado.

C) Cosa distinta es la que se relaciona con la totalidad de las mejoras puestas en ese inmueble. Al estudiarse la escritura 1901 puede apreciarse que ese instrumento no dice ni especifica qué mejoras existían en la finca cuando fue vendida a Henao y Echeverri. En la inspección ocular realizada en la primera instancia los peritos manifestaron lo siguiente: "En café, veinticinco (25) cuadras, en pastos de micay y común, treinta (30) cuadras, cuya calidad es la siguiente: el café lo consideramos de tercera clase y el pasto de buena clase; existen mejoras para el beneficio del café, consistantes en un motor, zarandas, tanques para agua, descerezadoras, tuberías, elbas y carrocerías. Todo en buen estado, y en lo cual han empleado sistemas modernos, mejoras que tienen a lo sumo dos años. Tiene, además, una casa de balcón, en buen estado y varias casas para trabajadores."

Posteriormente ese concepto pericial fue ampliado en la forma que pasa a expresarse:

"La finca que fue materia de la inspección ocular, tiene dos cafetales, así: uno de trece plazas que es el más cercano a la casa principal de la hacienda y que tiene en nuestro concepto una edad de vinticinco años; el otro cafetal de unas doce plazas o cuadras tiene también en nuestro concepto una edad de veinte

años. En cuanto a los pastos, conceptuamos que los de pasto micay tienen unos veinte (20) años, y los de pasto común unos treinta (30) años. En lo referente a la casa principal de la finca, creemos que tiene más de treinta años, aun cuando tiene algunas reformas de menos edad. En los términos anteriores dejamos hecha la ampliación que se nos solicita."

Ahora bien: como viene plenamente demostrado con la copiosa prueba testimonial que Echeverri tiene el goce de tales mejoras desde hace más de treinta años, es de rigor confirmar la decisión de la sentencia de primer grado y reconocer al demandado la propiedad exclusiva de éstas, concediéndole el derecho de retención hasta tanto que se le pague su valor, por el procedimiento posterior que consagra el artículo 553 de Código Judicial.

Pero no se alcanza a ver el fundamento de la condición que impone el fallo que va a confirmarse, y que se hace consistir en que sólo se pague al demandado el valor de las mejoras que corresponden a la parte reivindicada, una vez que voluntaria o judicialmente se efectúe la corespondiente división de la finca, después de cuya división es cuando deberá hacerse la liquidación por ese concepto. Debe rectificarse este paso de la parte resolutiva de la decisión de primera instancia, porque ni puede imponerse por la vía judicial a las partes que realicen tal división, si acaso es su voluntad continuar en lo futuro en indivisión, mediante una convención sobre explotación comercial de la finca en común o en sociedad, ni para apreciar el valor total de tales mejoras se hace indispensable establecer la raya separatoria de las dos partes. Lo que compete hacer en este caso, para avaluar el precio total de las mejoras puestas por Echeverri cuando vaya a cumplirse la sentencia, según el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, es que por medio de peritos se estime el precio actual de todas esas mejoras y mitad de esa justipreciación será la que la parte actora debe abonar al demandado, sin que sea necesario la división material del fundo, ya que lo pertinente es la indemnización del valor de dicha mitad.

De confirmarse la condenación que se hace al demandado de restituir la mitad del valor total de los frutos naturales y civiles producidos por el inmueble a partir de la contestación de la demanda, no sólo de los producidos sino de los que hubiera podido producir con mediana inteligencia y cuidado, de conformidad con el artículo 964 del Código Civil. Pero se le abonará a Echeverri los gastos ordinarios invertidos en producirlos, al tenor del mismo artículo. Para determinar y avaluar tales frutos, será considerado el demandado como poseedor de buena fe, ya que no hay elementos en los autos suficientes para desvirtuar la presunción legal que como tal lo favorece y que consagra el artículo 769, ibidem. Bien sabido es que la existencia de la mala fe, del fraude y del dolo, como elementos psicológicos que condicionan la situación del demandado, requiere plena demostración.

Son estas las consideraciones generales que imponen la confirmación del fallo de primer grado, con la rectificación relativa a la condición de que se procediera a la previa división material de la finca disputada.

Fallo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 11 de junio de 1942, y confirma la de primera instancia, proferida por el Juez Civil del Circuito de Armenia el 12 de julio de 1940, con la exclusiva reforma de que el punto 5º de su parte resolutiva queda así:

5º El poseedor vencido, señor Echeverri J., tiene derecho a que la parte actora le pague la mitad del justo valor de las mejoras que puso en la finca, y que corresponden a la mitad reivindicada. Para tales efectos, se declara probado en el presente juicio que son mejoras puestas por el señor Echeverri J.: un establecimiento para beneficio del café, con motor, zarandas, tanques para agua, descerezadoras, tuberías, elbas y carrocerías; todos los potreros de pasto micay existentes dentro de la finca y veinte y cinco cuadras de cafetales, de los cuales trece tienen, según concepto pericial, veinte y cinco años de edad y las otras doce, veinte años.

En todo lo demás, queda en su vigor el mencionado fallo de primer grado.

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, Daniel Anzola, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Secretario.

Acción de resolución de un contrato.—Atribuciones de los gerentes, gestores o administradores de las sociedades colectivas y de las anónimas.

Por razón de su propia naturaleza existe en nuestra legislación diferencia entre las facultades o atribuciones que tienen los gerentes, gestores o administradores de una sociedad colectiva y los de una sociedad anónima. En efecto, en las sociedades colectivas cada uno de los socios encargados de la administración y del uso de la razón social, puede hacer válidamente, según el artículo 512 del Código de Comercio, "todos los actos y contratos comprendidos en el giro ordinario de la sociedad, o que sean necesarios o conducentes al logro de los fines que ésta se hubiere propuesto", a menos que hayan sido, por el pacto social, restringidas sus facultades. De consiguiente, si en el extracto de la escritura social que debe registrarse y publicarse no se advierte que las facultades de los administdadores están limitadas en tal o cual sentido, es claro y lógico que esas limitaciones no son oponibles a los terceros que contratan con la sociedad, quienes pueden acogerse a lo dispuesto en el copiado artículo 512, y considerar que la sociedad está administrada de acuerdo con las normas generales y ordinarias que señala la ley. Otra cosa sucede en las sociedades anónimas: en efecto, en lo tocante a éstas, debe indicarse en la respectiva escritura de constitución, como lo ordena el ordinal 7º del artículo 1º de la Ley 42 de 1898, "el modo de la administración, las atribuciones de los administradores y las facultades que se reserve la asamblea general de accionistas", y es sabido que las facultades de los directores o gerentes de toda sociedad anónima bien organizada, están limitadas, no sólo por las disposiciones y resoluciones de la asamblea general de accionistas, sino también por las de la respectiva junta directiva, de tal modo que los gerentes vienen a ser tan sólo los ejecutores de las órdenes de aquellas entidades; pero la ley no ordena (artículo 2º de la Ley 42 de 1898), que en el extracto de la escritura social se indiquen las facultades de los gerentes; es claro que los terceros que contraten con la sociedad deben enterarse previamente de los estatutos que la rigen, si quieren conocer a fondo y en cada caso particular las atribuciones de los administradores. No niega la Sala que sea muy conveniente la práctica, en tratándose de sociedades anónimas, de publicar, mediante la inserción en el extracto de la escritura social, las limitaciones que los estatutos contengan respecto de las facultades del gerente; sobre todo para evitar que gerentes poco honorables o escrupulosos en el cumplimiento de las prescripciones estatutarias, abusen de las facultades que éstas les conceden, o dejen de cumplir algunos de los requisitos que señalan, en perjuicio de terceros; pero no exigiendo la ley, como no exige la nuéstra, que se llenen esas formalidades, no es posible aceptar que se viole precepto legal alguno al no hacerlo. Por otro lado, los mismos doctrinantes citados por el recurrente, como Houpin y Bosvieux, hablan de la cuestión como medida útil y provechosa, pero no impuesta por la ley. (Vid. op. cit. pág. 942).

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Carlos Sus, vecino de Cúcuta, celebró con la Sociedad Textiles Atlántico, S. A., domiciliada en Barranquilla, en 1939, un contrato de compraventa de mercancías, por un valor mayor de $ 6.000.

Considerando que la indicada Sociedad había dejado de cumplir el contrato, Sus presentó demanda ordinaria de resolución, con indemnización de perjuicios, el 25 de octubre del año citado, la cual fue repartida al Juzgado 2º Civil del Circuito de Cúcuta.

Agotada la correspondiente tramitación de la instancia, el Juez *a quo* decidió el asunto por sentencia del siete de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, así:

"Resuelve:

"1º Declarar resuelto el contrato de compraventa celebrado entre el señor Carlos Sus y la Casa Textiles Atlántico, S. A., de Barranquilla, el 29 de agosto y perfeccionado el 2 de septiembre de 1939.

"2º Declarar que hay lugar a indemnización de perjuicios a favor de Carlos Sus y a cargo de la Casa Textiles Atlántico, S. A., de Barranquilla, que se liquidarán conforme a los artículos 480 y 553 del Código Judicial.

"3º Costas a cargo del demandado".

De este fallo apeló la parte demandada, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, una vez cumplida la actuación propia del segundo grado, pronunció la sentencia fechada el diez y nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, por medio de la cual revocó la de primera instancia, y en su lugar absolvió a la sociedad demandada de los cargos de la demanda, sin condenar en costas.

Los fundamentos esenciales de la decisión del Tribunal, pueden resumirse así:

El apoderado de la Sociedad demandada alegó en la segunda instancia, como excepción perentoria, falta de acción en el actor para demandarla, por no haberse perfeccionado el contrato cuya resolución se pide, mediante la aprobación que debió impartirle la Junta Directiva de la Sociedad, conforme a los estatutos.

Se apoya dicha excepción en que según la escritura constitutiva de la sociedad anónima demandada, no obligan a ésta los negocios celebrados por el Gerente, cuando su valor excede de $ 5.000, como en el caso presente, sin haber mediado aprobación de la Junta Directiva, y en que, como puede observarse en la nota de pedido que dio origen al contrato, hay una cláusula impresa que dice:

"Salvo existencia y aprobación de la Casa".

El Tribunal, al estudiar esta excepción, dice:

"A las compañías extranjeras con domicilio en la República se les impone la obligación de publicar tres veces, por lo menos, en el periódico oficial del Departamnto y en el *Diario Oficial*, el extracto de los poderes de sus representantes (Decretos legislativos números 2 y 37 de 1906, entre otras disposiciones). Para las sociedades nacionales no existe esta obligación, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 42 de 1898.

"De acuerdo con el artículo 1º de esta Ley, la escritura social de una sociedad anónima debe contener:

. . . . . .

'7º El modo de administración, las atribuciones de los administradores y las facultades que se reserve la asamblea general de accionistas'.

"El artículo 2º, que dispone cuáles cláusulas han de publicarse en el extracto, no menciona el numeral 7º transcrito, o sea el contentivo de las atribuciones y facultades del gerente.

"Esta diferencia se explica por la sencilla razón de que a los terceros que contratan con las sociedades nacionales les es fácil acudir a las Notarías y Oficinas de Registro a fin de cerciorarse de las obligaciones de los gerentes, mientras que no les es cuando se ha constituído en el extranjero.

"Por tanto, la publicación de tales obligaciones se logra con la sola escritura pública, respecto de las compañías o sociedades nacionales.

"Las cláusulas condicionales insertas en los contratos, han de tenerse también en cuenta, pues nunca se ha pensado que no ha de tenerse la respectiva condición como un elemento o parte integrante de lo principal.

"Expuesto lo anterior, se tiene en el caso de estudio, lo siguiente:

"Se trata, según la demanda, de un contrato celebrado con una sociedad anónima constituída en la República y que tiene el asiento principal de sus negocios en Barranquilla. Dio origen al contrato el pedido de mercancías hecho por Carlos Sus a esa Casa, por medio de un agente suyo, en cuyo formulario o esqueleto propio de la Casa se hizo el pedido, insertándose lo siguiente:

'Salvo existencia y aprobación de la Casa'.

"Por tanto, ha debido enterarse el demandante, antes de iniciar su acción, de las atribuciones del Gerente de la Sociedad con quien contrataba, consignadas en la escritura pública, pues algún objeto perseguía la leyenda o estipulación inserta en la carta de pedido, la cual no aparece en otras que obran en el juicio, cuando la cuantía de la operación es inferior a cinco mil pesos ($ 5.000).

"Por ninguna parte aparece que la citada Compañía autorizara o hubiera dado su aprobación expresa o tácita al contrato de que habla el demandante.

"El abogado del actor sólo manifiesta que como no se insertaron en el extracto notarial las atribuciones del Gerente, no podían ser conocidas de terceros, y, por ende, de su poderdante, pero ya se vio que en tratándose de sociedades nacionales no es necesaria esa publicación, siendo suficiente que conste, como efectivamente consta, en la escritura pública por medio de la cual se constituyó la sociedad, máxime habiéndose contratado 'salvo aprobación de la Casa', lo que obligaba al comprador a enterarse de si el Gerente podía o nó, según los estatutos, celebrar él solo o directamente el contrato de compraventa de mercancías. Ha podido obtener esas informaciones en los documentos que como públicos se hallaban a su disposición en las ofici-

nas respectivas, y como no los obtuvo, como negoció sufriendo las consecuencias o condiciones impuestas, no sólo en la escritura social, sino en la carta de pedido, respecto a las atribuciones que tenía el Gerente para contratar, precisa concluir que no puede demandar a la Sociedad, quien no aparece obligada, pues como se comprobó en el juicio, ella no dio ni ha dado su aprobación al contrato origen de la controversia."

El recurso.

Contra dicha sentencia interpuso recurso de casación la parte demandante, el que, habiendo sido concedido y luégo admitido y tramitado legalmente en la Corte, se pasa a decidir hoy.

El apoderado del recurrente acusa el fallo del Tribunal por violación de ley sustantiva, con apoyo en la primera de las causales que señala el artículo 520 del Código Judicial, así:

"a) Artículos 1º y 3º de la Ley 42 de 1898, por no haberlos aplicado rectamente al caso del pleito;

"b) Artículo 2º de la Ley 42 de 1898, por haberlo interpretado erróneamente;

"c) Artículos 469 a 472 y 480 del Código de Comercio, por haberlos interpretado erróneamente y no haberles dado una correcta aplicación al caso del pleito.

"Rectamente interpretadas y debidamente aplicadas las mencionadas disposiciones legales, han debido llevar al Tribunal a la conclusión de que siendo el Gerente el representante legal de la Sociedad y no habiendo sido publicadas las cláusulas de la escritura social que restringían sus facultades, los actos efectuados por dicho Gerente obligan a la Sociedad, ya que las referidas cláusulas no son oponibles a terceros.

"Como consecuencia de las violaciones anotadas, la sentencia quebranta los artículos 185, 188 y 191 del Código de Comercio; 1546, 1602, 1603, 1613, 1614 y 1615 del Código Civil, por no haberlos aplicado al caso del pleito, siendo aplicables, y por no haber decidido, en fuerza de ellos, de acuerdo con lo pedido en la demanda.

"Si se prescinde de las disposiciones especiales del Código de Comercio, aplicables al caso, y se sitúa la cuestión en el campo del derecho civil, se llega a la misma conclusión. En efecto: es sabido que en el derecho civil la jurisprudencia de los Tribunales y la doctrina de los expositores han admitido que hay casos en que el demandante queda obligado, por actos del mandatario, no obstante la extralimitación de éste. Me refiero a los casos conocidos con el nombre de *mandanta* aparente.....

"Por el aspecto indicado, la sentencia viola:

"a) El artículo 2186 del Código Civil, por haberlo interpretado erróneamente y aplicado indebidamente al caso del pleito;

"b) Las disposiciones legales citadas en el numeral anterior, por no haberlas aplicado, siendo aplicables".

Sostiene el recurrente que las formalidades sobre registro y publicación del extracto de la escritura social tienen por objeto llevar a conocimiento de terceros las cláusulas que pueden tener interés para éstos. Que la enumeración que hace el artículo 2º de la Ley 42 de 1898, es enunciativa, y no limitativa, por lo cual deben incluirse en el extracto no sólo los datos expresados en él, sino también todos aquellos que los terceros tengan interés en conocer, como son las cláusulas que restringen las facultades del gerente, porque las no incluídas en el extracto no pueden oponerse a terceros. Que, consecuencialmente, las disposiciones estatutarias que limiten las facultades del gerente no son oponibles a terceros, si no han sido llevadas a su conocimiento mediante la inscripción y publicación del extracto, y que, por lo tanto, los actos efectuados en tal caso por los administradores, obligan a la sociedad, aunque estén fuera de las atribuciones señaladas en la escritura social por medio de cláusulas no incluídas en el extracto.

El recurrente cita, además, en apoyo de estas ideas, la opinión de varios expositores de derecho comercial, nacionales y extranjeros.

Estudio de los cargos.

Se considera:

En concepto de la Sala, por razón de su propia naturaleza, existe en nuestra legislación diferencia entre las facultades o atribuciones que tienen los gerentes, gestores o administradores de una sociedad colectiva, y los de una sociedad anónima.

En efecto, en las sociedades colectivas, cada uno de los socios encargados de la administración y del uso de la razón social, puede hacer válidamente, según el artículo 512 del Código de Comercio, "todos los actos y contratos comprendidos en el giro ordinario de la sociedad, o que sean necesarios o conducentes al logro de los fines que ésta se hubiere propuesto", a menos que hayan sido, por el pacto social, restringidas sus facultades. De consiguiente, si en el extracto de la escritura social que debe registrarse y publicarse no se advierte que las facultades de los administradores están limitadas en tal o cual sentido, es claro y lógico que esas limitaciones no son oponibles a los terceros que contratan con la sociedad, quienes pueden acogerse a lo dispuesto en el copiado artículo 512, y considerar que la sociedad está administrada de acuerdo con las normas generales y ordinarias que señala la ley.

Otra cosa sucede en las sociedades anónimas: en efecto, en lo tocante a éstas, debe indicarse en la respectiva escritura de constitución, como lo

ordena el ordinal 7º del artículo 1º de la Ley 42 de 1898, "el modo de la administración, las atribuciones de los administradores y las facultades que se reserva la asamblea general de accionistas", y es sabido que las facultades de los directores o gerentes de toda sociedad anónima bien organizada, están limitadas, no sólo por las disposiciones y resoluciones de la asamblea general de accionistas, sino también por las de la respectiva junta directiva, de tal modo que los gerentes vienen a ser tan sólo los ejecutores de las órdenes de aquellas entidades; pero la ley no ordena (artículo 2º de la Ley 42 de 1898), que en el extracto de la escritura social se indiquen las facultades de los gerentes; es claro que los terceros que contraten con la sociedad deben enterarse previamente de los estatutos que la rigen, si quieren conocer a fondo y en cada caso particular las atribuciones de los administradores.

Sostiene el recurrente que en tratándose de sociedades anónimas deben publicarse, mediante la inserción en el extracto de la escritura social, las limitaciones que los estatutos contengan respecto de las facultades del gerente, so pena de que no sean oponibles a terceros, y transcribe en apoyo de su tesis las opiniones de algunos expositores de derecho comercial.

No niega la Sala que esa práctica puede ser muy conveniente y aconsejable, especialmente para evitar que gerentes poco honorables o escrupulosos en el cumplimiento de las prescripciones estatutarias, abusen de las facultades que éstos les conceden, o dejen de cumplir algunos de los requisitos que señalan, en perjuicio de terceros; pero no exigiendo la ley, como no exige la nuéstra, que se llenen esas formalidades, no es posible aceptar que se viole precepto legal alguno al no hacerlo.

De otro lado, los mismos doctrinantes citados por el recurrente hablan de la cuestión como medida útil y provechosa, pero no impuesta por la ley.

En efecto, los comentadores Houpin y Bosvieux, autores del Tratado general, teórico y práctico, de las sociedades civiles y comerciales, citados por el recurrente, dicen:

"Cualquiera que sea la forma de la sociedad, el uso ha establecido comprender, entre las menciones que deben insertarse en el extracto, cierto número de otras disposiciones que son susceptibles de interesar a terceros, y especialmente las que se refieren al objeto social, a los poderes de los gerentes, de los administradores y de la asamblea general y a la constitución regular de la sociedad. La publicación de estas disposiciones, aunque no está prescrita por la ley, constituye una medida útil y sabia, que no puede menos de ser aprobada y aconsejada". (Tomo II, página 942).

Por otra parte, en el caso presente no debe olvidarse que el contrato cuya resolución se pide quedó sometido a la condición de ser aprobado por la casa despachadora de las mercancías, mediante la cláusula impresa contenida en la nota de pedido suscrita por Sus, de que atrás se habló. Tal aprobación debía darla, según los estatutos de la Compañía, la Junta Directiva, por tratarse de un negocio cuyo valor era superior a $ 5.000, y el demandante no probó que la Junta hubiera dado esa aprobación, en forma alguna.

De consiguiente, el contrato no llegó a perfeccionarse, porque era *ad referendum*, y en esas condiciones no es procedente solicitar su resolución, ni exigir indemnización de perjuicios. Por lo mismo, no puede afirmarse que se violaran los artículos del Código de Comercio y del Código Civil citados por el recurrente.

Tampoco puede admitirse que la sentencia violara el artículo 2186 del Código Civil, según el cual el mandante debe cumplir las obligaciones que el mandatario haya contraído en su nombre, dentro de los límites del mandato, y también las que traspasen esos límites, pero siempre que el mandante las haya ratificado expresa o tácitamente, ratificación que no se ha demostrado en el caso de estudio.

Se deduce de todo lo expuesto, que no son fundados los cargos formulados contra la sentencia que se revisa, la cual no debe, por tanto, infirmarse.

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

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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



Jurisdicción en asuntos referentes a controversias suscitadas por causa del contrato de trabajo.

Tanto la Ley 10 de 1934 como su Decreto reglamentario número 652 de 1935, determinan precisamente lo que ha de entenderse por empleado particular, y señalan el procedimiento a que ineludiblemente deben someterse todas las controversias que se susciten por causa del contrato de trabajo que se celebre con esta clase de empleados, reglamentado especialmente también en esos estatutos. Sobre el particular, ha sentado doctrina permanente la Corte de Casación, en el sentido de que no es susceptible de ser considerada en ésta, por carencia de jurisdicción, la resolución proferida por un Tribunal, cualquiera que haya sido el procedimiento en que se ha producido, cuando versa sobre prestaciones originadas en un contrato de trabajo con empleados particulares. Tales controversias están sometidas al procedimiento breve y sumario que prescribe el Título XLVI del Código Judicial, sin que pueda adoptarse el procedimiento ordinario. Ahora bien: por disposición expresa del artículo 1213 del Código Judicial, los fallos que profiera un Tribunal en el juicio verbal que ha debido seguirse en el caso de autos, no están sujetos al recurso de casación. La admisibilidad del recurso constituye una verdadera calidad inherente a la sentencia misma, y en la solución de este punto va envuelta, como lo ha dicho la Sala, una cuestión de jurisdicción, puesto que al tenor de la disposición contenida en el artículo 148 del Código Judicial, usurpan jurisdicción los Jueces cuando la ejercen sin haberla adquirido legalmente. Este principio de que la simple tramitación equivocada no desnaturaliza la índole legal de la sentencia para los efectos del recurso de casación, ha sido norma de doctrina de la Sala, como puede verse en el fallo de fecha 24 de junio de 1938 y en el de 23 de septiembre de 1937.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

En el paraje de la mina "El Carmen', ubicada en jurisdicción del Municipio de Guachavés, Departamento de Nariño, Ernesto Vogt, ciudadano suizo, celebró con Bernardo Alvarez Gallo y Antonio José Meneses el contrato que se hizo constar en documento privado del 15 de marzo de 1939, por medio del cual se comprometió el primero, en su calidad de ingeniero metalúrgico, a encargarse de "la dirección científica y técnica de la planta de beneficio de los minerales de la empresa, de toda nueva instalación que se ponga en la mina con el fin de ensanchar la parte metalúrgica de la planta", lo mismo que a asumir toda la responsabilidad por la buena marcha de la planta en la mina, y a ser "el único autorizado por la empresa de disponer el modo de trabajo, hacer cambios en el tratamiento, en fin, de dirigir los trabajos de concentración, molienda y tratamiento químico de los minerales." Se fijó como tiempo de duración del contrato el de dos años, a partir del 10 de febrero de 1939, día en que comenzó, y se obligaron los otros contratantes a pagar a Vogt por estos servicios un sueldo mensual de $ 325 y a reconocerle la siguiente bonificación sobre el producido de la mina: tomando como base la suma de $ 5.000 por batería, 2% por los primeros $ 1.000 que más se produzcan; el 3% por los segundos mil pesos, es decir, de seis a siete mil pesos por batería: el 4%, de siete a ocho mil pesos, y de esta cifra hasta nueve mil pesos, el 5%. Se le reconocen a Vogt los gastos de viaje de Medellín a la mina y regreso, a la terminación de sus servicios. No tiene más estipulaciones el contrato.

Con apoyo en esta convención, Ernesto Vogt, en libelo de 10 de octubre de 1939, repartido al Juzgado 2º del Circuito de Pasto, y alegando fundamentalmente que su contraparte en el contrato mencionado sólo le permitió prestar sus servicios durante seis meses, de los dos años estipulados, porque en el mes de julio de ese año fue despedido intempestivamente, con violación del contrato, demandó por medio de apoderado a Antonio José Meneses y Bernardo Alvarez, para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se les condene a pagarle $ 5.850 por valor de las diez y ocho mensualidades que han dejado de pagarle; $ 3.840 por concepto de la bonificación estipulada; $ 500 por gastos de viaje del actor y su familia, de la mina a Medellín, con sus intereses legales, más las costas del juicio.

Surtido el traslado legal de la demanda, los demandados, antes de contestarla, propusieron la excepción de inepta demanda, y para fundarla, dijeron:

"Sin hacer mayor esfuerzo se comprende que el señor Vogt nos ha demandado por el supuesto derecho que cree tener por haberlo despedido de la Empresa Minera El Carmen; si se trata, pues, de alegar supuestos derechos fundados en un despido o descontinuación de un empleo, no corresponde intentar un juicio ordinario, como lo ha hecho el apoderado del señor Vogt, sino entablar la acción que indica el artículo 18 de la Ley 10 de 1934, y de acuerdo con el procedimiento alli mismo determinado, que no es otro que el establecido en el Título 46, Libro II, de la Ley 105 de 1931."

Desechada la excepción dilatoria en auto del Juzgado, de fecha 1º de junio de 1940, confirmado por el Tribunal Superior, por considerar que la demanda persigue, no las prestaciones que señala el artículo 14 de la Ley 10 de 1934, sino la indemnización de perjuicios por violación del contrato, contestaron los demandados oponiéndose a las pretensiones del actor, y afirmando que éste era un empleado de la Empresa Minera El Carmen, que tenía derecho a devengar su sueldo mientras trabajara en forma eficiente y satisfactoria, y que fue despedido en vista de los malos resultados obtenidos con sus servicios.

Impulsado el juicio por la vía ordinaria, no obstante las preindicadas objeciones formuladas por los demandados con citas de terminantes disposiciones legales, el Juzgado del Circuito decidió la primera instancia en sentencia del 21 de julio de 1941, en la cual se declara resuelto, por incumplimiento parcial de los demandados, el contrato de 15 de marzo de 1939, a que se refiere la demanda, y se les condena a pagar solidariamente al actor el monto de todas sus soldadas, al tenor del contrato; las bonificaciones y gastos de viaje en la cuantía que se fije, de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial, con sus intereses legales, a partir de la fecha de contestación de la demanda, y las costas del juicio.

Apelada esta sentencia por los demandados, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, luégo de agotar los trámites pertinentes, sentenció el segundo grado del juicio el 21 de mayo de 1942, condenando a los demandados al pago de los sueldos mensuales que el actor dejó de percibir según el contrato, a título de indemnización por culpa contractual con sus intereses legales correspondientes, y revocando las condenaciones relacionadas con pago de bonificaciones, gastos de viaje y costas procesales.

Las razones en que apoya el Tribunal su sentencia reformatoria se hacen consistir, en lo que tienen de pertinentes con la decisión que va a adoptar la Sala, en que no puede considerarse improcedente la vía ordinaria que se ha seguido en este caso, porque no pueden confundirse los derechos que emanan de la Ley 10 de 1934, que se limitó a crear algunas prestaciones en favor de los empleados particulares, con los que se originan en el Código Civil, cuyas normas sustantivas contenidas en el capítulo sobre "Arrendamiento de servicios inmateriales", deben aplicarse en casos como éste, en que se debaten las relaciones entre patrones y empleados con fundamento en un contrato de prestación de servicios por término fijo. No demandándose pago de cesantía, es inaplicable la Ley 10 de 1934, y el caso debe gobernarse por las disposiciones sobre culpa contractual.

—

La sentencia definitiva de segunda instancia ha sido acusada en casación por ambas partes litigantes. El recurrente demandante, colocándose en el campo en que no fueron satisfechas sus pretensiones, acusa la sentencia por el primero de los motivos que enumera el artículo 520 del Código Judical, y formula algunos cargos por violación de ley sustantiva, cuya puntualización no es necesaria, por no ser esta demanda materia de estudio en el recurso.

El demandado-recurrente, por su parte, y fuera de otras acusaciones que pueden dejarse de lado por inútil su estudio, acusa la sentencia del Tribunal de ser violadora de los artículos 18 de la Ley 10 de 1934, 33 del Decreto número 652 de 1935 y 1º de la Ley 45 de 1939, por haberse adelantado este negocio por los trámites y procedimientos del juicio ordinario, siendo obligatorio, como lo manda la ley, y lo tiene reiteradamente establecido la jurisprudencia de la Corte, el procedimiento verbal reglamentado por el Título 46 del Libro II del Código Judicial, excluído expresamente del recurso extraordinario de casación. Con este planteamiento de la cuestión, habiéndose admitido el recurso, pide el recurrente que se declare la nulidad de la actuación por carencia de jurisdicción, desde el auto que admitió la demanda, o que se haga "la declaración que estime pertinente la Sala."

Plantéase de esta manera a la Corte, una vez más, la cuestión jurisdiccional ya decidida en las diversas ocasiones en que ha estudiado este problema, en el sentido de que no es susceptible de ser considerada en casación, por carencia de jurisdicción, la resolución proferida por un Tribunal, cualquiera que haya sido el procedimiento en que se ha producido, cuando versa sobre prestaciones originadas en un contrato de trabajo con empleados particulares. La circunstancia de aparecer tratado este punto de competencia como cuestión de fondo en el fallo acusado,

justifica el que no se haya considerado y decidido en el trámite, sin duda más oportuno, de la admisibilidad del recurso de casación, como varias veces lo ha hecho la Corte. Dentro de este ángulo de apreciación del caso, se impone, por encima de las acusaciones propiamente dichas, y con la preferencia de estudio que le corresponde, la materia relacionada con la jurisdicción de la Corte, planteada por uno de los recurrentes en forma concreta, debatida desde el comienzo del juicio, y en cuya decisión previa hay un interés no simplemente formal sino de esencia, como está dicho en la primera providencia en que se resolvió esta misma cuestión.

—

Tanto la Ley 10 de 1934 como su Decreto reglamentario, número 652 de 1935, determinan precisamente lo que ha de entenderse por empleado particular, y señalan el procedimiento a que ineludiblemente deben someterse todas las controversias que se susciten por causa del contrato de trabajo que se celebre con esta clase de empleados, reglamentado especialmente también en esos estatutos:

"Se entiende por empleado particular, para los efectos de esta Ley —dice su artículo 12— toda persona que no siendo obrero, realice un trabajo por cuenta de otra persona o entidad, fuera del servicio oficial, en virtud de sueldo o remuneración periódica o fija, participación o beneficios, o cualquiera otra forma de retribución"

Y el artículo 1º del Decreto reglamentario, dice:

"Se entiende por empleado particular, para los efectos de la Ley 10 de 1934, todo aquel que, fuera del servicio público u oficial, sin ser obrero, se halle obligado, mediante un contrato, a prestar sus servicios a otra persona, natural o jurídica, que adquiere facultad para darle órdenes, siempre que dicha prestación de servicios no sea con carácter ocasional, bien sea en establecimientos o empresas industriales, o comerciales o en oficinas de otra naturaleza, sea cual fuere la remuneración de que disfrute y la forma en que le sea pagada."

No cabe duda de que el demandante Vogt, según las estipulaciones de que antes se habló, y de acuerdo con los preinsertos textos, tiene el carácter de empleado particular de la empresa minera de los demandados Meneses y Alvarez, puesto que se comprometió a prestar determinados servicios, que no permiten considerarlo como obrero, puesto que en ellos predomina la inteligencia sobre la obra de mano, y por un sueldo o estipendio, fijo en parte y en parte eventual por participación en los productos de la explotación de la mina. Claro está que la convención recogida en el documento del 15 de marzo de 1939, presentada con la demanda como causa de las prestaciones controvertidas, es el contrato de trabajo definido y reglamentado en la Ley 10 citada, en cuyo artículo 14, ordinal c), se encuentra contemplado, con sus efectos correspondientes, el caso de despido que no sea ocasionado por incumplimiento del contrato ni por mala conducta comprobados.

No hay razón para afirmar, como lo hace el apoderado del actor, que en este litigio se trata de servicios profesionales, y que son, por consiguiente, de preferente aplicación las disposiciones atinentes del Código Civil. De las tres formas distintas que puede revestir el arrendamiento de servicios inmateriales, de que trata el capítulo 9º, Título 26, Libro 4º, del Código Civil, el contrato aducido aquí como fuente de las obligaciones demandadas, no corresponde al contemplado en el artículo 2063, porque no se trata de una obra aislada en que predomine la inteligencia sobre el esfuerzo muscular, ni tampoco de servicios profesionales a que se refiere el artículo 2069, sometidos preferencialmente a las reglas del mandato y subsidiariamente a las del arrendamiento de servicios inmateriales. Es evidente que el de autos es el caso en que el objeto del arrendamiento lo constituye una larga serie de actos, no ejecutados parcialmente, sino para ser desarrollados y cumplidos en un período más o menos largo de tiempo, y por una remuneración mensual convenida. Esta forma del arrendamiento de servicios inmateriales, dentro de la cual cabe el de los profesionales que presten sus servicios no ocasionalmente sino en forma permanente a un solo empleador, cuando se celebra entre particulares, ha sido fundamentalmente reformada por las disposiciones de la Ley 10 de 1934, que introdujo a la legislación nacional, con un nuevo criterio jurídico-económico el propiamente llamado contrato de trabajo, aunque reducido a los empleados particulares.

Las razones fundamentales con que la Corte ha sostenido la solución de la cuestión jurisdiccional, planteada en este caso, están ampliamente expuestas en sentencia de fecha 31 de mayo de 1940 *(Gaceta Judicial.* Tomo XLIX, páginas 504 a 510), reproducidas luégo en otras providencias análogas, y de la cual se transcriben los siguientes apartes para que sirvan de motivación a este fallo:

"La Ley 10 de 1934, inspirada en un criterio jurídico fundamentalmente distinto del que inspiró las disposiciones atinentes del Código Civil, y contentiva de reglas más justas para gobernar las relaciones del trabajo, que deben entenderse incorporadas en todo contrato que sobre la materia se celebre, no puede considerarse como una simple adición o modificación a las normas que regían sobre trabajo en la anterior

legislación. Su reforma principal consiste en la implantación del contrato de trabajo con empleados, esto es, la convención por medio de la cual se obligan recíprocamente el patrono y el empleado, la cual contendrá, además de las estipulaciones que acuerden los contratantes, y que no contraríen la ley, las especificaciones del trabajo a que se obligue el empleado, cuantía de la remuneración, forma y período de pago, duración del contrato, causas de caducidad durante su vigencia, etc., es decir, el régimen jurídico que gobierna las relaciones entre empleadores y empleados particulares. La Ley citada, pues, no se limitó a establecer determinados derechos para los empleados particulares, sino que atendió a la creación de un estatuto jurídico que gobernara con criterio de unidad las relaciones originadas en un sector del trabajo nacional, estableciendo una base de estipulaciones mínimas, pero autorizando asimismo a patrones y empleados para estipular en el contrato de trabajo todo lo que no pugne con el espíritu y texto de la Ley y que guarde relación con la índole y naturaleza de la convención de trabajo."

El artículo 18 de la Ley en mención ordenó que "mientras se establece una jurisdicción especial para la solución de los conflictos del trabajo que puedan originarse con motivo de la aplicación de las disposiciones de la presente Ley, dichas controversias se tramitarán de conformidad con el procedimiento señalado en el Título 46 del Libro II de la Ley 105 de 1931. Las solicitudes y actuaciones que se adelanten en ese respecto estarán exentas de los impuestos de papel sellado y timbre nacional."

¿A qué conflictos del trabajo se hace referencia en la Ley para someter obligatoriamente su decisión al procedimineto del Título 46 del Código Judicial?

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

"Las controversias que se susciten por causa del contrato de trabajo que se reglamenta por el presente Decreto se tramitarán en papel común mediante el procedimiento verbal establecido por el Título 46 del Libro 2º del Código Judicial vigente, y el Juez las fallará en conciencia y con conocimiento de causa. La jurisdicción y competencia de los Jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, según las reglas generales del Código Judicial."

. . . . . .

"Determinado qué clase de controversias son las que pueden y deben indispensablemente ser materia del procedimiento verbal a que se refiere el artículo 18 de la Ley 1º de 1934, falta solamente advertir que la adopción de tales trámites es cosa indispensable e imperativa, no sujeta a la voluntad particular. El procedimiento civil regula el modo como deben ventilarse y resolverse los asuntos civiles por medio de juicios, que son los distintos procedimientos sistematizados que por razón de la naturaleza de los negocios establece la ley (artículo 194, Código Judicial). Es la naturaleza del asunto lo que determina el procedimiento conducente, no la voluntad de las partes en controversia.

"Las leyes que fijan el juicio en cada caso son leyes de orden público, no susceptibles de variaciones, ni acomodaciones a casos y situaciones particulares. De ahí por qué la equivocación en que se incurra en la escogencia de la vía procedimental afecte de invalidez la actuación irremediablemente. El procedimiento mal elegido es siempre camino legalmente inconducente, y la providencia que se profiera, aunque tenga, como en este caso, la condición formal de sentencia en juicio ordinario, no es tál en realidad por ser la culminación de un procedimiento ilegal.

"La controversia que Pedro Bohigas y Canadell planteó en su demanda no podía ser sometida a procedimiento distinto del señalado en el Título XLVI del Código Judicial, y la circunstancia de haberse enderezado equivocadamente por el Juzgado contra la expresa voluntad del actor no sanea la actuación, dándole una naturaleza procedimental que no le corresponde. El juicio ordinario, que en la antigua Ley de Procedimiento Civil era una posibilidad abierta a todas las querellas judiciales, no es conducente ahora sino para ventilar y decidir las controversias para las cuales la ley no dispone que se observen trámites especiales o autorice procedimientos sumarios.

"En efecto, la ley procesal, en cuanto regula las formas de los juicios y los efectos jurídicos de las actas procedimentales, siempre es de orden público, y por consiguiente, tiene un carácter absoluto, inmediato y obligatorio. No existen entre nosotros juicios convencionales, esto es, juicios en los cuales tanto el Juez como las partes puedan gobernar a su capricho la actuación y determinar contractualmente los efectos de los actos procesales. Este principio no obsta para que en casos particulares, pero siempre en virtud de disposición expresa de la ley, las partes tengan facultad para separarse de la observancia de una norma procesal, o para, consensual-

mente, acordar lo contrario a una regla dispositiva procesal, verbigracia, prorrogar un término no perentorio." *(Gaceta Judicial.* Tomo XLIII, página 627).

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

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *resuelve:*

No es susceptible de ser considerada en casación, por falta de jurisdicción de la Corte, la resolución judicial de fecha 21 de mayo de 1942, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el juicio seguido por Ernesto Vogt contra Bernardo Alvarez y Antonio José Meneses por causa de un contrato de trabajo.

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

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

Acción de nulidad de un contrato.

1.—En ningún caso procede la acción de nulidad de un contrato de compraventa con motivo del no pago del precio. En este evento es la acción resolutoria la que en su caso puede tener viabilidad, pero sólo puede controvertirse entre los que fueron contratantes, pues si la cosa pasa a terceros, tiene aplicación el artículo 1933 del Código Civil. Otra cosa es que el contrato sea nulo en su origen y que esa nulidad pueda demandarse o sea oponible a terceros poseedores por las causas o motivos generales que hacen rescindibles o anulables los contratos.

2.—Cuando una sentencia es absolutoria y en ella se han estudiado todos los puntos sujetos a controversia, no es procedente alegar en casación la causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial, porque la absolución entraña la negación de todas las peticiones de la demanda. Esta ha sido doctrina uniforme de la Corte.

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

(Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola).

Por escritura pública número 83 de 26 de mayo de 1933, de la Notaría de Soatá, en el Departamento de Boyacá, la señora Cleofe Mojica de Sandoval vendió a su hija Dolores Sandoval de Salcedo varios inmuebles por el precio de quinientos pesos que la vendedora recibió de contado de manos de la compradora, quien al otorgar hizo esta declaración: "la compradora declara que el precio de estas fincas lo satisface con dinero puesto por iguales partes entre su hermano Julio Roberto Sandoval y ella, y que él no firma la escritura por hallarse ausente, razón por la cual se compromete desde hoy a otorgarle la correspondiente escritura de la mitad de los fundos aquí determinados y sin exigirle retribución de ninguna clase." La casa y los potreros de este contrato llamados Pozo Oscuro y Cárdenas, se hallan ubicados dentro de la comprensión del Municipio de Susacón, de la misma Notaría de Soatá.

En marzo de 1935, los hermanos Sandoval, entre quienes mediaba también un convenio informal de promesa de venta de un lote de propiedad de Julio Roberto, ubicado en el barrio da Las Nieves, de esta ciudad, y a cuya cuenta había recibido de doña Dolores la suma de quinientos pesos, arreglaron sus negocios pendientes, y así, por escritura número 433 de la Notaría 1.ª de Bogotá, Julio Roberto vendió a Dolores el lote en cuestión de la carrera 4.ª, con calle 24, por la suma de seiscientos pesos, que la compradora, dice la escritura, pagó de contado en la misma fecha al vendedor en la forma siguiente: "en moneda corriente la suma de $ 350.00 que el exponente vendedor declara tener ya recibidos a su satisfacción; y $ 250.00 en el valor de los siguientes bienes inmuebles que la propia señora Sandoval de Salcedo, transfiere a título de venta al compareciente Julio Roberto Sandoval Mojica, a saber: ..... un terreno denominado Pozo Oscuro, del Municipio de Susacón, alindado: '.....'; un terreno denominado Cárdenas, del mismo Municipio de Susacón, alindado:'..... .....';

"Y dos piezas de tapia y teja en el área de la población de Susacón, alindadas: '.....'"

En el mismo instrumento expresa la compradora, que los inmuebles relacionados y que da como parte del precio, los adquirió por compra hecha a la señora Cleofe Mojica de Sandoval, según la escritura 83 de 26 de mayo de 1933, de la Notaría de Soatá; es decir, anota, que son parte de los que compró en su propio nombre y en el de Julio Roberto y a los que refería la cláusula antes transcrita, en donde explicó, que como la mitad del dinero precio de la compra era de su hermano Julio Roberto, estipulaba para él, y que oportunamente haríale escritura de su mitad correspondiente. Al final de la escritura de este convenio, las partes contratantes declararon además "que con la celebración del presente contrato se declaran a paz y salvo por razón de las diferencias de precio en relación con los bienes que se transfieren y de los que trata la escritura 83 de 26 de mayo de 1933." Y "que la señora Dolores Sandoval de Salcedo, queda desde hoy en adelante, dueña absoluta del terreno denominado La Capilla, jurisdicción de Susacón, y de la casa ubicada en el área de esa población de que forman parte las piezas que le transmite al señor Julio Roberto Sandoval Mojica, sin que éste tenga derecho a reclamación poste-

rior respecto a los últimos bienes de que se ha hablado, o sean La Capilla y la casa, pues renuncia a favor de ella, cualquier derecho que pudiera tener sobre tales bienes."

Años después, luégo de algunas diferencias entre los hermanos Sandoval por lo que hace a la interpretación de estos contratos, y no habiendo llegado a solución alguna favorable, Julio Roberto optó por demandar a Dolores, y a efecto, en memorial al Juzgado 7º Civil de Circuito de Bogotá, de fecha 7 de julio de 1940, solicitó que con citación y audiencia, en juicio ordinario, se hicieran en la sentencia estas declaraciones:

"Primera. Que es nula y de ningún valor la escritura número cuatrocientos treinta y tres (433) de fecha ocho (8) de marzo de mil novecientos treinta y cinco (1935) otorgada ante el Notario Primero de Bogotá, por falta de pago del precio allí estipulado.

"Segunda. Que como consecuencia de esta declaratoria, se ordene:

"La cancelación del registro de la nombrada escritura y el contrato en ella contenido;

"Que la demandada señora Dolores Sandoval de Salcedo está obligada a restituir al demandante, con sus frutos naturales y civiles, el lote de terreno que le vendió y las edificaciones en él construídas y que existan en el momento de la venta, por no haberlo pagado;

"Que la demandada señora Dolores Sandoval de Salcedo está en la obligación de otorgar al demandante escritura de las fincas a que se refiere la cláusula de la escritura cuya nulidad se pide y que están ubicadas en el Municipio de Susacón, puesto que esa fue la voluntad de la señora Cleofe Mojica de Sandoval, madre de los litigantes.

"Que la demandada está en la obligación de pagar a mi poderdante los frutos naturales y civiles por ella recibidos y por los que reciba hasta el día en que se declare la nulidad del título que se demanda, más los perjuicios sufridos por mi poderdante así como los costos y costas que se ocasionen en el presente juicio.

"Subsidiariamente y para el caso de que la escritura en referencia no se declare nula, pido que se condene a la demandada a pagar a mi poderdante el valor del lote mencionado, así como los frutos naturales y civiles, perjuicios y costas del presente juicio."

Los hechos sustentantes de la acción los relaciona el libelo en varios numerales, entre los que se destacan éstos: que la señora de Salcedo no ha cumplido con la obligación de hacer al demandante escritura de venta o traspaso de los bienes que compró a su nombre y para él; que el lote de Las Nieves materia del contrato número 433 citado, fue pagado por la compradora, en parte, con los bienes que ha debido traspasar al vendedor a virtud de lo convenido en la escritura con Cleofe de Sandoval; que no habiéndose pagado el precio del lote, el contrato es consecuencialmente nulo, más, cuanto que tuvo como base un engaño, consistente, en que la demandada le hizo creer que las fincas que le daba en pago de parte del precio del lote de Las Nieves eran de su exclusiva propiedad.

La demandada se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas. Los hechos los contestó, alegando la firmeza y claridad de las estipulaciones consignadas en los instrumentos precitados, y advirtiendo, que el último contrato contenía simplemente el arreglo o transacción de todos los negocios pendientes entre ambos hermanos: promesa de venta, dineros anticipados y prestados, dominio de las fincas compradas a su madre Cleofe Sandoval, etc., etc.

Trabada así la litis, y llevada por el trámite adecuado, le puso fin el señor Juez del conocimiento, 7º Civil de este Circuito, a la primera instancia, con sentencia de fecha 24 de junio de 1941 absolviendo a la parte demandada de todos los cargos de la demanda sin hacer condenación en costas.

- Sentencia acusada.

El oportuno recurso de apelación que contra esta sentencia propuso el apoderado de la parte demandante, llevó el negocio al Tribunal Superior de Bogotá, donde se tramitó y decidió el segundo grado del juicio en sentencia del 15 de octubre de 1942, en la cual, se resolvió confirmar en todas sus partes la apelada, sin hacer imposición de costas.

Con el objeto de motivar su sentencia, el Tribunal analiza las obligaciones que se desprenden para las partes de los contratos que se hicieron constar en los instrumentos públicos ya citados, que se acompañaron a la demanda como base fundamental de la acción, y de este análisis, concluye —transcribiendo la Corte textualmente— "que como la nulidad de la escritura —así dice la sentencia— por falta de pago del precio, únicamente es susceptible de estudio en cuanto se refiere a terceros poseedores, la nulidad demandada no es procedente por la causal indicada, ya que la acción dice referencia a los que fueron contratantes, no para terceros y que sería el caso de estudiar la nulidad de la escritura."

En fuerza de esta consideración, niega el sentenciador la petición de nulidad, la orden de cancelación del título y la restitución de frutos, no sin advertir, que la acción resolutoria es la que corresponde a un demandante, que alegado el no pago del precio de lo dado en venta desea que las

cosas vuelvan al estado que tenían antes de celebrarse el pacto o convención.

Cuanto hace a la petición inclinada a obtener que la demandada está en la obligación de hacer al demandante tradición de los bienes a que se refiere la escritura cuya nulidad se suplica, aunque se reclama como obvia consecuencia de la misma nulidad, el Tribunal quiso sin embargo estudiarla separadamente, y para negarla, dijo en su fallo que "en ninguna parte se encuentra la obligación de otorgar escritura de determinado bien; solamente de la mitad de los inmuebles comprados, y nada más. Obligación esta enteramente distinta de la de pedir un bien especial, como sería aquí las fincas denominadas 'Pozo Oscuro' y 'Cárdenas', que son precisamente las que relaciona la escritura número 433 y a las que se refiere la presente petición"; y porque, principalmente, otra es la consecuencia deducible del arreglo estipulado y de que da fe la constancia final del mismo instrumento que autorizó con su firma el mismo demandante.

Tal es, resumida, la fundamentación del fallo definitivo de segunda instancia, que la parte demandante vencida en las instancias, acusa en el recurso de casación que oportunamente interpuesto ante el Tribunal y admitido por la Corte, se decide en este fallo por estar agotado el trámite legal correspondiente.

El recurso.

El apoderado del actor invoca para fundamentar el recurso las causales primera y segunda de las señaladas en el artículo 520 del Código Judicial, y formula contra la sentencia los dos cargos que a continuación se indican.

"a) La sentencia materia del recurso no se dictó de acuerdo con las pretensiones de mi mandante oportunamente aducidas en su libelo de demanda.

"b) El Tribunal sentenciador dejó de interpretar las cláusulas de los contratos que se hicieron valer por mi mandante en el sentido de que produjeran algún efecto, con relación al derecho incuestionable de mi mandante; y al hacerlo, incurrió en error de hecho y de derecho que aparece manifiesto en los autos; con lo cual dejó el Tribunal sentenciador de dar aplicación a los artículos 1506, 1602, 1618 a 1621 del Código Civil; y su violación fue indirecta, o sea, por los errores de hecho y de derecho en que incurrió al interpretar las cláusulas de los contratos sometidos al fallo."

Primer cargo.

No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente aducidas por la parte demandante.

Antes de proceder al estudio de los cargos, en vista del paso de la sentencia anteriormente transcrita, considera oportuno la Sala precisar, que en ningún caso procede la acción de nulidad de un contrato de compraventa con motivo del no pago del precio. En este evento, es la acción resolutoria la que en su caso puede tener viabilidad pero sólo puede controvertirse entre los que fueron contratantes, pues si la cosa pasa a terceros, opera el artículo 1933 del Código Civil, que establece "que la resolución de los contratos por no haberse pagado el precio, no da derecho al vendedor contra terceros poseedores, sino en conformidad a los artículos 1547 y 1548". Otra cosa es que el contrato —no la escritura como dice la Sala del Tribunal— sea nulo en su origen y que esa nulidad pueda demandarse o sea oponible a terceros poseedores por las causas o motivos generales que hacen rescindible o anulable toda convención.

Se observa: Cuando una sentencia es absolutoria y en ella se han estudiado todos los puntos sujetos a controversia, como la de autos, no es procedente alegar en casación la causal 2.ª del artículo 520 del Código Judicial, porque la absolución entraña la negación de todas las peticiones de la demanda; de consiguiente, es injurídica la afirmación que hace el recurrente, de que como el Tribunal desatendió las cláusulas de la escritura y falló negando el derecho invocado en la demanda y probado en las instancias, por este motivo no está la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente aducidas. Uniforme y seguidamente ha establecido la Corte, "que los cargos por la causal 2.ª del artículo citado no son procedentes sino cuando se deja de decidir sobre algo que ha sido materia de la controversia, cuando se decide sobre lo que no ha sido el objeto de ella, o cuando el fallo pasa del límite de lo solicitado; pero en manera alguna cuando la sentencia recae, libre de abstención o de exceso en tales sentidos, sobre lo que ha sido materia del pleito." (Casación, mayo 30 de 1941).

Se pidió en la demanda se declarara la nulidad de una "escritura", y el Tribunal niega esta declaración; se pidió la orden de que la demandada hiciera al demandante escritura de varios bienes y el Tribunal no accedió a esta solicitud. La acusación de la sentencia en la forma en que se ha hecho, alegando la causal 2ª demuestra por sí sola la improcedencia del recurso por este motivo, toda vez que el insuceso en el litigio no es lo que constituye la incongruencia de que habla la ley de procedimiento. "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 las pretensiones opuestas de las partes." Se rechaza por tanto el cargo.

Segundo cargo.

El Tribunal interpretó con error de hecho y de derecho manifiestos, las cláusulas de los contratos contenidos en las escrituras números 83 de 26 de mayo de 1933 de la Notaría de Soatá, y 433 de 8 de marzo de 1935 de la Notaría 1.ª de Bogotá, violando así los artículos 1606, 1602, 1603, 1618 a 1621 del Código Civil.

Considera el recurrente que la sentencia del Tribunal adolece de este otro reparo, porque las cláusulas de los contratos comentados deben entenderse en el sentido de que "Julio Roberto Sandoval renunció únicamente el derecho sobre el terreno denominado La Capilla y sobre parte de la casa ubicada en la población de Susacón, pero no al de la mitad de los terrenos llamados Pozo Oscuro y Cárdenas; ya que al renunciar Sandoval el derecho sobre La Capilla, quiso así que su copropietaria quedara con su derecho en ese terreno, para que él recibiera lo suyo en los terrenos de Pozo Oscuro y Cárdenas". Y concluye: "luego él tiene derecho a que se le otorque escritura de esos dos terrenos; y no es obstáculo para que se cumpla esta sentencia el hecho de que la demandada le hubiera pagado con esos dos terrenos el valor del lote que le compró a Sandoval, porque dictado el fallo, la ley pone en manos de éste los medios de hacer valer sus derechos contra la demandada."

Se explica: El Tribunal negó la petición tendiente a obtener la orden de que la demandada hiciera al demandante tradición de los terrenos Pozo Oscuro y Cárdenas, porque esta obligación así especificada, no aparece establecida o fijada en las estipulaciones de los contratos comentados; y porque otra es la consecuencia deducible de las constancias que el mismo demandante autorizó con su firma, y en donde se dieron recibo de paz y salvo con la señora de Salcedo por lo que hace a las relaciones contractuales provenientes de todos sus negocios anteriores.

Y no podía el Tribunal haber dado distinto entendimiento a las expresadas cláusulas que dice el recurrente fueron interpretadas en la motivación de la sentencia con errores de hecho y de derecho manifiestos.

De autos resulta que tres fueron los convenios principales celebrados por escrito por los hermanos Sandoval: la informal promesa de venta o simple documento de que antes se habló, por el cual Julio Roberto ofreció vender a su hermana el lote de Las Nieves por la suma de mil quinientos pesos y confesó además tener recibido a cuenta de ese precio quinientos pesos; y en donde la señora de Salcedo, de su lado, ofrecía, en caso de que ambos hermanos heredaran en igualdad de proporción a su madre, venderle a Julio Roberto su parte en esa herencia por dos mil quinientos pesos;

b) El de la escritura número 83 que relaciona la venta de Cleofe Mojica de Sandoval a su hija Dolores, quien dijo compraba para sí y para su hermano Roberto;

c) El de la número 433, que relaciona la compraventa del lote de Las Nieves y el arreglo de todo lo referente al dominio de los bienes comprados a la señora Cleofe, todo en los términos indicados en las cláusulas copiadas al principio de este fallo.

De estas estipulaciones resulta, que Julio Roberto recibió el día del primer documento $ 500.00 y a la fecha de la última escritura $ 350.00 más, junto con la transferencia del dominio de los terrenos Pozo Oscuro y Cárdenas, cuya tradición, se anota, es la que reclama nuevamente en este juicio; por lo que hace a la señora Dolores, recibió el dominio del lote de Las Nieves y consolidó en su nombre la propiedad de la casa de Susacón y terreno de La Capilla; aparece, finalmente, que luégo de estos arreglos y transferencias, ambos hermanos diéronse certificado o recibo de paz y salvo y en forma no sujeta a condición, porque allí se lee "que con la celebración de este contrato los otorgantes se declaran a paz y salvo por razón de las diferencias de precio, en relación con los bienes que se transfieren y de los que trata la escritura número 83 de 26 de mayo de 1933."

Ahora bien: Si el Tribunal entendió e interpretó las cláusulas de estos contratos en el sentido de que la Salcedo definió así, y en ese acto, los negocios pendientes con su hermano, y que de este arreglo no revocado luégo por las partes, ni surgía ni quedaba vigente a cargo de la demandada la obligación de hacer tradición de bien alguno, no hizo sino aplicar e interpretar rectamente los artículos 1602, 1603, 1618 y demás del Código Civil que dice el recurrente quebranta la sentencia, toda vez que según estas normas legales las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe e interpretarse en idéntico sentido, vale decir, previenen que los contratantes deben proceder leal y honestamente, y ajustarse a las obligaciones convenidas, sobre la base de que habiendo sido perfeccionado el pacto en razón de mutua utilidad y consentídolo así, no les es dable bajo ningún pretexto, apartarse de la finalidad de la misma convención u olvidar sus términos para cambiar la intención expuesta o conocida claramente, menos para pretender debilitar o contradecir la del otro contratante.

Advierte finalmente la Sala, que las disposiciones que anota el recurrente como que ha violado el fallo, que entre otras, traen simples notas relacionadas con la ética con que deben los contratantes interpretar todos sus pactos, no son susceptibles de violarse, menos en la forma como aparece planteado el cargo en el recurso. Son admoniciones o consejos de orden moral

estos, que pueden ser desconocidos por un sentenciador, pero a consecuencia del quebranto de otras disposiciones generadoras de derechos puntualizados o precisos, que establecidos en autos, resulten sin embargo mal reconocidos o mal interpretados en el fallo. Pero aquí no se ha señalado nada a este respecto.

El arreglo transaccional del último convenio liquidó en forma cierta y definitiva las relaciones encontradas de las partes del litigio por lo que dice relación a los bienes de este pleito, esa fue su clara intención, y así lo entendió rectamente el Tribunal en su fallo. Es por tanto infundado el cargo.

Por 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 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá proferida el quince de octubre de mil novecientos cuarenta y dos 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 su origen.

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

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

Ya ha dicho la Corte que la prueba pericial no obliga en sí misma y por sí sola, sino a través de la apreciación fundada y de la avaluación jurídica del Juez, que es a quien en definitiva corresponde determinar el valor probatorio del peritazgo. No es un elemento de convicción judicial que obra automáticamente, sino un factor de orden legal que sirve al fallador para fundar sus conclusiones. Estos principios están sintetizados en sentencia de casación del 9 de mayo de 1938, publicada en el tomo XLVI, página 422 de la Gaceta Judicial.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

El Municipio de Bogotá, representado por el señor Personero Municipal, celebró con el señor Daniel Camacho Gómez un contrato sobre construcción del colector del río San Agustín, entre el puente llamado "Rumichaca" y la carrera 3ª, con fecha tres de abril de mil novecientos treinta y seis. La dirección técnica de la obra debió estar encomendada a un ingeniero aceptado por la Secretaría de Obras Públicas Municipales y esta dependencia del Municipio nombraba un ingeniero interventor para vigilar la marcha de los trabajos.

El quince de julio del expresado año de mil novecientos treinta y seis (1936) el contratista Camacho efectuaba trabajos en el sector de obra comprendido entre las carreras tercera y segunda; los obreros empleaban explosivos para romper piedras que formaban el lecho del río. A eso de las once de la mañana de aquel día, Mercedes Perilla, Cecilia Montaña y Salvador Zamora oyeron estallar uno de esos explosivos y vieron en seguida un bloque de piedra que partía del lecho del río San Agustín y fue a caer sobre una persona que pasaba por frente a la casa de la calle 9ª, marcada con el número 218; se dirigieron luégo al sitio del suceso y allí observaron que esa persona, a quien Zamora reconoció en el acto ser Laurentino Pardo, estaba tendida en el suelo y presentaba una herida en la cabeza, de la cual arrojaba mucha sangre. Los testigos presenciales citados y una hermana de la declarante Perilla, de nombre Leonor, prestaron los primeros auxilios al herido, hasta que se presentó un Agente de Policía que solicitó el envío de una ambulancia para conducirlo a la Policía, de donde fue enviado en seguida al Hospital de San Juan de Dios. En éste permaneció hasta el día veinticuatro de enero de mil novecientos treinta y siete, habiéndosele tomado radiografía y practicado reconocimientos médico-legales que luégo han servido de base a los peritos médicos para establecer la naturaleza y consecuencia de las lesiones que le causó la piedra arrojada por la explosión del taladro.

El proceso.

Con fundamento en los hechos que se acaban de resumir, Laurentino Pardo, mayor, de esta vecindad, demandó en juicio ordinario de mayor cuantía al Municipio de Bogotá, representado por el señor Personero Municipal, para obtener mediante sentencia firme las siguientes declaraciones:

"Primera. Que el Municipio de Bogotá es responsable por causa cometida por agentes suyos, de los daños y perjuicios que el peticionario ha sufrido, por causa de las heridas y maltratos que sufrió el día quince de julio de mil novecientos treinta y seis (1936), como consecuencia de la explosión de un taladro verificado en los trabajos del colector del río San Agustín, al transitar el peticionario por la calle 9ª, entre carreras 2ª y 3ª, barrios de Egipto o de Belén de esta ciudad;

"Segunda. Que en fuerza de dicha responsabilidad, el Municipio de Bogotá debe pagar al peticionario seis días después de ejecutoriado el correspondiente fallo, la cantidad de treinta mil pesos ($ 30.000.00) moneda corriente, el valor en que estimó los daños y perjuicios sufridos por el demandante, como consecuencia de las heridas recibidas al caer el bloque de piedra sobre su cabeza, o la cantidad que, peritos nombrados en forma legal, determinen ser el valor de aquellos perjuicios, y

"Tercera. A pagar al peticionario los gastos y costas del presente juicio."

Luégo de haberse resuelto un incidente de excepciones dilatorias que propuso el señor Perso-

nero Municipal, la causa recibió el trámite de ley y fue desatada la controversia por medio de sentencia definitiva de primera instancia, fechada el once (11) de diciembre de mil novecientos cuarenta (1940), proferida por el Juez 5º del Circuito de Bogotá, cuyo texto resolutivo expresa:

"Declárase que el Municipio de Bogotá, es responsable de daños y perjuicios que ha sufrido el señor Laurentino Pardo, por causa de las heridas y maltratos de que fue víctima el día quince de julio de mil novecientos treinta y seis, como consecuencia de la explosión de un taladro que se hizo estallar en los trabajos del colector del río San Agustín, y en los momentos en que el señor Pardo transitaba por la calle 9ª entre carreras 2ª y 3ª de esta ciudad.

"Como consecuencia de la responsabilidad por culpa extracontractual, el Municipio de Bogotá debe pagar al señor Laurentino Pardo, seis días después de que quede ejecutoriado el presente fallo, el valor de los daños y perjuicios que se le ocasionaron como consecuencia de la herida que recibió por la causa anotada. El valor de estos perjuicios o la cuantía que el Municipio de Bogotá debe pagar al demandante, debe regularse en una articulación, en la forma prevista en el artículo 553 del Código Judicial."

"En razón de lo sostenido en este fallo, declárase no probada la excepción perentoria de falta o carencia de acción para demandar, propuesta por el Municipio de Bogotá, y fundamentada en los hechos de que ya se hizo mérito."

El recurso.

Siete cargos formula el apoderado del actor Pardo a la sentencia del Tribunal de Bogotá y los funda en las causales 1ª y 2ª de las establecidas en el artículo 520 del Código Judicial. En su debido orden lógico se pasa a estudiarlas:

a) No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Sostiene el recurrente que quedó establecida como pretensión oportunamente deducida que la sentencia reconociese como perjuicios materiales y morales los fijados en el dictamen pericial, quienes señalaron las dos cantidades debidas por ese concepto y tal dictamen fue desestimado por el sentenciador.

Se considera el cargo:

No existe la pretendida incongruencia entre lo pedido y lo decidido, porque tres fueron las súplicas de la demanda y sobre cada una de éstas se pronunció el fallo acusado en casación. No puede aceptarse la tesis del recurrente, porque de ser esto así tendría el fallador que aceptar necesaria y fatalmente todos los dictámenes periciales decretados en los juicios contradictorios y bien sabido es que esa clase de probanza, como las demás, son únicamente elementos para fundar la decisión judicial, pero ésta en sí misma corresponde proferirla al juzgador, dentro de las normas que la ley le señala para reconocer la existencia y demostración del derecho invocado y disputado. Por otra parte, el ataque que quiera hacerle el recurrente a la desestimación parcial del dictamen pericial no puede nunca tener la viabilidad a través de este segundo motivo de casación, sino únicamente por equivocada apreciación de tal factor probatorio, lo que haría incurrir al fallador en error de hecho manifiesto o de derecho en la estimación del peritazgo y en la violación de ley sustantiva, motivo consagrado en la primera causal de casación.

Hubo, por tanto, error de técnica por parte del recurrente en la presentación de este cargo y no aparece fundado. Debe rechazarse.

Los seis cargos restantes que se hacen a la sentencia de segundo grado se hacen consistir, apreciados en conjunto, en violación de ley sustantiva por apreciación errónea y por falta de apreciación de determinadas pruebas, con lo cuál el Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho que aparecen de manifiesto en los autos. Sostiene el recurrente que el fallador dejó de apreciar y apreció erróneamente:

1º La prueba pericial contenida en el dictamen médico de los peritos facultativos, al no aceptar como bien demostrada por medio de tal elemento científico la edad del damnificado Laurentino Pardo, cuando en este caso no se está en presencia de la comprobación de los elementos integrantes de un estado civil, sino de un hecho sujeto a los sentidos y respecto del cual exponen los peritos según su arte, profesión u oficio, sin lugar a la menor duda. Agrega que si se interpretara el artículo 400 del Código Civil en la forma como lo hace la sentencia acusada sobraría tal disposición en el Código, porque sería una repetición de los preceptos anteriores que reglamentan lo relativo al estado civil y a su demostración como pruebas principales y supletorias.

2º Apreciación errónea y falta de apreciación del dictamen pericial sobre avalúo de los perjuicios materiales y morales sufridos por el damnificado, lo que condujo al Tribunal a la comisión de errores de hecho y de derecho que aparecen de manifiesto en los autos.

Dice el recurrente:

"La sentencia acusada acogió parte del dictamen sobre avalúo pericial de los doctores Juan Uribe Cualla y José Vicente Morales y desechó parte de ese dictamen que acogió el de los señores médicos, sobre fijación de la edad de Laurentino Pardo en cincuenta y tres años y

sobre lapso probable de la supervivencia de Pardo. Tan explicado y fundamentado sería el dictamen de los peritos avaluadores que las partes lo acogieron sin hacerle objeción ni observación alguna.... Si un dictamen que contiene semejante estudio merece observación, podía afirmarse que el juzgador no podría acoger ningún dictamen, después de observar y no acoger el rendido por los peritos avaluadores en este juicio. Y como el Tribunal, al fallar, no apreció o apreció erróneamente el dictamen de un avalúo en cifra numérica, presentado uniformemente por los peritos, debidamente explicado y fundamentado, quebrantó el artículo 721 del Código Judicial e incurrió, por eso, en error de hecho manifiesto en los autos."

Estima violados por los anteriores conceptos los artículos 400 del Código Civil y 121, 722 y 723 del Código Judicial.

Considera esta Sala de Casación:

A) Al desestimar el dictamen pericial, en lo relativo a la edad del demandante, dijo el Tribunal:

"La Sala observa que los señores peritos avaluadores no partieron de base legalmente establecida al fijar la edad del señor Pardo, puesto que a los autos no vino la correspondiente acta o partida de nacimiento, ni se acreditó la imposibilidad de fijar por medio de ese documento auténtico o por declaraciones de testigos presenciales del nacimiento de dicho señor la época de ese hecho, por lo que no es de recibo en este fallo la prueba supletoria de facultativos que se practicó con apoyo en el artículo 400 del Código Judicial."

Se justifican estos reparos del Tribunal al considerar que el valor de la indemnización lo han fijado los peritos avaluadores mediante una multiplicación de la ganancia anual de la víctima por el número de sus años de vida restantes, lo que hace ver la trascendencia que tiene la precisión de éstos. Los peritos los determinan, como es lo natural, en vista de la edad actual de Pardo; pero ésta no se comprobó con el acta de bautismo, y como observa el Tribunal, no se ha acreditado en el proceso la falta de este documento o la imposibilidad de aducirlo, es decir, algo de lo que autoriza a acudir a medios supletorios.

No quiere decirse que sólo con esa acta puede reputarse judicialmente comprobada la edad y suministrado este elemento de juicio acerca de la duración probable del resto de vida y capacidad productiva de una persona, sino que no puede acudirse a los medios probatorios con que se suple una acta del estado civil sin haber acreditado la imposibilidad de presentarla.

Y se habla de estado civil, no sólo porque a estas actas corresponde esta denominación, sino también porque, en lo general, es al tratarse de cuestiones relacionadas con ese estado cuando esos documentos son de exigirse. Claro es que aquí no se trata de cuestiones de esta índole; pero no por ello deja de ser exigible esa prueba, porque la hace necesaria la trascendencia que para el avalúo, formulado por el procedimiento de la aludida multiplicación, tiene la determinación de uno de los dos factores de ésta.

B) El otro cargo fundamental que formula el actor y recurrente se hace consistir en que el Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho y de derecho al desestimar la avaluación de perjuicios materiales que en cifra numérica hicieron los peritos, dejando por esto la fijación del *"quantum"*, una vez reconocido el fundamento de la obligación extracontractual, al procedimiento posterior que determina el artículo 553 del Código Judicial. El avalúo por perjuicios morales sí quedó en pie en la sentencia acusada y no es materia de este recurso.

En cuanto a este segundo reparo estima la Sala que el Tribunal, al desechar en esa parte el dictamen avaluatorio, obró dentro de las atribuciones que para tales casos le otorga nuestro sistema probatorio, que le concede libertad y arbitrio para aceptar o desestimar esta clase de pruebas, dentro de las reglas de la sana crítica y de la tarifa legal consagrada en nuestra legislación positiva, atribución de que está investido el fallador de instancia cuando a su juicio el dictamen no está debidamente fundado o se establece sobre bases inaceptables o adolece de notorio error.

Pero conviene advertir que múltiple y reiterada ha sido también la doctrina de esta Sala en el sentido de que la prueba pericial no obliga en sí misma y por sí sola, sino a través de la apreciación fundada y de la avaluación jurídica del Juez, que es a quien en definitiva corresponde determinar el valor probatorio del peritazgo. No es un elemento de convicción judicial que obra automáticamente, sino un factor de orden legal que sirve al fallador para fundar sus conclusiones.

Consecuente con esta tesis la Sala de Casación en su sentencia de 9 de mayo de 1938, sistematizó estos principios de derecho probatorio en los siguientes conceptos:

"Desacertada y sin ningún apoyo en la ley resulta la tesis del recurrente de que en casos como el que se debate en este pleito el fallo lo dictan en conciencia los peritos a través de un juicio especial y breve en que el funcionario judicial apenas refrenda con su autoridad el ava-

lúo pericial. Contraría esta apreciación tanto la naturaleza propia del dictamen de peritos como modo probatorio, en que le corresponde el papel de ilustrar el criterio judicial en la misma forma que los demás elementos de convicción que figuren en el proceso, como la esencia de la función jurisdiccional que soberanamente corresponde al juzgador de realizar la justicia, dándole, en este caso, una expresión numérica, cuantitativa, de equidad, a la relación jurídica que ha ligado a las partes en el desarrollo del litigio, para lo cual es indispensable y esencial la consideración crítica de todas las probanzas aducidas oportuna y adecuadamente en el debate contradictorio. Los peritos no son *jueces de hecho,* en la acepción jurídica de estas palabras, sino auxiliares de la administración de justicia para el esclarecimiento de cuestiones que requieran conocimientos especiales; y la frase a *juicio de peritos* que emplea el Código en algunas de sus disposiciones, como en el artículo 2054, citado por el recurrente, no quiere significar sino *opinión, parecer* o *dictamen,* pero en manera alguna puede ser sinónimo o equivalente a *fallo* o *sentencia.* Para que el dictamen pericial tuviera la obligatoriedad incondicional a que alude el demandante sería preciso que los expertos estuvieran investidos de una especial jurisdicción por el legislador, y entonces no serían tales en la función que les corresponde dentro de nuestro derecho probatorio, sino que se convertirían en jueces como árbitros o arbitradores con capacidad legal de proferir verdaderas sentencias. (Título XLVII del Código Judicial). *(Gaceta Judicial,* tomo XLVI, página 422).

La sentencia acusada, para rechazar las conclusiones numéricas del dictamen sobre el avalúo de los perjuicios materiales hace estas consideraciones:

"Como se ve, los peritos avaluadores siguen el sistema consistente en multiplicar la cantidad de dinero que la víctima estaba en capacidad de producir anualmente, antes de ser herida, por el número de años en que calculan la supervivencia del demandante. Este sistema ofrece el inconveniente de capitalizar anticipadamente probables entradas de la víctima, en forma excesiva para el responsable del daño, puesto que el damnificado recibiría, al cumplirse el fallo de condena, un capital que permanece en su poder o en el de sus herederos indefinidamente y no se extingue con el último año o período indemnizado, siendo lo racional que el capital desaparezca en estos casos al servir la última mensualidad indemnizable."

Salta de lo transcrito que la argumentación anterior la funda el Tribunal en consideraciones de orden científico y en cálculos aritméticos que no adolecen de error manifiesto en su apreciación, y en esa circunstancia la Corte no puede rectificarlas en forma alguna, ni menos entrar como juzgador de instancia a estudiarlas en su fondo y en todos sus fundamentos para decidir sobre ellas.

De manera que si la edad del damnificado bien pudo ser establecida por el sistema de investigación pericial que consta en los autos, los motivos que tuvo el fallador de segundo grado para no acogerlo en toda su integridad no pueden ser modificados en casación, porque no adolecen de error manifiesto de hecho, ni de derecho. Tanto más cuanto el Tribunal dispuso que tal estimación definitiva se hiciera en el trámite posterior del cumplimiento de su fallo condenatorio (artículo 553, Código Judicial) y sentó las bases precisas para realizarlo, sobre cifras numéricas derivadas del mismo experticio.

Por estas consideraciones no pueden prosperar los cargos formulados contra el fallo acusado.

Fallo.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 27 de julio de 1942, que ha sido materia de la casación.

Las costas del recurso serán de cargo del recurrente.

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

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

Acción de revisión en juicio ordinario de la sentencia proferida en juicio especial de venta de una finca hipotecada.

El artículo 1030 del Código Judicial estatuye una excepción al 473 de la misma obra. Para el juicio especial sobre venta de una finca hipotecada no ha consagrado nuestra ley procesal, de manera clara y explícita, la misma excepción sobre la cosa juzgada que para el juicio ejecutivo señala el artículo 1030. Pero el artículo 1197 del mismo Código, que sí hace parte del Título que ritualiza estos procedimientos, determina que son aplicables a esos juicios sobre venta judicial de una finca hipotecada las disposiciones del juicio ejecutivo, en cuanto no se opongan a su naturaleza especial. El artículo 1197 citado no hace alusión exclusiva a que se apliquen al juicio especial de venta de una finca hipotecada únicamente las disposiciones de procedimiento del juicio ejecutivo. Tratándose de secuelas tan parecidas, las dos de condición breve y especial y que tienden en ambos casos a asegurar el pago de créditos vencidos y exigibles, unos con garantía real y otros sin ésta, lo natural es que las dos acciones queden sometidas a idénticas reglas y unos mismos recursos, sobre todo cuando antes de la expedición del nuevo Código y de la Ley 120 de 1928 era el procedimiento del juicio ejecutivo el aplicable para la exigibilidad de los créditos hipotecarios. No sería explicable que para las sentencias de excepciones y de pregón y remate dictadas en los juicios ejecutivos, destinadas a alcanzar el pago de créditos personales, existiera el recurso de revisión por la vía ordinaria, y para providencias de esa misma índole, con un mismo fundamento jurídico, proferidas en juicios especiales de venta, no se concediera ese mismo recurso extraordinario, a efecto de que por la vía ordinaria se volvieran a estudiar las circunstancias de hecho o de derecho inherentes a la propia naturaleza y origen de la relación jurídica creada entre las partes. Si se concede la revisión por el método ordinario para tales providencias en el ejecutivo, lo lógico es otorgarla también para esos mismos fallos en el especial de venta. Es esa la interpretación racional y lógica que debe darse al artículo 1197 del Código Judicial cuando dijo, sin distinción alguna, que eran aplicables a este último procedimiento los del juicio ejecutivo. Así lo estableció la Sala de Casación en sentencia de 5 de noviembre de 1938, publicada en el tomo XLVII, página 357 de la Gaceta Judicial.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

Por escritura número 522, de 22 de agosto de 1938, Notaría Primera de Pereira, Manuel J. Martínez transfirió a Héctor Sanabria Jiménez, a título de venta y por la suma de ochocientos ($ 800.00) pesos, un terreno ubicado en el paraje de "Combia", del Municipio de Pereira, por los linderos allí determinados.

El comprador Sanabria pagó de contado la suma de doscientos cincuenta ($ 250.00) pesos, y para asegurar el pago de los quinientos cincuenta restantes constituyó primera hipoteca sobre el inmueble descrito y se comprometió a pagarlos dentro de los dos meses siguientes a la fecha del contrato, con intereses solamente durante la mora y a la tasa del uno por ciento mensual.

Por escritura número 384, otorgada en la misma Notaría el 11 de julio de 1939, el citado Sanabria Jiménez vendió a la señora Esperanza Ardila de Salazar el mismo inmueble que había comprado a Martínez, y declaró que había recibido a su satisfacción el precio estipulado, del cual dejó en poder de la compradora la suma de cincuenta y siete pesos para que ésta acabara de cancelar el crédito hipotecario que se había constituido en favor de Martínez, del que dijo estaba reducido a la suma expresada.

En libelo de 29 de agosto de 1939 y en su calidad de apoderado de Manuel J. Martínez, el doctor Luis E. Ochoa Gutiérrez demandó a la señora Esperanza Ardila de Salazar en juicio es-

pecial sobre venta o subsidiaria adjudicación del inmueble que había hipotecado Sanabria, para que en sentencia se ordenara el pago de la suma de quinientos cincuenta pesos por concepto del capital, los intereses a la rata estipulada, y las costas del juicio. Afirmó que el deudor solamente había hecho abonos por la suma de veinticinco pesos.

Al contestar la demanda, la señora Ardila de Salazar manifestó su formal oposición a las pretensiones del actor, pues afirmó que la obligación demandada estaba reducida a la suma de cincuenta y siete pesos, que estaba dispuesta a pagar para que se cancelara la hipoteca, y propuso la excepción de pago parcial.

Agotada la tramitación de la instancia, se profirió sentencia el veintitrés de febrero del año pasado declarando no probada la citada excepción, ordenando la venta o subsidiaria adjudicación del inmueble perseguido en el juicio para pagar la obligación por la suma demandada, y se condenó en costas a la señora Ardila de Salazar. Dicha providencia fue confirmada en todas sus partes por el honorable Tribunal de Pereira en sentencia de veinticinco de julio del mismo año.

El juicio de revisión.

Fundado en los hechos que se dejan relatados, en libelo de 23 de octubre de 1940 la señora Esperanza Ardila formuló demanda ordinaria contra Manuel J. Martínez, para que se hicieran estas declaraciones:

Primera. Que hay lugar a revisar las sentencias pronunciadas por el Juzgado del Circuito de Pereira y el Tribunal Superior de la misma población, en 28 de febrero y 25 de julio de 1940, por medio de las cuales se decidió en primera y segunda instancia el juicio especial de venta de bienes hipotecados propuestos por Martínez contra la actora.

Segundo. Que como consecuencia de la declaración anterior al crédito de quinientos cincuenta pesos constituído por Héctor Sanabria a favor de Manuel J. Martínez, por escritura número 522 de 1938, se le deben abonar y en efecto se le abonan los quinientos pesos de que da cuenta el recibo expedido por el acreedor el 28 de marzo de 1939.

Tercero. Que Manuel J. Martínez, al hacer el cobro de los quinientos pesos y sus intereses incurrió en dolo y, por tanto, debe ser tenido como de mala fe para los efectos de las condenaciones del demandado.

Cuarto. Que por motivo de la revisión no debe verificarse el remate ordenado en los fallos que se revisan y si ya se hubiere verificado queda rescindido y sin ningún valor, debe cancelarse la inscripción y la finca volver a poder de la actora como si nunca hubiera salido de ella.

Quinto. Que Martínez debe pagar los perjuicios causados con el cobro indebido de los quinientos pesos y sus intereses, perjuicios tanto materiales como morales todos los cuales valen tres mil quinientos pesos o la cantidad que se demuestre en forma legal.

Sexto. Que en subsidio de lo anterior se disponga que el demandado debe devolver las cantidades que por razón del juicio cuyo fallo se revisa resulte haber recibido por razón del cobro verificado dolosamente e indemnizar los perjuicios que con ese cobro doloso causó, tanto morales como materiales.

Séptimo. Que el demandado debe pagar las costas del juicio si se opone.

Puso fin a la primera instancia el Juzgado del Circuito de Armenia por medio de sentencia fechada el 2 de septiembre de 1941, en la cual negó las peticiones principales sobre revisión en juicio ordinario de las providencias dictadas en el juicio especial de venta del bien hipotecado, por estimar que esta clase de procesos no son susceptibles de revisión en juicio ordinario; pero accedió a las peticiones consecuenciales y declaró que el demandado Martínez está en la obligación de indemnizar a la actora Ardila los distintos perjuicios que le ocasionó al intentar contra ésta juicio sobre venta o adjudicación de bienes hipotecados, desconociendo el abono por la suma de quinientos pesos a que se refiere el recibo que por dicha suma expidió Martínez el 28 de marzo de 1939. El importe de los daños y perjuicios se fijará por el procedimiento que regula el artículo 553 del Código Judicial, con arreglo a las bases establecidas en la parte motiva del mismo fallo.

La sentencia acusada.

Apelaron ambas partes de la decisión anterior y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira falló el segundo grado de este juicio en sentencia de 27 de mayo de 1942, en la cual reforma la apelada y en su lugar decide no hacer ninguna de las declaraciones solicitadas por la parte demandante, absolviendo en consecuencia a la parte demandada.

Sostiene el Tribunal fallador, en esto de acuerdo con el Juez *a quo*, que no tiene respaldo la acción promovida por la parte actora, sobre revisión de las dos sentencias proferidas en el juicio especial de venta de bienes hipotecados, porque la regla general es la de que la sentencia firme dada en materia contenciosa tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes (artículo 473 del Código Judicial).

Dice el Tribunal que la excepción a esta regla de orden público es el recurso de revisión y de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, cuando así lo disponga la ley. Es menester entonces que la ley autorice expresamente la ventilación de un juicio ordinario respecto de un asunto que ya ha sido fallado en juicio especial, o de que se otorgue el recurso de revisión de manera expresa.

Sigue razonando el Tribunal que el artículo 1030 del Código Judicial es un precepto que forma parte de la reglamentación del juicio ejecutivo, es decir, viene a ser especial para éste exclusivamente y no aplicable, por tanto, a otros juicios o procedimientos especiales.

De acuerdo con el artículo 473 del Código Judicial —dice el Tribunal de Pereira— la ley en todo caso va señalando aquellos juicios especiales que nuevamente pueden ventilarse en juicio ordinario. Y así, en el mismo Código procedimental se expresa cómo los juicios especiales de deslinde y amojonamiento, servidumbre y ejecutivos no hacen tránsito a la cosa juzgada, fenómeno jurídico que no se contempla para los juicios especiales de venta o adjudicación de bienes hipotecados. No es admisible el supuesto de que esa acción revisoria esté implícitamente consagrada por el artículo 1197 del Código Judicial, que hace aplicables a los juicios especiales de venta de bienes hipotecados las reglas del juicio ejecutivo, porque este precepto solamente hace referencia a las normas que regulan el procedimiento para la ritualización del juicio ejecutivo, pero en ningún caso comprende la acción a que se refiere el artículo 1030 del Código Judicial, porque esta disposición no hace relación al procedimiento sino que ella entraña una especial autorización para que puedan ventilarse por la vía ordinaria las sentencias de excepciones y la de pregón y remate proferidas en juicio ejecutivo.

Concluye el Tribunal que tampoco puede prosperar la demanda petitoria de perjuicios, por ser ésta una consecuencia de que pueda revisarse el fallo proferido en el juicio especial hipotecario; si se condenara a los perjuicios tendría que ser con fundamento en la revaluación del juicio especial por medio de otro ordinario, y negada la primera acción de revisión las demás deben correr la misma suerte.

El recurso.

Se alza en casación la parte actora invocando la causal primera del artículo 520 del Código Judicial y acusa el fallo de segundo grado por violación de preceptos sustantivos, debido a interpretación errónea y a falta de aplicación de algunos de éstos. A juicio de la Corte debe prosperar el segundo cargo formulado a la sentencia acusada, que en su fondo es idéntico al primero de los formulados en la demanda de casación y que pasa a transcribirse textualmente, en la forma en que lo presenta el recurrente:

"Dice el Tribunal que el artículo 1030 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el artículo 1197 de la misma obra, no da lugar a revisar por la vía ordinaria las sentencias de excepciones y de pregón y remate dictadas en los juicios sobre venta o adjudicación de bienes hipotecados, porque la primera disposición sólo consagra esa acción para los fallos similares proferidos en juicio ejecutivo solamente, y porque la segunda no hace aplicable la primera en los casos de sentencias dictadas en juicios hipotecarios.

"Al concluír en esa forma, violó el sentenciador esos dos artículos por no haberlos aplicado siendo el caso de hacerlo, puesto que ellos sí dan lugar a la acción de revisión de sentencias de excepciones y de pregón y remate en juicios especiales de venta de bienes hipotecados.

"En efecto, el artículo 1030 del Código de Procedimiento Civil consagra esa acción en los juicios ejecutivos. Y el artículo 1197 del mismo Código dice que las disposiciones de los ejecutivos son aplicables a los juicios especiales hipotecarios, en cuanto no se opongan a su naturaleza especial. Luego a estos últimos también existe la revisión de sus sentencias ya indicadas, porque ello no se opone a la naturaleza de ese juicio. El artículo 1197 no exceptuó esa revisión, luego mal puede exceptuarla el intérprete."

Considera la Sala de Casación:

El artículo 1030 del Código Judicial estatuye que la sentencia de excepciones y la de pregón y remate dictadas en el juicio ejecutivo no fundan la excepción de cosa juzgada y pueden revisarse por la vía ordinaria. Tal norma constituye una de las excepciones a la regla general de carácter procesal consagrada en el artículo 473 de la misma obra, en cuya virtud la sentencia firme dada en materia contenciosa tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes. Entiéndese esta regla general sin perjuicio del recurso de revisión y de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, cuando así lo disponga la ley.

Para el juicio especial sobre venta del bien hipotecado no ha consagrado nuestra ley procesal, de manera clara y explícita, la misma excepción sobre la cosa juzgada que para el juicio ejecutivo señala el artículo 1030. Pero el artículo 1197 del Código procedimental, que sí

hace parte del Título que ritualiza estos procesos, determina que son aplicables a esos juicios sobre venta judicial del bien hipotecado las disposiciones del juicio ejecutivo, en cuanto no se opongan a su naturaleza especial.

El Tribunal basa la sentencia acusada en casación en las consideraciones fundamentales de que tal artículo 1197 del Código Judicial no hace extensivo al juicio especial de venta la acción de revisión que otorga el artículo 1030 para los juicios ejecutivos. Se funda el fallador de segundo grado en que tal precepto (artículo 1197) "solamente hace referencia a las normas que regulan el procedimiento que se adopta para la ritualización del juicio ejecutivo, pero en ningún caso consagra la acción a que se refiere el artículo 1030 de la misma obra...."

Estima esta Sala que tal interpretación restrictiva que hace el Tribunal del artículo 1197 es equivocada, porque pretende ubicarla dentro de linderos estrechos que no tuvo en mente el legislador y quiere hacer distinciones que el mismo texto legal no ha hecho. *(Ubi lex non distinguit distinguere non potest).*

Basta la simple lectura del artículo 1197 para apreciar que no hace alusión exclusiva, como lo pretende el Tribunal, a que se apliquen al juicio especial de venta del bien hipotecado únicamente las disposiciones de procedimiento o ritualización del juicio ejecutivo. Tratándose de secuelas tan parecidas, las dos de condición breve y especial y que tienden en ambos casos a asegurar el pago de créditos vencidos y exigibles, unos con garantía real y otros sin ésta, lo natural es que las dos acciones queden sometidas a idénticas reglas y unos mismos recursos, sobre todo cuando antes de la expedición del nuevo Código y de la Ley 120 de 1928 era el procedimiento del juicio ejecutivo el aplicable para la exigibilidad de los créditos hipotecarios. No sería explicable que para las sentencias de excepciones y de pregón y remate dictadas en los juicios ejecutivos, destinadas a alcanzar el pago de créditos personales, existiera el recurso de revisión por la vía ordinaria; y para providencias de esa misma índole, con un mismo fundamento jurídico, proferidas en juicios especiales de venta, no se concediera ese mismo recurso extraordinario, a efecto de que por la vía ordinaria se volvieran a estudiar las circunstancias de hecho o de derecho inherentes a la propia naturaleza y origen de la relación jurídica creada entre las partes.

Si se concede la revisión por el método ordinario para tales providencias en el ejecutivo, lo lógico es otorgarla también para esos mismos fallos en el especial de venta. Es esa la interpretación racional y lógica que debe darse al artículo 1197 del Código Judicial cuando dijo, sin distinción alguna, que eran aplicables a este último procedimiento los del juicio ejecutivo.

Por lo demás, así lo tiene establecido esta Sala cuando en su providencia de 5 de noviembre de 1938 dijo:

"Las sentencias pronunciadas en el procedimiento a que se refiere este recurso de hecho (juicio especial de venta) no asumen nunca el carácter de las del ordinario, *sino que son revisables por esta última vía,* según lo dispuesto en el artículo 1197, en concordancia con el 1030 de la obra citada" *(Gaceta Judicial,* tomo XLVII, página 337). (Subraya la Corte).

De lo dicho se concluye que el Tribunal interpretó erróneamente los artículos 1030, 473 y 1197 del Código Judicial, absteniéndose por ese motivo de darles aplicación al caso del pleito. Comoquiera que esa equivocada interpretación fue lo que condujo a que se negara la viabilidad y existencia de la acción revisoria incoada y lo que sirvió de fundamento a la decisión absolutoria del fallo que se revisa, se impone la infirmación de dicha providencia y al entrar la Corte a actuar como Tribunal de instancia hace estas consideraciones:

SENTENCIA DE INSTANCIA

A.—Pago parcial del crédito hipotecario.

Aparece suficientemente evidenciado en los autos que Héctor Sanabria Jiménez, tradente de la actora Ardila de Salazar, pagó a su acreedor Manuel J. Martínez la cantidad de quinientos pesos moneda legal por cuenta del crédito hipotecario que consta en la escritura 522 de 1938 con la prueba documental, testimonial y pericial agregada al proceso. A esta misma conclusión llegó el juzgador de primer grado, aun cuando negando la viabilidad de esta acción ordinaria revisoria. Por estimarse suficientes para fundamentar esta conclusión, se transcriben los argumentos del fallo de primera instancia, cuyos apartes dicen:

"A folio segundo del cuaderno principal se lee un recibo que aparece expedido el 28 de marzo de 1939, en el que se hace constar que Manuel José Martínez recibió de Héctor Sanabria la suma de quinientos pesos 'por cuenta de la hipoteca'. Dicho recibo está firmado por Manuel J. Martínez como otorgante y por Pedro Nolasco Carmona como testigo, y lo presentó la demandante para que se tuviera como prueba del abono que en él se expresa.

"Como al contestar la demanda el señor Martínez objetó su autenticidad, la demandante encaminó en parte su actividad probatoria a demostrarla, y así, hizo practicar una diligencia de cotejo para que por peritos se hiciera el examen de la firma que aparece en el recibo,

como el de otras firmas auténticas del demandado, e hizo recibir declaración a las personas que presenciaron la entrega del dinero o que tienen conocimiento de la autenticidad de la firma estampada en dicho documento.

"Los peritos que intervinieron en esa diligencia, señores José Luis Echeverri y J. Ignacio Buitrago, rindieron su concepto después de hacer un detallado examen de las distintas firmas que fueron cotejadas, y llegaron a las siguientes conclusiones:

'a) Todas las firmas que examinamos y a que se refiere el punto segundo de este dictamen, son del señor Manuel J. Martínez, demandado, y en ellas se observan las diferencias que allí nos permitimos anotar, diferencias que no obstante, ser de puño y letra suyo, obedecen a su costumbre de firmar en forma distinta en las varias veces que lo ha hecho en los juicios a que hemos venido refiriéndonos.

'b) Las firmas que hemos examinado, auténticas del señor Manuel J. Martínez, aunque no son enteramente iguales, tienen una absoluta semejanza con la que dice 'Manuel J. Martínez' puesta al pie del recibo, escrito en papel sellado, que obra al folio 2 del cuaderno principal del juicio ordinario y que la señora Ardila, presentó con la demanda, pues ésta conserva los rasgos generales de la escritura de aquéllas, la inclinación de la letra y el parecido inconfundible en la M, en la J y en la z; es decir, que tomadas todas esas firmas, inclusive la del referido recibo, en su conjunto tienen completa semejanza, no obstante las ligeras diferencias de forma que en ellas se observan. y

'c) Del estudio comparativo que hemos hecho de todas esas firmas, conceptuamos que tanto las examinadas al principio, y a que aludimos en el punto segundo de este escrito, como la que aparece al pie del recibo que informa al folio dos del cuaderno principal del juicio ordinario propuesto por Esperanza Ardila contra Manuel J. Martínez, recibo que es por la suma de quinientos pesos y que lleva fecha veintiocho de marzo de 1939, fueron puestas por una misma mano.'

"Al ampliar el dictamen atendiendo una petición que al respecto hizo el apoderado del demandado, los mismos peritos conceptuaron que el texto del recibo fue escrito por persona distinta a la que figura como otorgante.

"El señor Pedro Nolasco Carmona, quien como ya se dijo firmó como testigo el recibo cuya autenticidad desconoce el demandado, en declaración rendida dentro del término probatorio del juicio declara lo siguiente: Que la firma que aparece al pie del recibo extendido en papel sellado y en el cual se hace constar la entrega de la suma de quinientos pesos, es la suya y la estampó a ruego del señor Héctor Sanabria; que el día del otorgamiento del recibo presenció cuando en el Café 'América' de esta ciudad Héctor Sanabria le entregó a Manuel J. Martínez la suma de quinientos pesos, en billetes de a cinco y de a diez, 'con el objeto de pagarle un dinero que le debía de una finca en Combia de este Municipio'; que el recibo que se extendió para constatar la entrega del dinero, es el mismo que figura en el juicio y fue leído en su integridad el día en que lo firmó."

"Al absolver el contrainterrogatorio que le formuló el demandado, explica el testigo que llegó al mencionado café de las diez a las once de la mañana y ya se encontraban allí Héctor Sanabria y Manuel J. Martínez; insiste en que presenció la entrega del dinero, que pudo darse cuenta de que eran quinientos pesos porque presenció cuando lo contaron, que no estuvo presente cuando se extendió el recibo ni antes de la entrega del dinero, y que cuando entró ya se encontraban en el lugar indicado los testigos Durán y Mejía."

"Tulio Mejía. Como el anterior, dice este testigo que presenció cuando en el Café 'América' de esta ciudad el señor Héctor Sanabria le entregó a Manuel J. Martínez la suma de quinientos pesos, en billetes de a cinco y de a peso, y que después de presenciar la entrega desde una mesa vecina a la que ocupaban aquéllos, se retiró en seguida y no le consta que se hubiera expedido recibo."

"El señor Fortunato Gaviria declara lo siguiente:

'Que un día de los comprendidos entre el once de julio y el 29 de agosto de 1939, encontrándose en el local de la Notaría Primera de esta ciudad, en ese entonces y en la actualidad a su cargo, en asocio de la señora Esperanza Ardila le puso de presente a Manuel J. Martínez dos recibos, uno en papel sellado por quinientos pesos, y el otro en papel común y por una cantidad inferior, para que dijera si las firmas que en ellos aparecían eran suyas, 'habiendo contestado a esto Manuel J. Martínez que evidentemente era su firma, pero que si el señor Héctor Sanabria no le había dejado allí un revólver que se había comprometido a dejarle conmigo, ni recibía el dinero que se le iba a entregar que eran cincuenta y siete pesos, ni cancelaba la hipoteca porque Sanabria le debía más dinero.' Finalmente, dice el testigo que el recibo cuya firma reconoció Martínez es el mismo que obra a folio segundo del cuaderno principal.'

"El doctor Francisco Monsalve afirma que en su oficina de abogado tuvo en sus manos el recibo que figura al folio ya indicado, y con 'precisión absoluta recuerda que Manuel J. Martínez no negaba que fuese suya la firma que allí apa-

rece, pero sostenia que tal recibo lo habia expedido él mismo tan sólo por la suma de cinco pesos. Supe que a vista del Notario don Fortunato Gaviria habia estado el recibo, pues cuando se presentaron a mi oficina venian de la Notaría y Martínez expresó que allí habia reconocido tal firma como autógrafa, pero que habia manifestado que sólo era por la cantidad de cinco pesos que habia expedido dicho recibo. De otro lado los escasos conocimientos de psicoanaligrafía me permiten asegurar que una misma mano trazó los caracteres gráficos de la firma del recibo que aparece a folio 2 del cuaderno principal y la que aparece a folio 10 vuelto del cuaderno segundo, pues que las características constantes que en grafía llevan los nombres de 'velocidad', 'orientación', 'tamaño absoluto' y 'tamaño relativo', así me lo indican claramente y la subcaracterística de 'confusión' y 'disyunción' y 'lanzas', me lo confirman."

"El demandado señor Martínez, en las posiciones que absolvió en este Juzgado el 14 de marzo del año en curso, acepta el hecho de que solamente ha tenido contra Héctor Sanabria el crédito hipotecario a que se refiere la escritura número 522 de 22 de agosto de 1938, y que el 28 de marzo de 1939 no tenía contra Sanabria un crédito distinto al citado antes.

"Como se ve, dos testigos declaran contestes sobre el hecho de la entrega del dinero que expresa el recibo que figura en los autos, y ambos coinciden en circunstancias de modo, tiempo y lugar, y dan cuenta de lo que expresan por conocimiento directo.

"Otros dos testigos, afirman que en su presencia el señor Martínez reconoció ser suya la firma que aparece al pie del citado recibo, y los peritos que intervinieron en la diligencia de cotejo, conceptúan que la firma del otorgante de dicho documento fue estampada por el demandado Martínez.

"Y éste, confiesa que en la fecha de su expedición no tenía contra Sanabria otro crédito hipotecario al que relaciona la escritura 522 ya citada.

"Para establecer la entrega del dinero a que se refiere el recibo es admisible la prueba testimonial, ya que existe un principio de prueba por escrito y en todo caso porque no se trata de una cantidad superior a quinientos pesos. Por tanto, con fundamento en el artículo 697 del Código Judicial, debe aceptarse que los testimonios de los señores Carmona y Mejía acreditan plenamente el abono que por quinientos pesos se hizo el 28 de marzo de 1939 al crédito hipotecario que en su totalidad hizo efectivo posteriormente el entonces acreedor y actual demandado señor Martínez."

B).—Nulidad del remate.

Como consecuencia primordial de la acción revisoria que debe prosperar, se suplica que por razón de tal revisión no debe verificarse el remate ordenado en los fallos que se revisan y que si ya se hubiere verificado, queda rescindido y sin ningún valor y debe cancelarse la inscripción y la finca volver a poder de la actora, como si nunca hubiera salido de ella.

No puede prosperar esta petición de la demanda porque aparece demostrado en el proceso que aun reconocido el pago parcial de los quinientos pesos, quedaba un saldo insoluto del crédito hipotecario por suma de cincuenta y siete pesos, como así lo reconoce la misma actora. Siendo dicha obligación creditaria indivisible y estando vencida y siendo exigible, se justificaba en principio el ejercicio de la acción especial de venta y en ese caso el remate no adolece de nulidad como acto civil, dado que existía causa suficiente para el contrato de venta realizado por ministerio de la justicia.

Bien es verdad que la actora quiso cancelar ese saldo pendiente y para ese efecto hizo citar al acreedor Martínez ante un Notario y dos testigos, donde le ofreció el pago de la suma que estimaba insoluta. Pero conviene advertir que el medio adoptado por la actora no es el que autoriza y consagra nuestra legislación para hacer un pago por consignación, ni la fórmula operante para cancelar obligaciones de esta índole. De manera que una vez que el acreedor se negó a reconocer el abono que constaba en el recibo y se abstuvo de recibir el saldo ofrecido, debió ella hacer en forma legal el pago por consignación, para considerar entonces como cancelado el crédito. La falta de este último requisito hace que la obligación de deber quedara vigente en parte y esa circunstancia proporcionó una base legal a la venta realizada por medio de la subasta.

Por lo demás, tal conclusión guarda armonía con la doctrina de esta Sala cuando en su sentencia de casación de 16 de septiembre de 1940 dijo:

"En un juicio ordinario revisorio sólo es procedente suplicar la nulidad de un remate hecho en trámite especial, por ministerio de la justicia, por una de estas dos razones: porque el contrato de venta realizado en virtud de la subasta es nulo como acto civil, por faltarle alguno de los elementos esenciales para su existencia, habida consideración a su naturaleza o a la calidad o estado de los contratantes; o porque se han omitido algunas de las formalidades previas señaladas por la ley procesal, tales como la fijación de carteles, señalamiento de día y las demás especialmente determinadas." *(Gaceta Judicial,* tomo L, página 78).

C).—Indemnización de perjuicios.

Demostrado como queda el pago parcial de la cantidad de quinientos pesos, por cuenta del crédito hipotecario, hay que concluir que el demandado Martínez ejercitó la acción especial sobre venta por la totalidad de dicho crédito con el deliberado propósito de ocasionarle un daño patrimonial a la actora señora Ardila, ya que de no moverlo esa dañada intención hubiera intentado la acción tan sólo por el saldo que se debía, por principal e intereses.

De ahí proviene que el demandado viene a ser en abstracto civilmente responsable de los perjuicios ocasionados a la actora por el ejercicio excesivo de un medio judicial que debió limitar, en el mejor de los casos, a la cantidad realmente debida, ya que al proceder como lo hizo se produjo a su favor un enriquecimiento sin causa que rompió el equilibrio conmutativo del negocio e hizo desaparecer la simetría contractual.

Pero no hay en los autos elementos probatorios que sirvan para hacer una condenación en concreto, porque no se ha evidenciado qué clase de perjuicios pudo padecer la actora con la conducta del demandado, fuera del pago excesivo de la cantidad debida.

No puede hacerse condenación por indemnización de las costas a que fue condenada la actora en el juicio especial, amén de los gastos que tuvo que hacer en su defensa, porque admitiéndose como operante y legalmente lícito en principio el ejercicio de la acción hipotecaria, aun cuando se hiciera un ejercicio excesivo de ésta, mal podría aceptarse la existencia de una obligación indemnizatoria por esta circunstancia. Tampoco se ha demostrado la existencia de perjuicios morales, por no aparecer en el proceso que con el cobro judicial se hubiera menoscabado el honor o el buen crédito de la señora Ardila de Salazar. No es el caso de decretar indemnización por este aspecto, por falta de comprobación de perjuicios de esta índole.

De manera que lo pertinente como consecuencia de lo dicho es reconocer la existencia y validez del pago parcial, y, como consecuencia obligada, para evitar un enriquecimiento sin causa, condenar al demandado a devolver el valor de la suma cobrada de más y con exceso, o sea la cantidad de quinientos pesos moneda legal, con sus intereses legales, desde la fecha del remate de la propiedad raíz hasta el día del pago.

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 Pereira el 27 de mayo de 1942 y previa revocatoria de la de primera instancia proferida por el Juez del Circuito de aquella ciudad el 2 de septiembre de 1941, *falla* este pleito así:

1º Hay lugar a revisar y se revisan las sentencias pronunciadas en el juicio especial de venta de bienes hipotecados seguido por Manuel J. Martínez contra Esperanza Ardila de Salazar, fechadas los días 23 de febrero y 25 de julio de 1940;

2º En consecuencia, al crédito constituido por Héctor Sanabria a favor de Manuel J. Martínez, por escritura número 522 de 1938, se le debe abonar los quinientos pesos ($ 500.00) pagados de que da cuenta el recibo expedido por el acreedor el 28 de marzo de 1939;

3º Por tanto, se condena al demandado Manuel J. Martínez a devolver a la señora Esperanza Ardila de Salazar la cantidad de quinientos pesos, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha del remate del inmueble hasta el día del pago. El Juez de primera instancia fijará el término para el cumplimiento de esta orden;

4º No es el caso de ordenar la nulidad del remate de la finca hipotecada, ni las demás peticiones de la demanda.

5º Condénase al demandado a pagar las costas de las dos instancias.

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

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

Acción de responsabilidad contractual por accidente ferroviario. Transporte de personas. - Transmisibilidad a los herederos del damnificado de la acción de responsabilidad civil emanada de la culpa contractual.

1. El artículo 263 del Código de Comercio es aplicable a los empresarios públicos de conducciones, según el artículo 318 ibídem. Es, pues, un contrato consensual, aun cuando es claro que puede justificarse con la respectiva carta de porte o tiquete. En el caso del transporte de personas que trabajan por cuenta o bajo la responsabilidad de otras no es necesario que cada una de aquéllas lleve su tiquete o carta de porte. Así, por ejemplo, cuando se conduce o transporta de un lugar a otro un batallón o compañía de soldados, no es necesario que cada uno de éstos contrate el transporte o tenga su tiquete, porque es bien sabido que, en estos casos, es el Gobierno quien en virtud de la cuenta respectiva, valor del transporte, la cubre en su oportunidad. En esos casos, como cuando se transporta en un tren un colegio, cada estudiante o alumno no lleva su tiquete sino que el convenio se formaliza con el Director o encargado del plantel, lo cual no quiere decir que los alumnos o estudiantes no sean pasajeros, ni significa que por el hecho de no tener cada cual su tiquete, la empresa transportadora quede libre de toda responsabilidad para con los alumnos que transporta. Ni la doctrina ni la jurisprudencia admiten semejante conclusión.

2. Cuando se presenta un siniestro sin que entre la víctima y el agente mediara ningún vínculo jurídico, nace desde ese momento la obligación de indemnizar perjuicios, pero esa indemnización no se refiere a los derechos patrimoniales de la víctima ni se relaciona con ellos, puesto que un accidente, por sí solo, no tiene ese carácter. Entonces la indemnización, partiendo de la base de que la víctima murió en el accidente, no puede tener el carácter de compensatoria, respecto del patrimonio de aquélla, sino de indemnizatoria respecto de los parientes y allegados de la víctima, que con la muerte de ésta sufren un perjuicio. Por eso en estos casos la acción sobre indemnización la ejercitan en su nombre propio esas personas. Pero cuando la relación jurídica es la preexistente, los herederos de la víctima quedan colocados en la posición de ésta, respecto de los derechos y obligaciones emanados del pacto, por la razón ya expresada, o sea, que al celebrarse un contrato entran al patrimonio de los contratantes los derechos y acciones que emanan de aquél, los cuales se radican en la cabeza de éstos y son transmisibles a sus sucesores. Entonces la acción pertinente de los herederos, en caso de siniestro, es la emanada del contrato que celebró su causante y como las acciones derivadas de aquél habían entrado al patrimonio de éste, desde que se celebró el contrato, los demandantes piden como herederos y para la sucesión de la víctima. Lo anterior es por activa y por pasiva, porque si en un contrato de transportes, v. gr., fallece el pasajero a consecuencia de la mala calidad del vehículo, los herederos de aquél tienen acción para reclamar perjuicios contra el transportador, por incumplimiento del contrato, como éste tendría derecho a reclamarlos contra los herederos de un pasajero que causara daños al vehículo o que de otra manera no cumpliera el contrato. Siendo similares, casi idénticos los artículos 1382 a 1384 del Código Civil francés a los artículos 2341 y 2347 del Civil colombiano, es pertinente citar la jurisprudencia y doctrina francesas sobre el particular. La Corte de Casación francesa, ha decidido que "las disposiciones de los artículos 1382 y 1383 del Código Civil, no pueden en principio ser invocadas para reglamentar la culpa cometida en la ejecución de una obligación resultante del incumplimiento del contrato. De suerte que en casos de esta naturaleza debe preferirse la responsabilidad contractual por provenir de violación de un vínculo jurídico preexistente." Y el expositor Lalou dice que "no es dudoso que los

herederos de un contratante tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones que su autor. No podrían, pues, colocarse sobre el terreno delictual para sustraerse a una corta prescripción, si su causante no podía colocarse sino sobre el terreno contractual." Citando la opinión de Ripert que sostiene que la fuente de la obligación del transportador consiste en una ejecución defectuosa del contrato, concluye: "Esta consideración hace de la acción de los herederos del transportado una acción contractual. Esto está sostenido por otros autores." (Henri Lalou, La Responsabilité Civile, págs. 348 a 352, números 650 a 657). No hay, pues, duda al respecto en la doctrina y jurisprudencia francesas, que son muy dignas de tenerse en cuenta, por lo ya apuntado. La discrepancia que al respecto existe es si no obstante tener los herederos la acción contractual, cuando su causante murió en un accidente de transporte, pueden ejercitar la acción extracontractual prescindiendo del contrato. Las opiniones están divididas y según observa Lalou, la jurisprudencia ha hecho algunas rectificaciones al respecto. Por eso termina diciendo que "estas dudas sobre la naturaleza delictual o contractual de esta acción muestran cómo en ciertas hipótesis la responsabilidad contractual y delictual se compenetran. Esta es una de las razones que hacen de la cuestión de la opción de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad delictual uno de los problemas más discutidos en materia de responsabilidad civil." En el caso de autos se entablaron ambas acciones, pudiéndose escoger entonces la que se juzgara conveniente. Bien enderezada estuvo la demanda en cuanto subsidiariamente se pidió en ella la condenación a favor de la sucesión del damnificado, y bien fallado el litigio en cuanto el Tribunal dedujo esa condenación.

3. De los artículos 2072 del Código Civil y numeral 4º del 322 del Código de Comercio no puede concluírse, como lo hace el recurrente, que la reparación del daño, la indemnización de perjuicios en esos casos, no puede pasar a los sucesores de la víctima transportada. No puede la Corte aceptar esa interpretación limitativa de esas normas, porque de ser así los principios generales sobre transmisibilidad de los derechos y obligaciones de una persona quedarían desconocidos y se llegaría a la conclusión inadmisible de darle a la muerte el carácter extintivo de las obligaciones preexistentes. Bastaría este hecho para que en un accidente de transportes en que muriera la víctima por culpa del empresario o sus agentes, éstos invocaran ese hecho para que quedaran relevados de toda responsabilidad. Bastaría también, en la culpa extracontractual, que en el accidente falleciera la víctima para que el responsable amparado en ese hecho alegara la extinción de toda responsabilidad civil. Eso conduciría a consecuencias inadmisibles. Pero no es sólo en virtud de las consideraciones de carácter general que acaba de hacer la Corte por lo que no puede aceptarse la tesis del recurrente, sino también porque existe un texto expreso que la contraría y anula plenamente, que es el artículo 2077 del Código Civil. Si en el caso de la culpa contractual es inadmisible la tesis del recurrente, también lo es en las de la extracontractual y de ahí el artículo 2343 que enseña que es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Este proceso sobre indemnización de perjuicios, tan semejante por la cuestión de hecho y de derecho, al que decidió la Corte en sentencia de 16 de junio de 1942 *(Gaceta Judicial,* tomo LIII, número 1986, página 638), tiene su origen en el siniestro ferroviario ocurrido el 10 de octubre de 1936 sobre la vía del Ferrocarril de Cundinamarca, cerca de la población de Albán. Una compañía del Ejército Nacional perteneciente al Batallón Guardia de Honor, enviada en comisión de orden público a la región cundinamarquesa de Quebradanegra, se embarcó de regreso a sus cuarteles de Bogotá en la Estación de Tobia, en el tren ordinario del Ferrocarril de Cundinamarca, del cual se desprendieron, por haberse roto las argollas de enganche, los dos últimos carros de pasajeros y uno de carga que regresaron a gran velocidad por la pendiente y que se volcaron al salir de la carrilera en una curva, causando numerosas víctimas, especialmente entre los miembros del Ejército.

Así se expresó la Corte en la sentencia mencionada y así se expresa hoy, por las circunstancias ya anotadas.

Entre los pasajeros se encontraba el Cabo Primero efectivo del Ejército Nacional Carlos A. Barreto o Jiménez, quien perdió la vida en el siniestro.

Con base en lo anterior, la hermana de la víctima, Emilia Jiménez Salas, demandó a la sociedad anónima denominada "Compañía del Ferrocarril de Cundinamarca", con domicilio en Bogotá, para que se la declare civilmente res-

ponsable "por culpa, negligencia, descuido, imprevisión e impericia de los agentes o empleados suyos" del siniestro ferroviario mencionado en que perdió la vida el expresado Cabo Barreto y para que se condene a la Compañía demandada a pagarle al demandante, quien en primer término demanda en propio nombre para sí, la suma de $ 70.000.00 moneda corriente o la que pericialmente se fije, como valor de la indemnización de los daños morales y materiales sufridos con la muerte violenta de su hermano, quien además de militar era chofer mecánico.

Fue decidido el pleito en primera instancia por el Juez Tercero de este Circuito en sentencia de 8 de noviembre de 1940 en la que declaró civilmente responsable a la Compañía demandada por el siniestro en que perdió la vida el Cabo Primero Carlos A. Barreto y la condenó a pagar a la demandante por concepto de perjuicios materiales y morales la suma de $ 19.276.50.

Ambas partes apelaron del fallo, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia de 22 de junio del año próximo pasado confirmó el numeral 1º de la apelada y la reformó en lo demás en el sentido de hacer la condenación a favor de la sucesión ilíquida de Carlos A. Barreto.

La parte demandada interpuso recurso de casación, el que hoy pasa a decidirse.

Sobre la base de la comprobación plena del siniestro en que perdió la vida el expresado Barreto, sobre la culpa comprobada de la sociedad demandada por cuanto con el dictamen de los técnicos se demostraron los defectos de construcción de la locomotora que conducía el convoy, la mala calidad de ciertos elementos como la argolla que se rompió y las cadenas que se despedazaron, lo que dio origen al desenganche de los tres carros que se desprendieron, se volcaron y ocasionaron el siniestro, según afirman dichos técnicos, y teniendo en cuenta que está acreditada la personería de las partes, el Tribunal se expresa así:

"Están presentes en este proceso los dos términos de la responsabilidad, el daño y la relación de causalidad entre el hecho y el daño. Nos queda por estudiar el elemento culpa. En materia contractual, debe presumirse la culpa por el no cumplimiento de la obligación del deudor demandado; por consiguiente, a ésta le incumbe la carga de la prueba por regla general. En efecto, el actor debe demostrar la existencia y extinción de la obligación (artículo 1757 del Código Civil) y entonces el deudor debe entrar a probar que la ejecutó o, para librarse, debe demostrar el caso extraño. Por consiguiente, la culpa se presume cuando de contrato se trata, así, en materia delictual a veces también debe presumirse en ciertos hechos que llevan en sí el sello del descuido. Pero en el caso de autos sí está probado el elemento culpa.... En resumen, se comprobó que, contra lo aconsejado por la técnica, venían varios carros de carga muy pesados detrás de la locomotora y que los dos últimos carros, en los cuales se encontraba perfectamente bien antes del siniestro el Cabo Primero Barreto o Jiménez Salas, eran de pasajeros y conducían la tropa que se embarcó en Tobia."

Sobre la base de que la responsabilidad es por culpa contractual por cuanto la empresa demandada estaba obligada a transportar a los pasajeros y llevarlos sanos y salvos al lugar de su destino, dice el Tribunal:

"El fundamento de la responsabilidad contractual en el caso de accidentes en medios de transportes, no puede, pues, ser más claro. En su tratado sobre responsabilidad civil Henri Lalou lo explica así: 'El transportador asume con el viajero una obligación de seguridad absoluta; se compromete a llevarlo a su destino no muerto sino sano y salvo, de modo que si el accidente proviene del hecho o con ocasión del transporte, y por así decirlo, después de cargar al viajero, su responsabilidad está entonces obligada hacia la víctima sin que ésta tenga que probar una culpa cometida por aquél; el solo accidente denuncia, hasta la más amplia información, la inejecución del contrato por parte del transportador'." Luégo concluye así el Tribunal: "Esta obligación del transportador, se desprende de los artículos 2072, 2073, 2078 del Código Civil y de los artículos 270, 271, 306, 318 del Código de Comercio y de la Ley 76 de 1920."

Sentadas las premisas anteriores, establecida la culpa de la Compañía demandada, el Tribunal hizo el estudio pertinente en lo atañedero a la fijación del monto de los perjuicios.

Dos cargos hace el recurrente contra la sentencia, los cuales pasan a estudiarse por separado.

Primer cargo. "Error de derecho, por apreciación errónea de la prueba, violando los artículos 601, 662 y 663 del Código Judicial, así como los artículos 320 y 322 del Código de Comercio, y 1757 y 1768 del Código Civil." En esa forma se expresa el recurrente y funda su concepto en que "no existe ninguna prueba de que el mencionado Cabo Primero hubiera comprado su pasaje o lo hubiera llevado consigo, es decir, que se hubiera celebrado el contrato de transporte". Fundado en esto, sostiene que no puede ese contrato ser presumido como lo hizo el Tribunal.

Visto el cargo anterior y su fundamentación, observa la Corte: Enseña el artículo 263 del Código de Comercio que el transporte se perfecciona por el solo consentimiento, expreso o tácito

de las partes, y esa disposición es aplicable a los empresarios públicos de conducciones, según el artículo 318. Es, pues, un contrato consensual, aun cuando es claro que *puede justificarse* con la respectiva carta de porte o tiquete. En el hecho 7º de la demanda se afirma que el 10 de octubre de 1936 una compañía del Ejército Nacional (en la cual iba el Cabo Barreto, observa la Corte), que se encontraba en cumplimiento de una comisión en la región de Quebradanegra, se embarcó para Bogotá, tomando para el efecto, en la Estación de Tobia, el respectivo tren del Ferrocarril de Cundinamarca. El representante de la Compañía demandada al contestar ese hecho dijo: "Es cierto que ese día se embarcó en Tobia un grupo de militares."

Lo anterior hace ver que se verificó el contrato de transporte, en virtud del cual la Compañía demandada se obligó a conducir a Bogotá a los Oficiales y soldados que componían el Batallón Guardia de Honor.

Ambas partes convienen en ese extremo, que condiciona el contrato de transporte, que como se ha dicho es consensual. Desde el principio de la litis quedó aceptado tal extremo. La sola aquiescencia de las partes sobre el asunto, saca del debate la cuestión, como hecho incontrovertible, y está sola observación bastaría para declarar infundado el cargo. No obstante, la Corte hace otras consideraciones: El fallador de Bogotá se basa en la presunción legal de la celebración del contrato de transporte, entre la empresa demandada y la compañía del Ejército de la cual formaba parte el Cabo Barreto, y la cual se embarcó en Tobia. Esto es exacto: Si no existiera ese contrato, si no hubiera habido aquiescencia por parte de la Compañía demandada, no habría embarcado a ese grupo del Ejército, ni menos puesto en movimiento sus máquinas, ni prestado el contingente de sus empleados para que el tren tomara la vía hacia Bogotá. No era necesario que cada Oficial o soldado tuviera su tiquete, ni siquiera que hubiera contratado en transporte con el jefe de la Compañía, porque es bien sabido, que en estos casos, es el Gobierno quien en virtud de la cuenta respectiva, valor del transporte, la cubre en su oportunidad. En esos casos, como cuando se transporta en un tren un colegio, cada estudiante o alumno no lleva su tiquete sino que el convenio se formaliza con el Director o encargado del plantel, lo cual no quiere decir que los alumnos o estudiantes no sean pasajeros, ni significa que por el hecho de no tener cada cual su tiquete, la empresa transportadora quede libre de toda responsabilidad para con los alumnos que transporta. Ni la doctrina ni la jurisprudencia admiten semejante conclusión. El fallador de Bogotá partió de un hecho establecido plenamente, el embarque de la compañía en Tobia, y le dio el valor probatorio que estimó legal, en lo cual no hubo error de hecho ni de derecho.

No está fundado el cargo que se estudia.

Segundo cargo. Violación de los artículos 9º de la Ley 57 de 1887, 1613, 1614, 1008, 1155, 2072 del Código Civil y 322 del Código de Comercio.

El concepto de esta acusación lo funda el recurrente en que el sentenciador decretó la indemnización de perjuicios a favor de la sucesión del Cabo Barreto, y al respecto hace varias consideraciones sobre el asunto para demostrar que la condenación en esa forma no procede.

Considera la Corte: La demandante demandó y pidió en primer término para sí y en su condición de hermana legítima del Cabo Primero efectivo del Ejército Nacional, Carlos A. Barreto, y en segundo término, subsidiariamente, para la sucesión ilíquida del expresado Cabo Barreto, según la petición *quinta* de la demanda.

El Tribunal de Bogotá estimó que siendo transmisible la acción en el caso de autos, por derivarse de un pacto contractual, procedía la condenación en los términos de la petición subsidiaria.

El problema que se plantea a la Corte es el siguiente: En casos como el presente ¿debe pedirse y hacerse la condenación en favor de los parientes de la víctima directamente, o éstos no pueden proceder sino invocando los derechos de aquélla emanados del pacto contractual y por lo tanto la petición no puede basarse sino sobre la representación de los derechos de la víctima, cuando ésta ha fallecido, y como continuador, el demandante o demandantes de los derechos transmisibles de aquélla?

La Corte observa: La analogía en las consecuencias civiles de un siniestro, traducidas en la indemnización de perjuicios, no puede asimilar ni menos identificar las dos fuentes que dan lugar a la responsabilidad civil, es decir, a la fuente contractual y la extracontractual.

En la primera se parte de una relación jurídica preexistente que rota o incumplida por una de las partes, la coloca en una situación de responsabilidad civil, por la infracción de la ley del contrato. En la segunda no pudiendo haber, como es obvio, esa relación preexistente, es solamente el acto culposo, la negligencia, el descuido, sea de la persona a quien se imputa, sea de las que están bajo su dependencia en los casos de la ley, sea el hecho producido por los animales o las cosas que están bajo el cuidado del hombre, lo que genera la culpa que se traduce en una responsabilidad civil.

Quien contrata hace ingresar a su patrimonio todos los derechos y acciones que nacen del

pacto, así como también está expuesto a ver disminuído su patrimonio, por la violación del contrato, cuando ésta se traduce en indemnización de perjuicios. Esos derechos y acciones entran en su patrimonio y por lo tanto son transmisibles, de la misma manera que las obligaciones del contratante pesan sobre sus sucesores, ya sean éstos a título universal, ya a título particular, según los casos, como por herencia en el primero (artículo 1155 del Código Civil), como por cesión de los derechos emanados de un contrato en el segundo.

Cuando se presenta un siniestro sin que entre la víctima y el agente mediara ningún vínculo jurídico, nace desde ese momento la obligación de indemnizar perjuicios, pero esa indemnización no se refiere ni se relaciona con derechos patrimoniales de la víctima, puesto que un accidente, por sí solo no tiene ese carácter. Entonces la indemnización, partiendo de la base de que la víctima murió en el accidente, no puede tener el carácter de compensatoria, respecto del patrimonio de aquélla, sino de indemnizatoria respecto de los parientes y allegados de la víctima, que con la muerte de ésta sufren un perjuicio. Por eso en estos casos la acción sobre indemnización, la ejercitan en nombre propio esas personas.

Pero cuando la relación jurídica es la preexistente, los herederos de la víctima quedan colocados en la posición de ésta, respecto de los derechos y obligaciones emanados del pacto, por la razón ya expresada o sea que al celebrarse un contrato entran al patrimonio de los contratantes los derechos y acciones que emanan de aquél, derechos patrimoniales que se radican en la cabeza de éstos y que son transmisibles a sus sucesores. Entonces la acción pertinente de los herederos, en caso de siniestro, es la emanada del contrato que celebró su causante, y como las acciones derivadas de aquél, del contrato, habían entrado al patrimonio de éste, del causante, desde que se celebró el contrato, los demandantes demandan como herederos y para la sucesión de la víctima.

Y lo anterior es por activa y por pasiva, porque si en un contrato de transporte, v. gr., fallece el pasajero a consecuencia de la mala calidad del vehículo, los herederos de aquél tienen acción para reclamar perjuicios contra el transportador, por incumplimiento del contrato, como éste tendría derecho a reclamarlos contra los herederos de un pasajero que causara daños al vehículo o que de otra manera incumpliera el contrato.

Siendo similares, casi idénticos, los artículos 1382 a 1384 del Código Civil francés a los artículos 2341 y 2347 del Civil colombiano, es pertinente citar la jurisprudencia y doctrina francesas sobre el particular: La Corte de Casación francesa (sentencia que cita el fallador de Bogotá), ha decidido lo siguiente:

"Las disposiciones de los artículos 1382 y 1383 del Código Civil, no pueden en principio ser invocadas para reglamentar la culpa cometida en la ejecución de una obligación resultante del incumplimiento del contrato. De suerte que en casos de esta naturaleza debe preferirse la responsabilidad contractual por provenir de violación de un vínculo jurídico preexistente."

El expositor Henri Lalou se expresa así:

"No es dudoso que los herederos de un contratante tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones que su autor. No podrían pues colocarse sobre el terreno delictual para sustraerse a una corta prescipción, si su causante no podía colocarse sino sobre el terreno contractual."

Citando la opinión de Ripert, que sostiene que la fuente de la obligación del transportador consiste en una ejecución defectuosa del contrato, concluye así:

"Esta consideración hace de la acción de los herederos del transportado una acción contractual. Esto está sostenido por otros autores." (Henri Lalou, *La Résponsabilité Civile,* páginas 348 a 352, números 650 a 657).

No hay, pues, duda al respecto en la doctrina y jurisprudencia francesas, que son muy dignas de tener en cuenta en esta ocasión, por lo ya apuntado. La discrepancia que al respecto existe es si no obstante tener los herederos la acción contractual, cuando su causante murió en un accidente de transporte, pueden ejercitar la acción extracontractual prescindiendo del contrato. Las opiniones están divididas y según observa Lalou, la jurisprudencia ha hecho algunas rectificaciones al respecto. Por eso termina así Lalou:

"Estas dudas sobre la naturaleza delictual o contractual de esta acción muestran cómo en ciertas hipótesis, la responsabilidad contractual y delictual se penetran. Esta es una de las razones que hacen de la cuestión de la opción de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad delictual uno de los problemas más discutidos en materia de responsabilidad civil."

Mas este último extremo es ajeno a este litigio por cuanto se entablaron ambas acciones, pudiéndose escoger entonces la que se juzgue pertinente.

Está bien enderezada por lo tanto la demanda en cuanto subsidiariamente se pidió en ella la condenación a favor de la sucesión del Cabo Barreto, y bien fallado el litigio en cuanto el Tribunal dedujo esa condenación.

No encuentra la Sala que se hayan violado los artículos citados por el recurrente en el cargo que se estudia, por lo que sigue: Si es cierto que el artículo 9º de la Ley 57 de 1887 enseña que la existencia de la persona termina con la muerte, ello no significa que esto sea uno de los modos de extinguir los derechos y obligaciones de quien fallece. Imposible sostener semejante tesis; todo lo contrario, la personalidad del difunto, del que fue, porque esa es la acepción filológica de dicho vocablo, trasciende en los derechos y obligaciones transmisibles de aquél a sus sucesores. De ahí los principios que consagran los artículos 1008 y 1155, que corroboran lo anterior, y que señalados como violados por el fallo recurrido, no lo fueron; todo lo contrario, tales principios tuvieron operancia en la sentencia. No pudiendo ser violados los artículos 1613 y 1614, por cuanto establecida la culpa de la empresa transportadora, y determinada su responsabilidad, surgía la indemnización de perjuicios solicitada, que está configurada en sus dos elementos por las normas que acaban de citarse, elementos que se tienen en cuenta, al deducir perjuicios que tengan por fuente ya el contrato, ya la culpa. Por eso la primera norma citada, muy aplicable al caso de autos, enseña que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado su cumplimiento y los artículos 2343 y 3256 del Código Civil, que contemplan la culpa extracontractual, se refieren a los elementos integrantes de los perjuicios, que configuran los artículos 1613 y 1614 citados.

El recurrente estima violados los artículos 2072 del Código Civil y 322, numeral 4º, del de Comercio, porque en su concepto esas normas sólo se refieren a la persona del transportado, por cuanto establece el primero que el acarreador es responsable del daño o perjuicio que sobrevenga a la persona por la mala calidad del carruaje, y por cuanto preceptúa el segundo que el empresario de transportes está obligado a indemnizar el daño que sufrieren en sus personas los pasajeros, por vicio del carruaje, por su culpa o la de los conductores o postillones. De esto concluye que la reparación del daño, la indemnización de perjuicios, en esos casos, no puede pasar a los sucesores de la víctima transportada. No puede la Corte aceptar esta interpretación limitativa de esas normas, porque de ser así, los principios generales sobre transmisibilidad de los derechos y obligaciones de una persona quedarían desconocidos y se llegaría a la conclusión inadmisible de darle a la muerte el carácter extintivo de las obligaciones preexistentes. Bastaría este hecho para que en un accidente de transportes, en que muriera la víctima por culpa del empresario o sus agentes, éstos invocaran ese hecho para que quedaran relevados de toda responsabilidad. Bastaría también, en la culpa extracontractual, que en el accidente falleciera la víctima, para que el responsable amparado en ese hecho alegara la extinción de toda responsabilidad civil.

Véanse pues las consecuencias inadmisibles a que conduciría la tesis que se examina.

Pero no es sólo en virtud de las consideraciones de carácter general que acaba de hacer la Corte, por lo que no puede aceptarse la tesis del recurrente, sino también porque existe un texto expreso que la contraría y anula plenamente. El artículo 2077 del Código Civil dice así:

"La muerte del acarreador o del pasajero no pone fin al contrato; las obligaciones se transmiten a los respectivos herederos, sin perjuicio de lo dispuesto generalmente sobre fuerza mayor o caso fortuito."

Si en el caso de la culpa contractual es inadmisible la tesis del recurrente, como acaba de verse, también lo es en los de la extracontractual y de ahí el artículo 2343 que enseña que es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos.

Los comentadores patrios como don Fernando Vélez, los chilenos como Barros Errázuris y los franceses como Lalou y los hermanos Mazeaud, por no citar sino a estos dos, no vacilan en esta materia y sostienen las mismas conclusiones que hoy sostiene la Corte, valiendo la pena observar que no obstante que la reglamentación del contrato de transportes en el Código Civil francés (artículos 1782, 1783, 1784 y 1786), no es tan completa y precisa, como la que al respecto estatuye el Código Civil colombiano (artículos 2070 a 2078), la doctrina y la jurisprudencia francesa, basadas en las normas que regulan las estipulaciones contractuales y las consecuencias del incumplimiento de éstas, han llegado en los casos de accidentes acaecidos en los contratos de transporte, a las mismas conclusiones que sustenta hoy la Corte. Los hermanos Mazeaud *(La Responsabilité Civile,* libro 2º, número 1912) se expresan así:

"La imposibilidad de obrar en la cual se encuentra la víctima no podrá ser invocada contra la acción de los herederos. Nada impide a los herederos intentar las acciones que su causante no pudo ejercer en vida; ellos no obran en realidad, en nombre de su causante, pero sí como continuadores de su persona, y es precisamente porque continúan esa persona por lo que pueden intentar una acción que la muerte ha impedido ejercer al causante."

Las fuentes de la indemnización por la culpa contractual, se derivan en la legislación colombiana de los principios consagrados por los artículos 1494, 1546, 1602, 1603, entre otros del Código Civil, de muchas de las disposiciones contenidas en el Título V del Libro II del Código de Comercio, entre otras los artículos 321 y 322 y en el caso del contrato de transportes de una manera específica y clara en el artículo 2077 del Código Civil, disposición que no existe en el francés.

El segundo y último cargo no puede en virtud de lo expuesto prosperar.

De la doctrina expuesta y sostenida al estudiar este último cargo, se desprenden dos conclusiones a saber:

Primera. La acción de responsabilidad civil emanada de la culpa contractual, es transmisible a los herederos, quienes tienen la personería para intentar las acciones que su causante no pudo ejercer en vida.

Segunda. Los herederos, en ese caso obran como continuadores de la persona de su causante y por lo tanto demandan para la sucesión de éste, representada por aquéllos.

La sentencia que se revisa en casación, es jurídica y debe por lo tanto quedar en pie.

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. No es el caso de hacer condenación en costas.

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

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

Acción de nulidad absoluta de un contrato por demencia de uno de los contratantes cuando se celebró.

Constituye una tesis absolutamente peregrina la de que habiéndose probado solamente la demencia pero no el conocimiento que de ésta tuviera el demandado al contratar, la nulidad que así se funde no puede perjudicar al contratante demandado. Visiblemente equivocada y sin respaldo es esta teoría del recurrente en relación con la incapacidad absoluta de que adolecen algunas personas que por causas naturales carecen de voluntad o no pueden expresarla debidamente. Esta incapacidad, que esteriliza jurídicamente a quienes la sufren hasta el extremo de no poder producir siquiera obligaciones naturales, es la llamada por los autores incapacidad natural, porque proviene de causas físicas que desquician el consentimiento o impiden expresar la voluntad, y que la ley se limita a reconocer en sus ordenamientos. Es la falta de este elemento esencial de la voluntad lo que le da base jurídica a la incapacidad de contratar, y bien se ve, por la naturaleza de sus causas, que ella existe y opera por sí sola, esterilizando la fuente, sin que nada tenga que ver al efecto el conocimiento que de ella tenga la persona que contrata con el absolutamente incapaz. El solo hecho de la demencia basta para que el individuo afectado se considere absolutamente incapaz para contratar, con todas sus consecuencias legales, y no es necesario que se encuentre sometido a la interdicción ni recluído en casa de locos, a diferencia de lo que acontece con la incapacidad fundada en prodigalidad, que la ley reduce al pródigo interdicto. La declaración de interdicción del demente, sin importancia desde el punto de vista de la incapacidad, sólo la tiene en el campo probatorio porque la ley presume de derecho que todo acto ejecutado por un demente interdicto es nulo absolutamente, en tanto que si el demente no ha sido declarado en interdicción, como la regla común es la capacidad, quien alegue nulidad por demencia deberá probar que quien ejecutó tal acto estaba entonces demente. Tal es la doctrina del artículo 553 del Código Civil.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Por haberse demostrado fehacientemente, según el dictamen pericial de los médicos psiquiatras doctores Luis López de Mesa y Edmundo Rico, que Jaime Arroyo Olano estaba afectado "de una demencia precoz, enfermedad mental incurable y tenazmente crónica que inhibe las capacidades civiles y mentales de quien la padece", el Juzgado 2º en lo Civil de este Circuito, en sentencia del 30 de noviembre de 1937, confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial, lo declaró en interdicción judicial por causa de demencia.

El curador de que judicialmente se proveyó al demente, luégo de tomar posesión y habiéndosele discernido el cargo y autorizado para ejercerlo, por medio de apoderado judicial y en memorial fechado el 27 de septiembre de 1938, repartido al Juzgado 4º de este Circuito, en nombre e interés del incapaz Jaime Arroyo Olano, demandó a Soledad Silva Ordóñez para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare absolutamente nulo el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 485 otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá el 6 de mayo de 1930, por medio del cual Jaime Arroyo Olano vendió a la demandada la finca rural denominada *Casa Blanca*, ubicada en el Municipio de Bosa, y alinderada como allí se expresa; que consecuencialmente vuelvan las cosas al estado que tenían antes de la celebración del contrato restituyéndole al vendedor el inmueble con sus frutos y accesorios; que se ordene la cancelación del referido instrumento en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados; que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se decrete la nulidad de todos los actos y contratos que la compradora demandada haya celebrado o ejecutado sobre la finca de que se trata, y que se le condene en las costas del juicio.

Subsidiariamente pide la demanda que se decrete las rescisión del referido contrato "por fal-

ta de causa justa o falta de entrega del precio en él estipulado".

El hecho y razón esencial de la demanda se hace consistir en que el vendedor se hallaba en estado de demencia en la época en que celebró el contrato aludido; y además, en que no recibió el precio de la venta; en que éste no es justo ni equitativo sino irrito, por lo cual carece el contrato de causa real, y en que la compradora está en posesión de la finca vendida desde la fecha del contrato.

Se opuso la demandada a las pretensiones del actor, afirmando la plena capacidad del vendedor a la época en que contrató y sosteniendo haber pagado la totalidad del precio al tenor de la escritura pública.

Trabada sobre estas bases la controversia, el Juzgado del Circuito la decidió en primer grado en sentencia del 13 de febrero de 1940, declarando la nulidad absoluta de la compraventa contenida en la citada escritura número 485 del 6 de mayo de 1930, condenando a la demandada a restituir al actor la finca de *Casa Blanca* con sus frutos civiles y naturales desde la fecha de la contestación de la demanda y al demandante a restituir a su vez la suma de $ 4.300, precio de la venta, con sus intereses correspondientes desde la fecha de recibo. Se ordenó también la cancelación de la escritura y sus inscripciones en el registro, y se absolvió a la demandada de los demás pedimentos del libelo. Sin costas.

Sentencia acusada.

Dio lugar a la segunda instancia de este juicio la apelación que ambas partes interpusieron contra la sentencia del Juzgado y que el Tribunal Superior, luégo de agotar los trámites del grado, decidió en fallo definitivo del 21 de julio de 1942, en el cual se confirmó el apelado con la sola modificación de que los intereses legales a que se condena al demandante Jaime Arroyo Olano se deben a partir del 21 de octubre de 1938, fecha de la contestación de la demanda. Tampoco se hizo condena en costas por el Tribunal.

A pesar del acervo probatorio, excepcionalmente abundante, que fue materia de análisis en la decisión del primer grado, el Tribunal Superior usó de la facultad que concede el artículo 600 del Código Judicial para aclarar completamente con la ayuda de un dictamen pericial médico el punto central del litigio, esto es, si Jaime Arroyo Olano en el mes de mayo de 1930, especialmente el día 6 de ese mes, estaba enfermo de la mente en grado de inhibirle su capacidad civil, y si entonces era ya inepto para gestionar por sí mismo sus propios negocios e incapaz de ejecutar actos humanos. Esta prueba pericial, practicada de acuerdo con la ley y contra la cual, en el término de su traslado, ninguna objeción se formuló, engloba propiamente todas las demás probanzas del juicio porque en el concepto de los médicos aparecen aprovechados todas las noticias, datos y hechos demostrados que contiene el proceso sobre la salud mental de Arroyo Olano, fuera del conocimiento obtenido en el examen directo que los peritos realizaron en la persona del enfermo. En la parte fundamental del dictamen están enumerados y estudiados las anormalidades y síntomas que reveló el paciente en el lapso comprendido entre 1923 y 1928 según observaciones personales realizadas por los médicos Luis Felipe Calderón, Bernardo Samper y Santamaría; las anormalidades que personalmente constataron en Arroyo los médicos Guillermo Fischer, Maximiliano Rueda y Guillermo Uribe Cualla y en que fundaron su diagnóstico de demencia precoz claramente definida por los años de 1930 y 1931; el dictamen de los expertos en psiquiatría, doctores López de Mesa y Rico, quienes confirmaron, como enfermedad incurable, crónica y progresiva, la demencia precoz en el año de 1937.

En todos estos hechos y en las observaciones personales del enfermo, y en otros elementos de convicción que citan, fundaron su concepto pericial los doctores Miguel Jiménez López y Gustavo Guerrero en el cual llegaron a las siguientes conclusiones, copiadas en la sentencia del Tribunal y usadas como fundamento probatorio del fallo, que las considera como plena prueba por reunir los requisitos exigidos por los artículos 722 y 723 del Código Judicial.

"Esas conclusiones son las siguientes:

"Primera. Existe suficiente fundamento clínico e informativo para afirmar que el señor Jaime Arroyo Olano ha padecido de una demencia precoz que se inició en él hacia el año de mil novecientos veintitrés.

"Segunda. En la época del acto demandado, esto es, en el año de mil novecientos treinta, dicha enfermedad había llegado en el paciente a un grado avanzado de su evolución.

"Tercera. Por los caracteres clínicos de la enfermedad, por la manera como desde sus principios afecta las más nobles actividades del sér humano, por los datos que obran en el expediente y por el conocimiento personal que hemos tomado del caso, nos asiste fundamento suficiente para conceptuar que en el mes de mayo de 1930 y en la época del acto discutido, la personalidad psíquica del señor Jaime Arroyo Olano estaba profundamente disminuída para permitirle obrar con voluntad y conciencia plenas.

"Cuarta. En dichos mes y año, el señor Arroyo Olano tenia sus facultades mentales obstruidas y perturbadas en grado tal, que lo inhabilitan para gestionar debidamente por sí mismo sus propios negocios y para ejecutar lo que los juristas llaman con toda propiedad 'actos humanos'.

"Luego habiéndose demostrado —dice la sentencia— que el señor Arroyo Olano estaba demente en la época en que celebró el contrato de compraventa con la señorita Soledad Silva Ordóñez, debe decretarse la nulidad del mismo, aplicando la norma legal citada (553, Código Civil), en armonía con el inciso 2º del artículo 1741 del Código Civil y puesto que el demente es absolutamente incapaz, según el texto 1504 del aludido Código."

El recurso.

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia y con apoyo en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, interpuso la parte demandada el recurso de casación que hoy se decide.

Se acusa la sentencia de ser violadora de los artículos 768, 769, 1602, 1603 y 1503 del Código Civil, como consecuencia de error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba sobre la locura de Arroyo Olano, y por errónea apreciación del artículo 553 del mismo Código. Dice el recurrente, para tratar de fundar sus cargos, que el Tribunal consideró que con las declaraciones de Luis Felipe Calderón, Bernardo Samper, Eustacio S. de Santamaría y Guillermo Fischer estaba probado para toda clase de efectos legales que Jaime Arroyo Olano era absolutamente incapaz por causa de demencia precoz el 6 de mayo de 1930, en que contrató con la demandada, cuando aparece demostrado plenamente con el testimonio de Jorge Millán, Rubén Mendoza y Alberto Angulo Azuero que al tiempo del otorgamiento de la escritura en que se recogió el contrato el vendedor se portó como persona cuerda, de donde deduce el recurrente que la compradora "obró en el convencimiento de que el señor Arroyo Olano era normal, es decir, que ella obró de buena fe". "Se estableció, pues —dice la demanda— aisladamente el hecho de la demencia, pero no la relación que forzosamente debía existir entre ese hecho y el conocimiento que de él tuviera la señora Soledad Silva cuando contrató. Luego el Tribunal apreció mal las pruebas sobre la demencia del señor Arroyo Olano en cuanto no tuvo en cuenta la falta de conocimiento que de la locura del señor Arroyo tenía la señora Soledad Silva y la imposibilidad en que ella estuvo colocada para conocer el estado mental de dicho señor, dado que se portaba como cuerdo en la generalidad de sus actos." No basta que se pruebe la demencia sino que es necesario que quien contrate con el demente sepa o conozca su enfermedad mental, porque de lo contrario "la demencia apenas viene a ser un vicio oculto que, por tanto, no puede perjudicar al contratante que obró de buena fe."

En un cargo final de la demanda se acusa la sentencia de violación directa del artículo 1746 del Código Civil, porque le faltó al Tribunal hacer la declaración, solicitada por la demandada como aclaración de su sentencia, de que los oficios para la cancelación de la escritura y su registro no deben librarse antes de que el demandante entregue o consigne en el Juzgado el precio de la venta y sus intereses, a cuya devolución se le condena.

Se consideran los cargos.

No es exacto decir, según lo visto en la parte en que se hizo el extracto de los fundamentos del fallo acusado, que el sentenciador fundara su convicción sobre la existencia de la enfermedad mental que aquejaba al demandante en las declaraciones testimoniales que cita la demanda, ni sobre ninguna otra prueba de testigos. Hace el Tribunal referencia a estas probanzas, no para deducir directamente de ellas la insania mental de Arroyo Olano, sino para advertir que ellas son un medio legal adecuado para demostrar, en su calidad de hechos, las irregularidades o anormalidades que reveló progresivamente y en diversas épocas de su vida Jaime Arroyo y que culminaron en el decreto de interdicción judicial por demencia, a que está sometido. Todos estos antecedentes y otros muy numerosos a que la demanda no alude, fueron englobados, como hechos concretos fehacientemente establecidos en autos, en la parte fundamental del dictamen médico pericial que el Tribunal decretó en auto para mejor proveer y que es la única prueba, en verdad muy bien fundada y explicada, en que el Tribunal basó sus conclusiones. Contra esta prueba pericial, que es el soporte exclusivo de la nulidad declarada, no se endereza ningún cargo en el recurso.

Por el contrario, parece que se acepta en toda la plenitud que le otorga la ley cuando se expone en la demanda la tesis, jurídicamente peregrina, de que habiéndose probado solamente la demencia pero no el conocimiento que de ésta tuviera la demandada al contratar, la nulidad que así se funde no puede perjudicarla. Visiblemente equivocada y sin respaldo es esta teoría del recurrente en relación con la incapacidad absoluta de que adolecen algunas personas que por causas naturales carecen de voluntad o no pueden expresarla debidamente. Esta incapacidad, que esteriliza jurídicamente a

quienes la sufren hasta el extremo de no poder producir siquiera obligaciones naturales, es la llamada por los autores incapacidad natural, porque proviene de causas físicas que desquician el consentimiento o impiden expresar la voluntad, y que la ley se limita a reconocer en sus ordenamientos. Es la falta de este elemento esencial de la voluntad lo que le da base jurídica a la incapacidad de contratar, y bien se ve, por la naturaleza de sus causas, que ella existe y opera por sí sola, esterilizando la fuente, sin que nada tenga que ver al efecto el conocimiento que de ella tenga la persona que contrata con el absolutamente incapaz, o en palabras alusivas al caso del pleito, la demencia de Jaime Arroyo Olano no deja de ser causa legal de incapacidad absoluta que lo imposibilita para ejecutar por sí mismo ningún acto jurídico válido, por la circunstancia de que la demandada haya ignorado su enfermedad o le haya parecido cuerdo a la hora en que le compró su finca de *Casa Blanca.*

El solo hecho de la demencia basta para que el individuo afectado se considere absolutamente incapaz para contratar, con todas sus consecuencias legales, y no es necesario que se encuentre sometido a interdicción ni recluído en casa de locos, a diferencia de lo que acontece con la incapacidad fundada en prodigalidad, que la ley reduce al pródigo interdicto. La declaración de interdicción del demente, sin importancia desde el punto de vista de la incapacidad, sólo la tiene en el campo probatorio porque la ley presume de derecho que todo acto ejecutado por un demente interdicto es nulo absolutamente, en tanto que si el demente no ha sido declarado en interdicción, como la regla común es la capacidad, quien alegue nulidad por demencia deberá probar que quien ejecutó tal acto estaba entonces demente. Tal es la doctrina del artículo 553 del Código Civil, que el recurrente dice fue quebrantado por errada interpretación, y a la cual, por el contrario, aparece muy bien ajustada la sentencia que se estudia.

Afirma el recurrente que la compradora obró de buena fe, en el convencimiento de que su vendedor era persona cuerda porque así lo parecía, y esta condición aparece expresamente reconocida en la sentencia con los efectos legales que le corresponden y por virtud de ella no sometió el Tribunal a la compradora demandada a la sanción que establece el artículo 1747 del Código Civil, porque de no haberla considerado de buena fe ignorante de la perturbación mental que afectaba a su vendedor, no hubiera decretado a su favor la restitución de lo que pagó en razón del contrato, con sus intereses correspondientes.

Por lo que hace a la acusación final, consistente en que el Tribunal dejó de hacer la aclaración de su sentencia, que oportunamente se la pidió en el sentido ya visto, de donde se deduce infracción directa del artículo 1746 del Código Civil, bien claro se ve que no es fundada, porque de los términos en que está concebida la resolución de la sentencia se deduce que en este caso se atendió correctamente a la finalidad legal que corresponde a la nulidad judicialmente declarada, esto es, al derecho que tienen las partes para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. La adición de declaraciones aclarativas del fallo, no habiendo prosperado ninguno de los cargos por violación legal, es cosa improcedente en el recurso de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 21 de julio 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, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza—El Conjuez, *Eduardo Rodríguez Piñeres—Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón,* Secretario en propiedad.

Acción principal de resolución de un contrato.—Acusación en casación por error de hecho.—Mejoras en baldíos.

1. Cuando se acusa en casación una sentencia por error de hecho en la apreciación de las pruebas, ya por haberse estudiado con evidente error, o por no haberlas considerado en absoluto, se entiende, interpretando la demanda, que se alega la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, pero invariablemente ha establecido la Sala que es indispensable que el recurrente designe la prueba olvidada o no tenida en cuenta respecto de la cual exista el error, que indique el concepto en que fue mal estimada y precise el modo como ha debido reconocerse o estimarse.

2. Las mejoras o aberturas hechas por colonos en tierras baldías de la Nación son inmuebles, lo mismo que los edificios que construyen los colonos en esas mejoras. Igualmente lo son las plantaciones que adhieren permanentemente al suelo por sus raíces, los utensilios de labranza, los animales destinados al cultivo y beneficio de la finca, etc. (Artículos 656 y 657, Código Civil). Por tanto, la enajenación de esos bienes debe hacerse por escritura pública registrada.

3. Siendo en la compraventa la causa de la obligación del vendedor la adquisición del precio de la cosa vendida, y para el comprador la adquisición de ésta, si no hubo venta, si ésta es nula, las cosas deben volver a su estado anterior, no por razón del fenómeno de la resolución que sólo puede predicarse del contrato, sino por obra de la ausencia de causa para dar o recibir.

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

(Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola).

Por escritura pública del 30 de enero del año de 1939 de la Notaría de Mocoa, capital de la Comisaría Especial del Putumayo, Manuel María Moreno cedió a título de compraventa a Josefa Morales v. de López "el derecho de dominio que tiene sobre el lote de terreno denominado *Tarucayaco* ubicado en este Distrito Judicial, sobre la margen derecha del río Mocoa, y demarcado por estos linderos: por el Oriente, con terrenos del mismo vendedor y los de Juvenal Nupan, quebrada de por medio; por el Norte, con terreno de José Córdoba, quebrada al medio; por el Occidente, con los de Santiago López, mojones conocidos al medio; y por el Sur, con los de Santiago López, Juvenal Nupan, hasta encontrar el río Mocoa."

Este instrumento no pasó para su inscripción en los libros del Registrador de aquel Circuito pero el vendedor puso a la compradora en posesión material de lo vendido reiterándole la entrega que habíale hecho para la fecha del contrato de todas las mejoras allí impuestas consistentes en plataneras, potreros, cercados, etc., etc.

Días después, con fecha 21 de mayo del mismo año, el mismo Manuel María Moreno, por documento privado dijo vender el mismo lote con todas sus mejoras a Tobías Ortiz L., a quien, según el documento, hizo también entrega del objeto del contrato; el precio de esta venta fue el de setecientos pesos de los cuales recibió el vendedor un primer contado de quinientos en la fecha convenida para el pago de este abono.

Como sucediera que el inmueble de estas presuntas transferencias formaba parte de las reservas nacionales por ser tierra baldía, la primitiva compradora viuda de Morales, fundándose en la posesión que le transmitió su tradente y en la suya propia, solicitó de las autoridades competentes la adjudicación del expresado lote baldío, y a efecto, presentó ante la Comisaría del lugar la documentación correspondiente alegando su condición de poseedora como colona cultivadora de las mejoras allí impuestas y comprendidas dentro del lote denunciado; esta solicitud fue resuelta favorablemente por la Comisaría en resolución confirmada por el Ministerio de la Economía Nacional y registrada luégo en la oficina pertinente de Mocoa. Consolidó así la señora viuda de Morales el título que informalmente le hiciera Manuel María Moreno.

Tramitadas judicialmente las controversias suscitadas entre Ortiz y la señora de Morales referentes a la propiedad del lote que ambos creyeron haber adquirido de Moreno, y solu-

cionadas a favor de la última, Ortiz, en demanda al Juzgado 1º Civil del Circuito de Pasto optó por demandar por medio de apoderado al expresado Manuel María Moreno, para que en juicio ordinario, con su citación y audiencia en la sentencia definitiva, se hicieran estas declaraciones:

"a) Que está resuelto y sin ningún valor legal, el contrato de compraventa del terreno *Tarucayaco,* ubicado en el Municipio de Mocoa, cuyos linderos figuran en el punto primero de los hechos fundamentales de esta demanda, celebrado entre Manuel Moreno y Tobías Ortiz López, en virtud de haber vendido Moreno una cosa que no existía o no le pertenecía al tiempo del contrato y cuya tradición legal era imposible, siendo de advertir que la resolución solicitada, es propiamente sobre el derecho que de colono o cultivador tenía Moreno, respecto del terreno *Tarucayaco.*

"b) Que está obligado el demandado Manuel Moreno a devolver al señor Tobías Ortiz López, tres días después de ejecutoriada la sentencia, la suma de quinientos pesos ($ 500:00) que recibió como pago del terreno *Tarucayaco,* o del derecho de cultivador o colono, con los intereses respectivos al 6% desde el 21 de mayo de 1939 hasta el día de la devolución de ese dinero;

"c) Que está obligado Moreno a pagar a Ortiz López, los gastos de esta acción por ser temeraria su actitud o procedimiento al vender al demandante cosa ajena."

Al descorrer el traslado de la demanda, se opuso el demandado a que se hicieran las declaraciones pedidas por el actor, y aceptando parte de los hechos y negando otros opuso a la acción las excepciones perentorias que denominó "carencia de derecho para demandar", "improcedencia de la demanda" y "petición antes de tiempo o de un modo indebido".

En escrito separado y reiterando su oposición, presentó demanda de reconvención contra su demandante en solicitud de estas declaraciones que con su audiencia debían calificarse en la sentencia: que es perfecto el contrato celebrado con Tobías Ortiz y de que da cuenta el documento privado de 21 de mayo de 1939; que el contrademandado está obligado a cumplir con la obligación de pagar el saldo valor del precio del contrato; que debe pagar los perjuicios resultantes de no haberle pagado la totalidad del precio, y las costas judiciales.

Subsidiariamente solicitó se resolviera que Ortiz está obligado a lo siguiente:

"1º A pagarme el valor respectivo en que se estimen los daños y perjuicios que me ha inferido por la entrega de las mejoras y del respectivo derecho de colonato que sobre el terreno de *Tarucayaco* ha efectuado a la señora Josefa Morales, después de haber estado Ortiz en posesión tranquila y pacífica por más de 18 años, sumados los tiempos de su posesión y la mía en dicho terreno, todo a justa tasación de peritos.

"2º Que está obligado a pagarme el valor de los perjuicios o indemnización respectiva por los daños materiales que me ha causado ya con la entrega delictual y culpable de tales mejoras y derecho de colonato a la indicada Morales; más la indemnización de perjuicios que me causa la defensa justa del pleito que me ha promovido Ortiz, y de los pasos y gastos que he efectuado y estoy efectuando para obtener que la Morales devuelva o restituya esos derechos de colonato y mejoras sobre tal terreno, perjuicios que deben ser regulados de manera pericial.

"3º Que el demandado Ortiz está obligado a pagarme el valor de los perjuicios a justa tasación de peritos, por los daños morales que me ha inferido con la inculpación gratuita que me ha hecho tanto en la demanda del embargo preventivo como en la demanda que me promueve Ortiz, y la ofensa que me irroga atribuyéndome el carácter de persona insolvente, y deudora del citado, y en mala condición de negocios, y más el valor de los perjuicios que provienen del temerario embargo preventivo.

"4º Que está obligado a pagarme los gastos de la presente litis y los correspondientes honorarios del abogado regulados de conformidad a la ley."

Explica el contrademandante los hechos sustentantes de la acción afirmando que Ortiz tenía la protección de las leyes para conservar la posesión que le transmitió; que al trabarse en controversia con la Morales ha debido denunciarle el pleito para así definir legalmente quién debía ser el verdadero poseedor del terreno vendido a ambos. El actor se opuso a las pretensiones del contrademandante y opuso a la acción las excepciones de "cobro de lo no debido", "carencia de acción", "improcedencia de la misma".

Trabada así la litis doble y seguida por los trámites adecuados, le puso fin el Juzgado del Circuito de Pasto a la primera instancia con su sentencia del 26 de agosto de 1941, absolviendo a las partes de los cargos de las dos demandas, previa declaración de estar probadas las excepciones opuestas por uno y otro litigante.

Sentencia acusada.

El oportuno recurso de apelación que contra esta sentencia interpusieron ambas partes llevó el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, donde se tramitó y decidió el segundo grado del juicio en sentencia de 1º de junio de 1942, fallando el pleito así:

"*Revócase* en todas sus partes la sentencia de que se hizo mérito, y, en su lugar, decrétase lo siguiente:

"Queda resuelto y sin ningún valor el contrato de compraventa contenido en el documento privado de 21 de mayo de 1939, celebrado entre los señores Manuel M. Moreno y Tobías Ortiz López, en la población de Mocoa, sobre venta de las mejoras del terreno *Tarucayaco;* el señor Manuel M. Moreno devolverá al señor Tobías Ortiz López, tres días después de ejecutoriada esta sentencia, la suma de quinientos ($ 500.00) pesos, con los intereses respectivos al 6% desde el 21 de mayo de 1939 hasta el día de la devolución de este dinero;

"Absuélvese al señor Tobías Ortiz López de todos los cargos que se le dedujeron en la demanda de reconvención, propuesta por el señor Manuel M. Moreno; por último, Moreno pagará a Ortiz las costas del presente juicio, en ambas instancias.

"Se estiman en $ 30.00 las agencias en derecho en esta instancia. La Secretaría tasará las de su incumbencia."

Con el objeto de motivar su sentencia, la Sala de Decisión del Tribunal estudia las obligaciones que considera se desprenden para las partes del contrato que se hizo constar en el documento acompañado a la demanda como base fundamental de la acción, y de este análisis concluye que "aunque el documento celebrado entre Manuel Moreno y Tobías Ortiz L. el 21 de mayo de 1939 se refiere a la venta real y enajenación perpetua de un lote de terreno en el cual se hallan *establecidas mejoras,* como son potreros, plataneras y rastrojos tiernos, hay que interpretar este contrato no como contentivo de la compraventa de un inmueble, sino únicamente de las mejoras existentes en él, conforme es costumbre entre colonos, quienes antes de la adjudicación correspondiente no son dueños sino de las mejoras que hay en el terreno por ellos cultivado.

"Considerando el asunto por este aspecto, resalta la necesidad de atender las súplicas contenidas en la demanda principal, una vez que se halla demostrado plenamente que el señor Moreno, cuando vendió las mejoras del terreno *Tarucayaco* al señor Ortiz L., éstas ya no existían como de propiedad del vendedor, puesto que con anterioridad las había vendido a otra persona —la señora Josefa Morales v. de López— quien, como ya se hizo notar, adquirió para sí la adjudicación definitiva del inmueble de que se trata.

"Como ocurre que Moreno cuando celebró el contrato con Ortiz López se había ya desprendido del dominio de las mejoras, es procedente la declaratoria de resolución solicitada en el libelo de la demanda principal, por falta de cumplimiento; y como una consecuencia de lo anterior, deben hacerse las demás declaraciones pedidas por el abogado señor Dulce, pues es lo legal, justo y equitativo en este caso que el señor Moreno devuelva al señor Ortiz López la suma de quinientos ($ 500.00) pesos recibidos en fuerza del contrato aludido, más los intereses corridos desde el 21 de mayo de 1939 hasta el día de la devolución del dinero y en estos intereses quedan comprendidos los perjuicios sufridos por el demandante, sin que haya lugar a condenar al demandado por el mismo concepto, como se pide en el libelo, y de acuerdo con la tasación pericial.

"Habiendo llegado el Tribunal a las conclusiones expuestas, lógicamente deben desecharse las súplicas de la demanda de reconvención, ya que ellas entrañan las cuestiones contrarias a las decisiones enunciadas por el Tribunal."

Esta es la fundamentación del fallo definitivo de la segunda instancia que ambas partes acusan en el recurso de casación que oportunamente interpusieron ante el Tribunal. Decide hoy la Corte agotado como se halla el trámite correspondiente.

El recurso.

Lo interpusieron las dos partes litigantes. La actora, por haberse negado el pago de perjuicios que dice causóle el demandado voluntaria y culpablemente por haberle vendido una cosa ajena que no podía entregar, siendo que peritos nombrados en el juicio depusieron en forma considerada definitiva en el proceso. Pide en síntesis este recurrente, "se reforme la sentencia en el sentido de condenar a Manuel María Moreno al pago de los perjuicios consiguientes a la resolución del contrato en la cuantía fijada por los peritos".

La parte demandada elevó recurso por no haber declarado el Tribunal probadas las excepciones perentorias que propuso al contestar la demanda y no haber accedido a las súplicas de la reconvención, enderezadas a obtener la declaración de que el contrato del documento es perfecto, con la consecuencia de que debe obligarse al comprador del inmueble a pagar la parte del precio que quedó debiendo.

Las partes no dieron réplicas a las demandas traídas a la Corte.

Recurso del actor.

No funda directa o expresamente el recurrente demandante su demanda de casación en ninguna de las causales de la ley; reduce su alegato a solicitar se reponga la sentencia en el sentido de condenar al demandado al pago de perjuicios, no en la forma en que lo declara la sentencia, pago de intereses de la suma recibida

como parte del precio y que se ordena devolver, sino al pago de la cantidad que los peritos consideran que es o debe ser el valor de la indemnización. Y alega en fundamento de ese pedimento las disposiciones de los artículos 1605 y 1613 del Código Civil.

Considera la Corte:

Cuando se acusa en casación una sentencia por error de hecho en la apreciación de las pruebas, ya por haberse estudiado con evidente error, o por no haberlas considerado en absoluto, se entiende, interpretando la demanda, que se alega la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial; y así lo aprecia la Corte en este fallo; pero invariablemente ha establecido la Sala, que es indispensable que el recurrente designe la prueba olvidada o no tenida en cuenta respecto de la cual exista el error, indique el concepto en que fue mal estimada y precise el modo como ha debido reconocerse o estimarse.

Señala el recurrente como prueba no tenida en cuenta, el dictamen pericial dado por los peritos que estimaron los perjuicios que considera el actor le causó su contraparte por no haberle entregado el inmueble materia de la compraventa, convención que considera perfeccionada por el simple documento privado mencionado y cuya resolución por incumplimiento solicitó en las instancias y le fue concedida en la sentencia. Párte el recurrente de la base de que se perfeccionó legalmente el contrato, de que la resolución estuvo bien decretada, de que consecuencialmente procedía la condena al pago de perjuicios; pero es lo cierto, que el contrato no se perfeccionó, que no procedía la orden de resolución en razón simple de que esta figura sólo puede predicarse de los contratos perfectos, no de las estipulaciones o convenios que no hayan tenido existencia jurídica o la realidad contractual indicada por la ley.

La venta de los bienes raíces no se reputa perfecta ante la ley mientras no se haya otorgado escritura pública, enseña el artículo 1857 del Código Civil; y el objeto de la venta rezada en el documento era un lote de tierra con sus mejoras, uno y otras inmuebles por mandato de lo dispuesto en el artículo 656 del Código Civil.

Luego si la sentencia dijo resolver el contrato de compraventa del inmueble en cuestión, falló baldíamente, nada resolvió; porque el contrato no se había perfeccionado; y siendo así, es indiferente que haya habido o nó condena de perjuicios y que se haya dejado de tener en cuenta el dictamen pericial.

Pero se alega, con los mismos argumentos de la sentencia acusada, que como las mejoras impuestas por colonos en tierras baldías de la Nación son bienes muebles, las de autos quedaron bien vendidas por documento privado, como que sólo ellas fueron la materia de la venta.

Fuéra de que el documento es claro, es errónea la interpretación anotada. El vendedor dijo que vendía un lote de terreno y las mejoras allí implantadas, bienes inmuebles estas últimas, como tuvo esta Sala ocasión de precisarlo en sentencia de casación de fecha 9 de octubre de 1941, según referencias que se transcriben:

"De acuerdo con el artículo 656 del Código Civil las mejoras o aberturas hechas por colonos en tierras baldías de la Nación son inmuebles o fincas que no pueden transportarse de un lugar a otro y por consiguiente están dentro de la clasificación que hace ese artículo. Los edificios que construyen los colonos en sus mejoras destinadas a casas de habitación u otros menesteres domésticos, para el desarrollo y beneficio de las mejoras, como establos, bebederos, silos, etc., etc., son también bienes raíces o inmuebles (artículo 656). Los pastos y sementeras permanentes como el café, el plátano, la caña, que se siembran para ser disfrutadas indefinidamente, han de reputarse igualmente bienes inmuebles, de acuerdo con el artículo 657 del Código Civil. De suerte que el terreno, los edificios, las plantas que adhieren permanentemente al suelo por sus raíces, los utensilios de labranza, los animales destinados al cultivo y beneficio de la finca, que es lo que constituye la mejora, son bienes que caen bajo denominación y clasificación de bienes raíces de que habla nuestro Código Civil. El colono no derriba la montaña, no edifica su casa, no siembra sus sementeras con ánimo de abandonarlas a la primera cosecha, sino con el fin primordial de radicarse allí definitivamente, haciendo de esas mejoras y de esas plantaciones una cosa permanente de la cual derive la subsistencia para él y para los suyos, y que le reditúen un beneficio proporcional al trabajo y dinero allí invertidos, es decir, finca en la estabilidad de esas mejoras su porvenir y el de los suyos." *(Gaceta Judicial* número 1982. Casación, LII, número 1979, octubre 9 de 1941).

Consecuencia de las anotaciones anteriores, es la de que no prospera el cargo que ha venido estudiándose y es el único de este recurrente. Por lo demás, la sentencia del Tribunal ha de casarse por las razones que se verán al estudiar los cargos que en su escrito hace el demandado recurrente a todo el fallo.

Recurso del demandado.

Se invoca para fundamentar el recurso la primera de las causales legales de casación que enumera el artículo 520 del Código Judicial, y se formulan contra la sentencia los dos cargos que a continuación se compendian y estudian en el orden lógico que corresponde.

a—La sentencia viola de manera directa los artículo 1857, 756, 2577 y 2673 del Código Civil en razón de que el sentenciador admite en su fallo que el contrato relativo a inmuebles se perfecciona y prueba por documento privado, siendo que para tal fin precisa la escritura pública debidamente registrada; en fuerza de esta apreciación —dice— incurrió el Tribunal en error de derecho al apreciar el documento base de la acción como demostrativo de una venta, y esto fue lo que lo llevó a proferir la resolución del contrato sin haberse demostrado su existencia.

b—Si como lo estima el Tribunal, realmente la venta de mejoras impuestas por colonos en baldíos de la Nación pueden venderse por instrumento privado, como en el documento consta que el comprador entró en posesión del inmueble referido, esto prueba que el vendedor cumplió con la obligación de hacerle al demandante tradición del objeto de la venta; y como ese hecho no lo reconoce la sentencia, se interpretó mal el artículo 1873 del Código Civil que dice, que si alguien vende separadamente una misma cosa a dos personas el comprador que haya entrado en posesión de la cosa será preferido al otro, por lo que el demandante, agrega, es el único responsable de haberse dejado quitar la posesión de la otra compradora del lote.

c—Viola la sentencia el artículo 1546 del Código Civil, toda vez que si en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en favor del contratante que haya cumplido sus obligaciones, sucede, que como el demandante no pagó el precio completo del valor del lote no tenía la acción de resolución demandada, por lo que el Tribunal, al concederla, consecuencialmente quebrantó la expresada disposición.

Finalmente, todas las observaciones que fundamentan los motivos o cargos ya indicados y que hace a la sentencia del Tribunal, los repite este recurrente en capítulo aparte para hacer notar que las peticiones de su contrademanda han debido despacharse favorablemente; y compendia su pedimento así: el documento de 21 de mayo que contiene el contrato de compraventa, se reputa perfecto ante la ley por tratarse de acto de compraventa de mejoras cumpliendo el artículo 1857 del Código Civil, que dice, que la venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio; por tanto, la sentencia ha debido despachar favorablemente estas mis peticiones: que el contrato debe declararse perfecto, que debe condenarse al comprador a pagar el saldo del precio, los perjuicios por su incumplimiento, los que resultaren por haberse dejado quitar la posesión, y las costas del juicio.

Sea lo primero anotar que los cargos son en sí mismos contradictorios, toda vez que en el primero se ataca la sentencia afirmando que el Tribunal incurrió en grave equivocación al considerar que la venta de inmuebles, trátese de mejoras impuestas en el suelo y adheridas a él, puede perfeccionarse o se perfecciona con el otorgamiento de un simple documento privado; y luégo, para fundamentar los cargos últimos, apela a la tesis del Tribunal, la misma que rechaza y agravia en el primer aparte o paso de su demanda, cuando anota que los inmuebles sólo pueden transferirse en venta mediante la correspondiente escritura pública otorgada ante el Notario. De consecuencia, si el primer cargo procede, se hace inútil el estudio de los restantes y habrá que casar el fallo para resolver si se revoca o confirma la de primera instancia y en su caso dictar la que deba reemplazar las infirmadas.

Claramente establecido, como que ha quedado repetido más de una vez, es el hecho de que Ortiz y Moreno no se ligaron contractualmente en contrato de compraventa mediante la estipulación del documento traído a los autos, porque allí pactaron la enajenación de un inmueble para cuya validez se hacía necesario el otorgamiento de la correspondiente escritura pública. Y siendo así, no habiéndose perfeccionado el expresado contrato, ninguna de las partes tiene acción para reclamar, ni la resolución de que habla la demanda, ni el cumplimiento que solicita el demandante en su escrito de reconvención. Mal puede, como lo dice el señor Juez de la primera instancia "el supuesto comprador pedir la resolución de una compraventa inexistente, y mal puede el vendedor también supuesto, exigir el cumplimiento de estipulaciones sin valor."

Es patente la violación o quebrantamiento que hace la sentencia de los artículos 1857 del Código Civil que enseña cómo se perfecciona el contrato de venta de bienes raíces; la del artículo 2577 que establece que los contratos sobre mutación del dominio de la propiedad inmueble deben hacerse por escritura pública; del 2673, sobre las formalidades que debe tener un instrumento de los sujetos al registro para que judicialmente sean admitidos como prueba; y el de muchas otras, que no se anotan por no haber sido señaladas como infringidas en la demanda de este recurso.

Es, pues, recibible el cargo que se estudia, y la sentencia debe por lo tanto ser casada, sin que sea necesario el estudio de los otros cargos en razón o efecto de lo dispuesto en el artículo 538 del Código Judicial.

Sentencia de instancia.

Para dictar la sentencia de instancia, que corresponde a la Corte proferir, se considera: No

se pronunció el fallador de primer grado en favor de la resolución pedida en la demanda, y al hacerlo, atemperó su decisión a las disposiciones legales comentadas brevemente en los anteriores apartes de este fallo. La decisión del señor Juez es jurídica, y ha de aceptarse por la Corte en este particular, como ya se dijo y precisó al hacer el estudio de los cargos.

Pero resulta, que niega la petición encaminada a obtener que el demandado devuelva o reintegre el dinero que recibió del demandante como parte de un precio que no correspondió a ninguna realidad o relación jurídica preexistente y sanamente establecida, ya que fue recibido en pago de un contrato absolutamente nulo (artículo 1741 del Código Civil). De lo que se deduce, que esa suma de dinero está en poder del supuesto vendedor sin causa justa, sin motivo contractual explicable; y siendo así, debe restablecerse el equilibrio jurídico roto a consecuencia de los efectos de la estipulación baldía, para hacer regresar al dueño la parte de su patrimonio que pasó a poder de otra persona sin causa vinculada a una obligación cierta que pudiera justificar esa conducta, con violación directa o expresa de lo dispuesto por el artículo 1524 del Código Civil que enseña, que no puede haber obligación sin causa real o lícita que la justifique. Y la causa ostensible y cierta que alega el demandado para retener el dinero que le reclama el demandante no justifica en modo alguno semejante pretensión. Ya dijo la Corte, "que la obligación sin causa o con causa injusta o nula no produce efecto alguno; el que pretenda que una obligación existe en su provecho, debe por consiguiente probar que esa obligación tiene una causa".

Ahora bien: siendo en la compraventa, la causa de la obligación en el vendedor, la adquisición del precio de la cosa vendida, y para el comprador, la adquisición de ésta, si no hubo venta, si ésta es nula, las cosas deben volver a su estado anterior, no en función del fenómeno resolución que sólo puede predicarse del contrato, sino por obra de la ausencia de causa para dar o recibir.

Debe pues completarse la sentencia del Juez de la primera instancia en el sentido de hacer efectiva la devolución del dinero que el demandado recibió en concepto de un supuesto precio.

Volviendo a las peticiones de la demanda se tiene: no puede concederse lo pertinente a la declaración de resolución, porque los autos no dan cuenta de la existencia de contrato válido y sobre el cual pueda recaer esta determinación legal. Mas como el demandante también pidió, que se declarara sin valor legal el contrato del documento por ser éste inexistente, la motivación de toda esta providencia impone la declaratoria de la súplica propuesta, tanto más cuanto de todo el articulado de la demanda, se desprende, que lo que se propone el demandante es que el demandado le devuelva el dinero que le dio en pago de lo que creyó comprar cuando se otorgó el documento de los autos.

La devolución de los quinientos pesos de que habla la súplica 2ª de la demanda debe decretarse igualmente, ordenando su pago con los intereses legales computados a partir del día en que Moreno los recibió de Ortiz, ya que tratándose del pago de devolución de una suma de dinero, los perjuicios se traducen en pago de intereses.

Las peticiones de la demanda de reconvención quedan implícitamente resueltas en forma negativa con las declaraciones positivas recaídas a los pedimentos de la demanda principal.

En razón 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, *casa* la sentencia materia del recurso dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Pasto, de fecha primero de junio de mil novecientos cuarenta y dos, y *revocando* la de primera instancia, *falla* el pleito así:

1º Declárase sin valor legal ninguno el contrato contenido en el documento privado de fecha 21 de mayo de 1939 y suscrito en la población de Mocoa de la Comisaría del Putumayo, en el cual los señores Manuel María Moreno y Tobías Ortiz L. hicieron constar la compraventa del inmueble allí delimitado.

2º Condénase al mismo Manuel María Moreno a devolver al demandante Tobías Ortiz L., tres días después de la notificación del auto de *obedézcase* y *cúmplase* que debe dictar el señor Juez del conocimiento, la suma de quinientos pesos moneda legal, junto con los intereses legales de esta suma y computados a partir del día 5 de julio de 1939, en que los recibió del demandante a cuenta del precio del contrato que se declara sin valor legal, hasta la fecha del pago.

3º Absuélvese al demandante Tobías Ortiz L. de los cargos que se le hacen en la demanda de reconvención; y al demandado Manuel María Moreno de los demás cargos de la demanda.

Las costas del juicio en ambas instancias son de cargo del demandado.

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

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

Acción de resolución de un contrato y de reivindicación.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Consta de la escritura pública número 426 de 17 de febrero de 1937, corrida ante el Notario 2º de Bogotá, que Carlos Alvarez Mantilla y Carmen Cubillos, vendieron a Florentino Rodríguez N. los siguientes bienes: Alvarez Mantilla "el derecho de dominio, posesión y propiedad que el exponente tiene sobre un lote de mejoras ubicadas en la fracción de 'Doña Juana', jurisdicción del Municipio de La Dorada, Departamento de Caldas, en terrenos pertenecientes a la hacienda de 'El Japón', antes 'Arado y Conejo', y por los linderos determinados en la cláusula respectiva de la escritura".

Carmen Cubillos "el derecho de dominio y propiedad que la exponente tiene sobre una extensión de terreno ubicado en jurisdicción del Municipio de La Dorada, Departamento de Caldas, que hace parte integrante de los lotes conocidos con el nombre de 'Arado y Conejo' hoy hacienda de 'El Japón' y cuyos linderos generales se insertarón en la cláusula respectiva".

La venta fue hecha por la suma de $ 1.300 en conjunto para ambos bienes y así dijeron los vendedores: "Ambos comparecientes declaran, asimismo, que el precio de esta venta, en conjunto, mejoras y terreno o dominio, es por la cantidad de mil trescientos pesos moneda corriente que declaran tener recibidos a su entera satisfacción, del comprador señor Rodríguez N.". Este obró en ese acto representado por Gregorio Lamprea V. en virtud de poder que se insertó en la respectiva escritura, la cual se halla debidamente registrada y en copia corre a los folios 11 a 14 del cuaderno número 2.

Los vendedores Alvarez Mantilla y la señora Cubillos demandaron a Gregorio Lamprea, y a la sociedad conyugal ilíquida formada por Florentino Rodríguez N. e Isabel Cardoso de Rodríguez representada por el cónyuge sobreviviente, el expresado Florentino y por los hijos habidos en el matrimonio de éste con doña Isabel Cardoso, para que se declare resuelto el contrato de que da cuenta la escritura 426 de 17 de febrero de 1937 ya citada y para que se condene a los demandados, pero en especial a la sociedad conyugal ilíquida mencionada a entregar a los demandantes el derecho proindiviso a que aquélla se refiere, junto con las mejoras existentes en la fecha en que se otorgó la escritura y el valor del usufructo de esas mejoras desde la fecha del contrato hasta la entrega del inmueble. Demandaron además la condenación en perjuicios.

La sentencia de primer grado pronunciada por el Juez 1º del Circuito en lo Civil de Bogotá, el día 24 de mayo de 1940, fue desfavorable totalmente a los demandantes por cuanto el Juez declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de personería sustantiva en lo que se refiere a la sociedad conyugal ilíquida mencionada. Por esto los actores apelaron de tal sentencia la cual fue revocada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo de 22 de agosto de 1942, en el cual previa revocación de la de primer grado se decretaron las peticiones de la demanda, resolución del contrato, restitución del inmueble y de las mejoras y se negó la condenación sobre perjuicios. Fue absuelto el demandado Gregorio Lamprea V. de los cargos de la demanda.

El apoderado de Florentino Rodríguez N. interpuso recurso de casación, el que concedido y tramitado pasa hoy a decidirse.

Los hechos fundamentales de la demanda son éstos: Que no obstante aparecer en la escritura 426 un contrato de venta, lo que se celebró en realidad fue un contrato de permuta, en virtud del cual los que aparecen como vendedores, o sean los demandantes, permutaban el inmueble con sus mejoras determinadas en dicha escritura, por el derecho proindiviso que el demandado comprador tiene en la casa números 74 S. y 78 S. de la carrera 9ª de esta ciudad de Bogotá, derecho equivalente a la mitad de dicha casa. Que no obstante que los demandantes cumplieron con su obligación otorgando la escritura 426 y haciéndole al demandado la tradición material e inscrita de lo permutado, éste no ha cumplido con la obligación de transferirles el dominio que tiene en la casa de Bogotá ya mencionada, así como tampoco les pagó ni les ha pagado los $ 1.300 que como precio del contrato aparecen estipulados en la escritura.

El demandado tanto en la contestación de la demanda como en las primeras posiciones que

absolvió, confesó ser cierto que lo que se pactó fue el contrato de permuta a que se refieren los demandantes; confesó asimismo que no ha hecho tradición de la mitad del dominio que tiene en la casa de Bogotá, pero afirma que tal omisión se debe a culpa de los demandantes quienes no se han allanado a recibir la respectiva escritura; también accede a que no existió el precio estipulado en la forma en que lo está, porque dice "el precio del verdadero contrato, permutación, era la prestación de la escritura por parte de Rodríguez N., para lo cual éste siempre, y hasta con urgencia, ha demandado a sus contratantes para que se allanen a recibirla". El demandado no obstante su aquiescencia a los hechos fundamentales de la demanda se opuso a que se hicieran las declaraciones impetradas.

La sentencia recurrida.

Sobre la base del asentimiento y confesión de la parte demandada respecto de los hechos fundamentales que dan base a la acción, teniendo además en cuenta las cartas cruzadas entre las partes, que corroboran lo aseverado en la demanda y lo confesado por el demandado y tras un prolijo estudio de todo el acervo probatorio aducido por las partes y dando aplicación a los artículos 1546, 1602, numeral 8º del artículo 1625, 1544 y 1545 del Código Civil, el Tribunal decretó la resolución solicitada en la demanda, con la consiguiente restitución del inmueble y de sus frutos.

El recurso.

De conformidad con el artículo 537 del Código Judicial la Corte pasa a examinar por orden lógico las causales aducidas y empieza por la segunda en la que se acusa la sentencia por violación de los artículos 1501, 1602 y 15 del Código Civil por haberlos dejado de aplicar al caso del pleito.

Se funda esta acusación en que según afirma el recurrente, se acordó que en el contrato de permuta, que es lo que realmente contiene el pacto de que da cuenta la escritura 426, se convino que la escritura de los derechos que debía transferir Rodríguez a los demandantes, derechos radicados en la casa de Bogotá, se extendería en La Dorada aceptándola Luis F. Lamprea, por poder que le otorgarían los demandantes, quienes afirma el recurrente no cumplieron con esta estipulación o condición.

Se observa: En primer lugar, como lo sostiene el Tribunal, esa condición no aparece pactada en la escritura 426 ni estipulada en ninguna otra forma. En segundo témino se observa que está establecido con un número plural de testigos, que son Julio Polanco, Antonio Espinosa y Bruno López que en la noche del 15 de abril de 1938 estuvieron en La Dorada, en el "Café Victoria" Carlos Alvarez Mantilla y Carmen Cubillos con el fin de que Rodríguez les otorgara la escritura de la casa números 74 S. y 78 S. de la carrera 9ª de Bogotá; que Rodríguez se disculpó con Luis F. Lamprea, y que en definitiva no les otorgó la escritura pues se puso a beber licor y a jugar billar hasta horas avanzadas, las dos o tres de la mañana. Luego partiendo de la base de que se hubiera estipulado que la escritura la había de otorgar Rodríguez a los demandantes en La Dorada, se acredita que éstos fueron a esa población con el fin indicado y no obtuvieron tal otorgamiento. Aun aceptando que la escritura la hubiera de aceptar Lamprea, tampoco cumplió con esa obligación Rodríguez, pues existe una carta en los autos de autorización a Lamprea para tal objeto y con todo Rodríguez no otorgó la escritura.

No hubo ninguna renuencia de parte de los demandantes para que Rodríguez pudiera cumplir con su obligación, otorgándole la escritura y como lo observa el Tribunal, Rodríguez ha podido, caso de renuencia de los demandantes, acudir a la vía judicial, para el cumplimiento de su obligación, si era que estaba dispuesto a cumplirla. Se rechaza pues el cargo.

El tercer cargo consiste en violación de los artículos 1604 y 53 del Código Civil por errónea interpretación y se basa en el hecho ya relacionado en el cargo anterior o sea que la condición del contrato de permuta era la de que los demandantes debían ir al domicilio del demandado a La Dorada para recibir la escritura. Que respecto de esta prestación Rodríguez era un verdadero deudor; que en éste no ha habido negligencia y por consiguiente su retardo no es culpable.

Se observa: La obligación de Rodríguez, otorgar la escritura de la casa de Bogotá, a los demandantes, era la contraprestación de la obligación que éstos cumplieron desde el primer momento, traspasarle, como le traspasaron, el dominio y posesión del predio de La Dorada con sus mejoras. El contrato de permuta no era útil únicamente para los actores sino para el demandado, y en realidad éste, hasta el presente ha sido el único favorecido con tal pacto, pues al paso que los demandantes cumplieron con su obligación, el demandado no ha cumplido con ella. La obligación de Rodríguez era la de otorgar a los demandantes la escritura de venta de su derecho en la casa de Bogotá, inmediatamente que éstos le traspasaron el dominio del predio de La Dorada y desde ese momento, en que hubo omisión, o mejor incumplimiento, por Rodríguez, hubo mora en el cumplimiento de su obligación.

Pero suponiendo que existiera la condición de que ya se ha hecho mérito, se vio que no obs-

tante que mucho después de firmada la escritura 426, fueron los demandantes a La Dorada a que Rodríguez les otorgara la que le correspondía y no lo hizo y también se vio que los demandantes apoderaron a Lamprea para que recibiera la escritura y tampoco se allanó a ello.

Está en mora pues el demandado, no obstante las protestas de su apoderado de que está dispuesto a otorgar la escritura, lo cual no hizo ni antes del juicio ni durante todo el curso de él. Esa mora, ese incumplimiento de Rodríguez acarrea la resolución del contrato y lo hace civilmente responsable de la infracción de tal pacto (artículos 1546 y 1608 del Código Civil). Por lo que acaba de expresarse, el tercer cargo no puede prosperar.

El cuarto cargo consiste en violación de los artículos 1545, 1932, 965, 964, 966 del Código Civil y 575 del Código Judicial por aplicación o interpretación indebida y error de hecho y de derecho.

Esta acusación se refiere a la condenación que hace la sentencia contra Rodríguez, para que como efecto de la resolución decretada, restituya también a los demandantes los frutos del inmueble de La Dorada desde la fecha del contrato hasta el día de la entrega. No objeta en realidad de verdad esta condenación el recurrente sino que dice que los demandantes han debido ser condenados a la restitución de los frutos de la mitad de la casa de Bogotá, la cual les entregó Rodríguez.

Mas este extremo no fue motivo ni de la demanda, ni del juicio, ni de él se ocupó el fallador de Bogotá, por estar fuera del debate. Es un medio nuevo en casación que no puede entrar a considerar la Corte. Si realmente Rodríguez entregó a los demandantes la mitad de la casa de Bogotá, le queda expedito su derecho para reclamarles en juicio distinto el valor de los frutos.

El quinto cargo es el de violación de los artículos 595 *in fine*, 601 y 698 del Código Judicial, por error de hecho y de derecho, "proviniendo, dice el recurrente, dicho error por indebida aplicación de interpretación de los preceptos enunciados".

El cargo así formulado debería rechazarse de plano, por pugnar contra la técnica de casación. No obstante lo estudia la Corte, considerando lo siguiente: El cargo va enderezado contra la apreciación legal que el Tribunal dio a los testimonios de los señores Espinosa, Polanco y López quienes declararon que los demandantes fueron a La Dorada a pedir a Rodríguez les otorgara la escritura. Los testigos coincidieron en las circunstancias de modo, tiempo y lugar y el Tribunal previo análisis dio a esa prueba el valor que le asigna el artículo 697 del Código Judicial no sin haber confrontado esos testimonios por los aducidos al respecto por la parte contraria, y procediendo de acuerdo con el artícul 702 de la misma obra. De ese análisis, de esa confrontación y teniendo en cuenta que los testigos Espinosa, Polanco y López fueron presenciales y los de la parte demandada no lo fueron, optó por los primeros. No se ve en esto error de derecho ni error manifiesto de hecho, porque no hay otras pruebas que contradiciendo la testimonial a que se viene haciendo referencia, la desvirtúe ni puede afirmarse que el fallador de Bogotá hubiera interpretado mal tales declaraciones. Pero vale la pena observar que sin esa prueba, sin la declaración de esos testigos, la resolución impetrada prosperaría porque es el mismo demandado el que convino desde la contestación de la demanda que no les ha otorgado la escritura de la casa de Bogotá a los demandantes. El Tribunal formó además su convicción sin que en la formación de ésta se descubra error, y en virtud de ella y aplicando las normas legales pertinentes, dio mérito probatorio de plena prueba a las declaraciones de la parte actora y esa convicción formada en esas circunstancias, no puede ser desvirtuada por la Corte.

El sexto cargo es el de violación de los artículos 2142 y 2149 del Código Civil y 607 del Judicial, por no aplicación de esas normas.

Parece que la intención del recurrente es la de sostener que Rodríguez ha debido otorgar la escritura de su derecho en la casa de Bogotá al señor Luis F. Lamprea. El recurrente se expresa así, que es necesario tener muy en cuenta para estudiar el último cargo: "A Luis F. Lamprea se le designó mandatario de los actores y para el efecto, de que aceptara para éstos la escritura de los derechos en la casa número 74/78 S. de la carrera 9ª de Bogotá. Esto se hizo en los antecedentes del contrato de permuta; y por la carta de 24 de septiembre de 1937 (fojas 4, cuaderno 3º) Alvarez le ratificó dicha designación". Efectivamente figura esa carta al folio ya citado en la cual los demandantes comunican o avisan a Florentino Rodríguez que le haga la escritura correspondiente del derecho al señor Daniel Olivera B. y que el señor Luis Lamprea la reciba en nombre de Olivera.

Esta carta firmada siete meses después del contrato de permuta tiene una explicación y es la siguiente: Los demandantes partiendo de la base de que el señor Rodríguez les transferiría el derecho de dominio de la casa en Bogotá, lo negociaron a su turno con el señor Olivera y firmaron con éste una promesa de contrato.

Si esa carta se considera como mandato, hay que concluir que el señor Rodríguez, para cumplir con su obligación debía otorgar la escritura en la forma dicha por los demandantes, mas no la otorgó ni a Olivera ni a los demandantes que

estuvieron después en La Dorada con ese objeto.

Luego no resultan violados los artículos que cita el recurrente en el cargo que se analiza, el cual por lo tanto se rechaza.

El primer cargo es el de violación del artículo 652 del Código Judicial y en consecuencia, dice el recurrente, de los artículos 11 y 10 del Código de Procedimiento Penal por dejarlos de aplicar. Al mismo tiempo que hace este cargo, pide el recurrente basado en los dos últimos artículos que acaban de citarse que se decrete la suspensión del juicio mientras se investiga el delito de adulteración que figura al folio 4º del cuaderno 3º del expediente, "alteración, dice, que consiste o versa sobre el hecho de aparecer el nombre o firma de Carmen Cubillos R., como puesto posteriormente a la fecha en que dicho documento fue extendido".

La carta mencionada, a la que se refiere la Corte en el cargo anterior, figura al folio 4º del cuaderno número 3, está suscrita por Carlos Alvarez M. y Carmen Cubillos R., fechada el 24 de septiembre de 1937, dirigida a Florentino Rodríguez a La Dorada, y en la que se le dice que le haga la escritura correspondiente a Daniel Olivera que será representado en ese acto por Luis Lamprea.

Podría rechazarse este cargo con la única consideración siguiente: El mismo recurrente en el cargo sexto parte de la base de que los actores dieron ese mandato y acepta la carta sin ningún reparo. Es pues contradictorio el cargo sexto.

Pero además existe lo siguiente: No se discute la autenticidad de la firma de Carmen Cubillos R., ni ésta la ha desconocido. Si dicha señora firmó la carta en el acto que la escribió Alvarez o después, eso no constituye ni irregularidad siquiera, ni menos un delito. Al recibirla Rodríguez, la carta iba con la firma de Mantilla y la Cubillos, y la firma de ésta es auténtica. No se trata pues de un documento alterado, enmendado, y en general falsificado. Siendo así las cosas no se ve cómo puedan incidir los artículos 10 y 11 del Código de Procedimiento Penal. No inciden, porque de la carta mencionada no aparece ninguna adulteración ni tampoco porque la Corte no encuentra en todo el proceso ni tiene conocimiento de ninguna infracción penal ni de ningún hecho que pueda considerarse como delito perseguible de oficio.

Se rechaza por lo tanto el cargo.

Finalmente la Corte observa: Se demandó la resolución del contrato de compraventa de que trata la escritura 426 citada y la sentencia se pronunció por ese extremo. Existe por lo tanto consonancia entre lo demandado y lo resuelto. Es cierto que las partes convienen en que en el contrato mencionado se trata de un pacto de permuta, pero también lo es que el demandado, convino en que no ha pagado el precio de la compraventa a que se refiere la convención de que trata la escritura 426. El Tribunal también contempló este extremo y ante esa confesión del demandado, decretó la resolución del contrato por incumplimiento de aquél.

Lo anterior bastaría por sí solo, para mantener en pie el fallo acusado, y si se consideraron los demás extremos, fue por vía de mero estudio. El extremo del no pago del precio no fue materia del recurso.

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.

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

Acción de disminución del precio de venta de una finca raíz por vicios redhibitorios en ella.

La comunidad de bienes no tiene una personalidad jurídica propia y distinta de la de cada uno de los condueños.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

El diez y seis de septiembre de mil novecientos treinta y nueve los cónyuges Inocencio P. Izquierdo y María Luisa Izquierdo de Izquierdo, mayores de edad y vecinos de Bogotá, dieron en venta real y efectiva a los doctores Gabriel Vergara Rey y Santiago Abadía, una finca raíz llamada "El Carmen" ubicada en jurisdicción del Municipio de Anolaima, con cabida de doscientas fanegadas, junto con la casa de habitación de madera y teja metálica y servidumbre de aguas, por la suma de veintidós mil pesos y por los linderos que aparecen en la respectiva escritura pública, número 2821 de la Notaría 4ª de Bogotá, que en copia registrada obra en este juicio.

El doce de septiembre de mil novecientos cuarenta, comparecieron ante el Juzgado Civil del Circuito de Bogotá los compradores, doctores Gabriel Vergara Rey y Santiago Abadía, demandando en juicio ordinario a los vendedores, señores Izquierdo, ya nombrados, para que con su citación y audiencia se declare que dicho contrato está afectado de vicio redhibitorio, consistente en que la casa de habitación de la precitada finca "El Carmen" fue habitada por la señorita Lucía Izquierdo Izquierdo, hija de los vendedores, y quien resultó enferma de lepra y falleció en el Leprocomio de Agua de Dios, por lo cual la casa está infectada y no puede ser ocupada por personas sanas.

Pidieron, en consecuencia, que se ordene la rebaja del precio de la compraventa del inmueble mencionado en cantidad de tres mil pesos en que estiman el valor de la casa inhabilitada y que se condene a los vendedores demandados al pago de los consiguientes perjuicios por no haber declarado el vicio oculto que tenía la casa vendida al tiempo de verificarse el contrato respectivo.

El Juzgado 7º Civil del Circuito de Bogotá, a donde correspondió este juicio, lo falló en primera instancia por medio de la sentencia fechada el ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, negando las declaraciones solicitadas en la demanda y absolviendo, en consecuencia, a la parte demandada.

La sentencia acusada.

Contra ese fallo de primer grado se alzaron ambas partes litigantes y correspondió fallar la segunda instancia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia de 24 de julio de 1942, por virtud de la cual se revocó la del Juez *a quo* y en su lugar se hicieron estas declaraciones:

Primera. Que el contrato de compraventa consignado en la escritura número 2821 de 1939, mediante la cual se vendió la finca denominada "El Carmen", se halla afectado de vicio redhibitorio consistente en haber sido habitada la casa de la referida finca por la señorita Lucía Izquierdo Izquierdo, hija de los vendedores, estando enferma de lepra;

Segunda. Como consecuencia de la anterior declaración, se decreta la rebaja proporcional del precio de la compraventa en la cantidad de tres mil pesos ($ 3.000.00), que se deducirán de la suma de veintidós mil pesos ($ 22.000.00) a que ascendió el precio de la compraventa;

Tercero. Condena a los demandados a devolver a los actores dicha cantidad, lo mismo que a pagar los perjuicios consiguientes por no haber declarado el vicio oculto que afectaba la casa.

Condena igualmente a los demandados en las costas del juicio y revoca en todas sus partes la sentencia apelada.

Se funda el Tribunal para hacer sus declaraciones condenatorias en que se ha demostrado debidamente en el proceso la existencia de las tres condiciones que deben reunir los vicios redhibitorios al tenor del artículo 1915 del Código Civil, esto es, haber existido al tiempo de la venta; ser tales que por ello la cosa vendida no sirva para su uso natural o sólo sirva imperfec-

tamente, de manera que se ha de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o lo hubiere hecho por menor precio; y, no haberlo manifestado el vendedor o ser tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos.

Considera el Tribunal que tales condiciones se hallan suficientemente demostradas con la propia confesión del demandado Inocencio Izquierdo, quien al ser interrogado en posiciones declaró que su nombrada hija Lucía había vivido en la casa vendida. Este mismo hecho viene también corroborado con los testimonios de los testigos Argüello y Venegas.

Por medio de un peritazgo practicado como prueba se dejó establecido que si la casa vendida fue ocupada por un enfermo de lepra, la infección de ella es indudable y no es posible conseguir una desinfección completa por los métodos que en la actualidad se emplean en la Oficina Municipal de Desinfecciones. En cuanto al tercer elemento, o sea que el vendedor no haya declarado el vicio y ser éste de tal naturaleza que los compradores hayan podido ignorarlo sin negligencia grave de su parte, estima el Tribunal que también aparece comprobado en este pleito porque no consta en parte alguna del proceso que el vendedor Izquierdo haya puesto en conocimiento de los compradores el vicio oculto que la casa tenía, y por la naturaleza de éste no es posible que los compradores lo advirtieran. De manera que para el fallador la acción redhibitoria debe prosperar porque aparecen cumplidos los requisitos que la ley exige para ello.

Recurso.

Interpuso recurso de casación la parte demandada e invoca como motivo el consagrado en el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial. De esta manera formula los cargos contra la sentencia del Tribunal:

Primero. Error de hecho en la apreciación del contrato que lo llevó a aplicar indebidamente el artículo 1849 del Código Civil, dejando de aplicar el 1850, en concordancia con los artículos 1955 a 1958 de la misma obra.

Argumenta el recurrente demandado que si el contrato deducido en juicio no es de compraventa sino de permuta, resulta evidente que no debió el Tribunal declarar el vicio redhibitorio sobre un contrato cuya naturaleza es otra y es indudable que una cosa es la compraventa y otra la permuta, como lo demuestran las disposiciones antes citadas del Código Civil. Por lo tanto, el Tribunal cometió error de hecho en la apreciación del contrato.

Segundo. Error de hecho en la apreciación de las pruebas, que llevó al Tribunal a aplicar indebidamente los artículos 722, 606 y 609 del Código Judicial y a deducir que estaba probada la acción de los demandantes, ya que si hubiera tenido cuidado de analizar la prueba habría llegado a la conclusión contraria.

Analiza el recurrente las pruebas en que funda el Tribunal su convicción, que son las declaraciones de Argüello, Reinaldo y Delfín Vanegas; el dictamen pericial rendido en el proceso; el certificado del Departamento de Lucha Antileprosa del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social; y las posiciones absueltas en el término probatorio de segunda instancia. Afirma el recurrente que de ninguno de estos elementos demostrativos surge la plena convicción de que la señorita Izquierdo hubiera en realidad habitado la casa vendida mientras padecía esa enfermedad, ni menos que el demandado Izquierdo hubiera confesado esa circunstancia.

Tercero. Violación del artículo 1915 del Código Civil, ya que si hubiera analizado tal precepto de acuerdo con las reglas de hermenéutica habría tenido que absolver a la parte demandada.

Argumenta el recurrente que el contrato sobre la finca en cuestión se otorgó a favor de los doctores Gabriel Vergara Rey, Santiago Abadía y de la señora Soledad Abadía de Vergara, como lo expresa claramente la escritura pública que contiene la referida convención. Como la señora Soledad Abadía de Vergara, a quien se le dio la propiedad en común de la finca, no es parte activa en este juicio, tampoco es posible pronunciar sentencia a cargo de los demandados y a favor de la contraparte incompleta. Resulta de lo dicho que el Tribunal no podía pronunciar la sentencia que dictó, porque dejaba pendiente la discusión del problema a un tercero a quien no le podía aprovechar ni perjudicar la sentencia, teniendo dicha señora el campo abierto para abrir nueva discusión contra los demandados, los que por esa circunstancia podrían verse obligados a pagar dos veces por una misma causa y por una misma prestación.

Quinto. Violación de modo indirecto y directo del artículo 1918 del Código Civil, al condenar a los demandados al pago de los perjuicios. Parte el Tribunal de los supuestos de que el señor Izquierdo tenía conocimiento de la enfermedad de su hija, no sólo en el momento de la celebración del contrato sino también desde 1932, y que la casa estaba en incapacidad de ser habitada por personas sanas. Sostiene el recurrente que Izquierdo no confesó que su hija estuviera enferma durante su permanencia en la casa de "El Carmen" y no pudo tener conocimiento de la enfermedad por propia percepción sino por dictamen médico que sólo fue expedido en el año de 1940. Luego no es posible atribuírle una culpa por ignorancia invencible.

Sexto. El Tribunal quebrantó de modo directo e indirecto el artículo 605 del Código Judicial. No es procedente deducir de la oferta de pago de quinientos pesos ($ 500.00) que la señorita Lucía ocupara la casa de la finca estando enferma de lepra, porque el señor Izquierdo no lo dijo en ninguna parte de su declaración; de donde se sigue que el Tribunal cometió error evidente en la apreciación de un hecho para deducir una consecuencia que no es inmediata y necesaria.

Pero aún suponiendo que Izquierdo hubiera confesado que la señorita Lucía estaba enferma de lepra y que había ocupado la casa en mención en ese estado, no puede hacerse extensiva esa confesión a la otra demandada señora María Luisa Izquierdo de Izquierdo, para condenarla al pago de los perjuicios.

Estudio de los cargos.

Considera la Sala de Casación:

1º No es fundado el primer reparo que se hace a la sentencia acusada, porque de la simple lectura de la escritura número 2821 de 1939 se deduce que el contrato celebrado fue de compraventa y no de permuta, como lo sostiene el recurrente. Al efecto, dispone el artículo 1850 del Código Civil que cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero y venta en el caso contrario. Consta en la cláusula cuarta del referido instrumento que el precio fue pagado así: diez mil pesos valor de la casa distinguida con el número 62-19 de la carrera 15 de esta ciudad; seis mil doscientos catorce pesos con veinticinco centavos ($ 6.214.25), monto del crédito hipotecario que pesa sobre "El Carmen", a favor del Banco Agrícola Hipotecario y que los compradores se obligan a pagar a dicho Banco, por asumir la deuda; y el saldo de cinco mil setecientos ochenta y cinco pesos con setenta y cinco centavos ($ 5.785.75), que paga de contado en la misma fecha de la operación.

De manera que la mayor parte del precio fue estipulado y cubierto en dinero, dado que el traspaso del crédito hipotecario a cargo de los compradores implica un pago en dinero, única forma de solucionarlo con la entidad acreedora, ya que la obligación asumida es por cantidad líquida. Y si esto es así, hay que concluir que el negocio celebrado es de compraventa y no de permuta.

Pero aun aceptándose que se estuviera en presencia de una permutación, también le serían aplicables al contrato las normas que regulan su rescisión o indemnización por vicios redhibitorios, puesto que el artículo 1958 del Código Civil ordena que las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de éste. Como cada permutante será considerado como vendedor del objeto que cambia, es evidente que si la cosa cambiada adolece de vicios que impidan su goce natural o que la desvaloricen notoriamente, debe responder por tales defectos como vendedor de la cosa cambiada e indemnizar al otro permutante, porque lejos de oponerse esa obligación a la naturaleza de la permuta guarda la más perfecta armonía con su esencia y origen.

No hubo error manifiesto de hecho en la apreciación del contrato celebrado, ni menos violación de los preceptos que regulan las convenciones de compraventa y de permuta. Se rechaza este cargo.

2º Si se analizan las pruebas en que fundó el Tribunal su convicción de que existía un vicio redhibitorio en la casa de la finca vendida, vicio consistente en que antes de realizarse la venta vivió en dicha casa en dos ocasiones la señorita Lucía Izquierdo Izquierdo, atacada del mal de lepra, se verá que no incurrió el sentenciador de segundo grado en errores manifiestos de hecho en la apreciación de tales elementos probatorios.

Al efecto, según el certificado del Subjefe del Departamento de Lucha Antileprosa el mal de lepra apareció en Lucía aproximadamente en el año de 1932. Los testigos Argüello, Reinaldo y Delfín Vanegas, quienes vivían y trabajaban en la finca vendida, declaran que la señorita Izquierdo había vivido en la mencionada casa en dos ocasiones, sin poder precisar las fechas respectivas. Y al ser interrogado en posiciones el demandado don Inocencio, declaró textualmente "que acepta la vivienda de su hija, no en los términos de este interrogatorio, sino en los muy claros y precisos de los testigos de los demandantes señores Daniel Argüello, Reinaldo y Delfín Vanegas".

De tales elementos probatorios dedujo el Tribunal que estaba suficientemente demostrado que la enferma vivió en dos ocasiones anteriores a la fecha del contrato en la casa vendida y no se alcanza a ver en qué pudo consistir el error manifiesto de hecho que se imputa al fallador de Bogotá. Bien es verdad que no se ha podido precisar la fecha en que viviera la señorita Lucía en la casa de "El Carmen", pero esa indeterminación no les resta valor comprobatorio a esos elementos, en términos de que fuera de rigor rectificar la valorización que les reconoció el sentenciador de segundo grado.

Argumenta el Tribunal, igualmente, que el demandado Izquierdo y su mujer no podían ig-

norar que su hija Lucía padecía de infección leprosa, puesto que vivían juntos y sus relaciones de familia los ponían en capacidad y hasta en la necesidad de conocer la existencia del mal. Si el demandado pretende que ignoraba la existencia del mal en su hija cuando habitó la casa, ha debido demostrar esa circunstancia exculpativa. Con el dictamen pericial se ha evidenciado que si la casa fue ocupada por un enfermo de lepra la infección de ella es evidente, sin que una desinfección científica pudiera asegurar que había desaparecido el peligro de contagio. De manera que la existencia del vicio redhibitorio viene demostrado en los autos en forma suficiente, por existir a su vez comprobados los tres requisitos que para el saneamiento y consiguiente indemnización exige el artículo 1915 del Código Civil.

Es pertinente agregar a lo dicho que fuera de la circunstancia anotada de las estrechas relaciones de familia entre la enferma y sus padres legítimos existen otras que contribuyen a evidenciar que el mal sí tenía existencia y ser conocido por los demandados desde mucho antes de celebrarse la compraventa, pues bien sabido es, por una parte, que la infección leprosa tiene siempre una larga gestación desde que se contrae hasta que se presenta con caracteres clínicos de evidencia; y por otra, nunca se recluye al afectado en un leprocomio sino después de un largo período durante el cual se hacen esfuerzos para dominar el mal. De todo lo cual se concluye que el Tribunal no incurrió en error manifiesto de hecho ni en error de derecho al darle valor probatorio al certificado expedido por el Subjefe del Departamento de Lucha Antileprosa, en el cual se dejó constancia de que la afección apareció en la señorita Lucía aproximadamente en el año de 1932. Se trata en este caso de presunciones o inferencias a las que otorga el valor demostrativo el artículo 662, en relación con el 664 del Código Judicial.

No es fundado el reparo que se presenta por este aspecto de la cuestión probatoria, y debe rechazarse.

3º El recurrente presenta su cuarto cargo en estos términos:

"Pues bien, en el juicio no figura como parte la señora Soledad Abadía de Vergara, a quien se le dio la propiedad en común de la finca de 'El Carmen'. Si, pues, esta señora no toma parte activa en el juicio, ¿cómo es posible pronunciar sentencia a cargo de mis mandantes y a favor de la contraparte incompleta?" Termina el recurrente sosteniendo que la citada señora tendría el campo abierto para abrir nuevamente la discusión contra los demandados Izquierdo y así podrían verse éstos obligados a pagar dos veces por una misma prestación.

Considera la Sala de Casación:

No se ajusta a la realidad que la señora Abadía de Vergara Rey sea compradora de la finca vendida. En la escritura número 2821 aparece que los únicos compradores fueron los actores en este juicio, Gabriel Vergara Rey y Santiago Abadía. Lo ocurrido fue que como dichos adquirentes entregaron, como parte del precio de la venta, la casa distinguida con el número 62-19, de la carrera 15 de esta ciudad, y esta propiedad fue a su vez adquirida durante la sociedad conyugal de don Gabriel con doña Soledad, se hizo necesario que como copropietaria del referido inmueble compareciera ante el Notario y expresara, como lo hizo, que en su condición de tál aceptaba en todas sus partes el contrato y el traspaso que se hacía, como parte del precio de venta, de los derechos que pudiera tener en la casa mencionada. De manera que, en el mejor de los casos, el señor Vergara Rey quedaba a deber la parte adquirida de la finca de "El Carmen" a la sociedad conyugal que tenía constituída con su mujer legítima lo que podía dar origen posteriormente a compensaciones en su liquidación; pero ésta no era adquirente en ninguna forma de la propiedad raíz antes indicada.

Pero hay algo más: aun aceptándose que la señora Abadía de Vergara Rey fuera copropietaria del inmueble, bien sabido es que una comunidad de bienes no tiene una personalidad jurídica propia y distinta de la de cada uno de los condueños. Se estaría entonces en presencia de un fenómeno de condominio proindiviso en el que cada condómino tenía facultad y libertad para ejercer sus propios derechos, sin necesidad de vincular sus iniciativas a las de los otros, ya que en la comunidad ningún comunero representa por regla general a los demás copartícipes. De manera que los dos comuneros de la finca raíz podían ejercer con libertad las acciones que estimaran pertinentes para la defensa de su dominio, sin estar obligados fatalmente a vincular sus iniciativas a las de la totalidad de los demás comuneros. Y como consecuencia de lo dicho, la acción está bien ejercida por los dos actores, considerándose en tal caso que el otro condómino en caso de existir, no había ejercitado la acción que le correspondía.

Fuera de lo antes expuesto, ha incurrido el recurrente en el error de técnica de considerar como violados por este aspecto los artículos 401 y 402 del Código Civil y 475 del Código Judicial. No se han infringido esos preceptos porque en este proceso no se ventila ninguna cuestión relativa al estado civil de las personas, ni se trata de considerar los efectos que produzca la cosa juzgada en fallos de esta índole.

El cargo, por esta circunstancia, viene a resultar inocuo y no debe prosperar.

4º Dedujo el Tribunal que el demandado y vendedor Inocencio Izquierdo conocía el vicio que afectaba la casa, de la circunstancia de haber confesado éste en posiciones que ofreció al comprador Vergara Rey la suma de quinientos pesos como indemnización de perjuicios. Estima la Corte que no hay error en esta simple presunción judicial, dado que el hecho confesado sí es un indice del conocimiento que debía tener el demandado de la existencia del vicio redhibitorio que ha dado motivo a este pleito. Por lo demás, el Tribunal tuvo cuidado de agregar, para dar por demostrado este requisito, la circunstancia de que las estrechas relaciones de familia entre la enferma y sus padres hacían también deducir que éstos no podían ignorar su estado.

Tampoco ha pretendido el sentenciador de Bogotá extender a la otra demandada, señora de Izquierdo, los efectos y las consecuencias de la confesión de su marido colitigante. Lo ocurrido es que el fallador llegó a la conclusión de que con tal confesión por parte de uno de los opositores y la deducción nacida de las relaciones de familia y de la existencia del mal desde 1932, hacían presumir el conocimiento del vicio, sin querer por esto imputarle a la señora de Izquierdo las consecuencias de la confesión. Y en esto no hay error alguno manifiesto en la apreciación del haz probatorio, que justifique una rectificación por parte de esta Sala.

Se rechaza 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 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día 24 de julio de 1942 que ha sido materia de la casación.

Las costas del recurso serán de cargo del recurrente.

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

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

Acción principal de rescisión de un contrato por lesión enorme y subsidiaria, o de reconvención, en que se pide la condenación a cumplir una promesa de contrato, etc.

Ha dicho ya la Corte que el artículo 60 de la Ley 63 de 1936 sólo tiene aplicación en lo relativo a los avalúos que se verifiquen en los juicios de sucesión, como lo establece el mismo artículo, que tiene carácter especial.

También ha dicho la Corte, reiteradamente, que en tratándose de fijar el valor de algunos bienes la prueba preferentemente adecuada es el avalúo pericial.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Consta en la escritura número 354, del 16 de junio de 1934, otorgada en la Notaría tercera de Cali, que Efraím y Joaquín Collazos V. vendieron a Angel María y Antonio José Castro B. un predio rústico ubicado en el Corregimiento de Robles, Distrito de Jamundí, parte en terrenos deslindados y divididos y parte en el indiviso de *Quinamayo;* doce *plazas* de terreno que se hallan proindiviso dentro de la finca denominada *La Esmeralda,* situada en el mismo Corregimiento, y "todos los derechos de tierras y cuotas y acciones de dominio de valor y origen primitivo que los vendedores tienen y poseen en las tierras indivisas de *Quinamayo*". La venta se hizo por $ 15.000, así: $ 10.000 que los compradores pagaron de contado, y $ 5.000 con un año de plazo, pero los compradores quedaron autorizados para adquirir, por cuenta de los vendedores, algunas mejoras pertenecientes a terceros, tomando para ello el dinero necesario de los indicados $ 5.000. Además los vendedores adquirieron otras mejoras pertenecientes a distintas personas, para poder entregar el inmueble saneado a los compradores.

Posteriormente, el 24 de abril de 1935, los vendedores Collazos V., por medio de apoderado, demandaron en juicio ordinario a los compradores Castros B. y pidieron que se declarara rescindido, por lesión enorme, el referido contrato y que, además, se hicieran las correspondientes declaraciones consecuenciales y se les condenara en costas.

Subsidiariamente solicitaron se declarara que Angel María Castro extralimitó las autorizaciones que le concedieron para adquirir mejoras, por lo cual les debe indemnizar perjuicios; que el contrato de compraventa de unas mejoras celebrado entre Angel María Castro y Cupertino y Rafael Santoval, por escritura número 59, de 14 de febrero de 1935, de la Notaría tercera de Cali, no descargó a los demandados Castros B. de la deuda de $ 5.000 que pesa a su cargo, por lo cual debe resolverse que los demandados deben dicha cantidad a los actores, y que, en consecuencia, se les condene a pagársela.

La demanda fue repartida al Juzgado 1º Civil del Circuito de Cali, y una vez admitida y corrido el traslado legal, los demandados la contestaron oponiéndose a la acción intentada y negando o aclarando los hechos fundamentales.

Además, los demandados presentaron demanda de reconvención, en la cual pidieron que se condenara a los actores a cumplir la promesa de contrato celebrada el 7 de mayo de 1934; a pagar a los contrademandantes los $ 3.000 de una multa que se estipuló, por no haber realizado el contrato dentro del término convenido y por no haber entregado el inmueble vendido libre de ocupantes, y a devolverles el valor de un lote de terreno no entregado. Solicitaron también que se declarara que los compradores quedaron libres de la deuda de $ 5.000 desde el día en que se otorgó la escritura número 59, de 14 de febrero de 1935, antes citada.

Surtida luégo la tramitación correspondiente al primer grado, el Juez *a quo* pronunció la sentencia del nueve de diciembre de mil novecientos treinta y ocho, por medio de la cual absolvió a los demandados de los cargos de la demanda principal; declaró que desde el 14 de febrero de 1935, fecha en que se otorgó la referida escritura número 59, quedó satisfecha por los demandados Castros B. la obligación por $ 5.000 que pesaba a su cargo, por lo cual quedaron libres de ella, y absolvió a los actores Collazos V. de todos los cargos que se les formularon en la de-

manda de reconvención. No se hizo condenación en costas.

De este fallo apelaron ambas partes, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, después de dar al negocio la tramitación propia del segundo grado, lo confirmó en todas sus partes por sentencia de fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, sin hacer condenación en costas.

El Tribunal fundó su decisión en que los actores no lograron demostrar la lesión enorme, conforme al artículo 1947 del Código Civil, pues según el avalúo pericial practicado en la primera instancia, la finca fue estimada en $ 20.000, y de acuerdo con otro avalúo verificado en la segunda instancia, en $ 15.000. Teniendo en cuenta otras pruebas, dice el Tribunal que en el catastro figuraban los terrenos vendidos con la estimación de $ 15.000 en los años de 1932 y 1933, y con la de $ 12.000 en 1934, 1935 y 1936. Que algunos predios contiguos se vendieron por la misma época a precios más o menos iguales, y que al señor Alfonso García Valencia le fue ofrecida la finca de que se trata, por los Collazos, días antes de la venta cuya rescisión se pide, en $ 15.000. Agrega el Tribunal que los actores trataron de demostrar con prueba testimonial el valor del inmueble, pero considera que esa prueba es inadecuada y no puede prevalecer sobre los avalúos periciales verificados con las formalidades legales.

En lo tocante a la demanda de reconvención, consideró que la promesa de contrato cuyo cumplimiento se pide, la cual versaba sobre compraventa de los bienes a que se refiere el pleito, quedó sustituída por lo estipulado en la escritura de contrato; y respecto de la obligación a cargo de los compradores de pagar el saldo de $ 5.000, encontró que se libertaron de ella con la compra de mejoras que hicieron a Cupertino y Rafael Sandoval, de acuerdo con la autorización irrevocable y amplia consignada en dicha escritura.

El recurso.

Contra la sentencia del Tribunal interpusieron recurso de casación ambas partes, pero como la demandada no lo fundara oportunamente, se le declaró desierto por auto del diez y siete de marzo del presente año. En consecuencia, únicamente se trata hoy de estudiar el recurso de la demandante.

El apoderado de dicha parte, al través de cuatro cargos, ataca la sentencia por violación de ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, y también por haber incurrido en error de derecho y en error de hecho que aparece de modo manifiesto, debido a apreciación errónea de determinadas pruebas y a falta de apreciación de otras, lo que quiere decir que se apoya en la primera de las causales que señala el artículo 520 del Código Judicial.

El recurrente indica como violados los artículos 60 de la Ley 63 de 1936; 601, 716 y 721 del Código Judicial, y 1946 y 1947 del Código Civil.

En desarrollo de los reparos formulados dice el recurrente que el Tribunal apoyó su decisión en los tres avalúos periciales que del inmueble de que se trata se hicieron, así: uno durante el término de prueba de la primera instancia, otro en el de la segunda, y el tercero en el incidente sobre objeciones hechas al avalúo practicado ante el Tribunal, y que no tuvo en cuenta la abundante prueba testimonial aducida por los demandantes, con la cual se comprueba el buen estado de la finca, la excelente calidad de las tierras que la componen y la abundancia de aguas de que disfruta. Que tampoco tuvo en cuenta el Tribunal que debido a las compras de mejoras hechas a varios ocupantes del predio vendido, los vendedores sólo recibieron en realidad, como precio de la finca, la cantidad de $ 7.924.95.

Agrega que como no hay constancia en autos de que se pagaran los honorarios de los peritos que realizaron el primer avalúo, éste no puede ser tenido como prueba, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 60 de la Ley 63 de 1936; que el segundo avalúo tampoco puede ser tenido como prueba porque no se llenaron los requisitos que indica el artículo 716 del Código Judicial, y el tercero, porque el Tribunal no hizo la estimación que ha debido hacer, de conformidad con lo ordenado en el 721 de allí.

Se consideran los cargos:

Ante todo es necesario advertir que el Tribunal no apoyó la sentencia acusada en el tercero de los avalúos de que se hablado, el cual se practicó en el incidente sobre objeciones al que se verificó durante el término de prueba de la segunda instancia, con el único objeto de fundar tales objeciones, las que el Tribunal encontró no probadas, como consta en el auto que falló el incidente. Los reparos que legalmente merezca dicho tercer avalúo han debido formularse antes de que se decidiera el incidente de objeciones y a propósito de él, y es claro que no pueden ahora incidir en casación.

El Tribunal basó su decisión en los dos avalúos periciales practicados en las instancias del juicio y en las otras pruebas de que atrás se habló. Conforme al avalúo de la primera instancia, el doctor Temístocles Rengifo V., perito de los demandantes, estimó la finca en $ 34.294; el señor Roberto Salazar A., perito de los demandados, en $ 20.000, y el señor Jorge Zamo-

rano, perito tercero, también en $ 20.000, pues adhirió al dictamen de Salazar A. Este peritazgo quedó en firme, pues no fue objetado.

El resultado del avalúo practicado en la segunda instancia fue el siguiente: Tomás Cruz Díaz, perito de los demandantes, estimó el inmueble en $ 35.767.55; Alfonso Firmat, perito de los demandados, en $ 15.000, y Ernesto Campo Méndez, perito tercero y quien adhirió al dictamen de Firmat, también en $ 15.000. Este avalúo quedó en firme, porque no prosperaron las objeciones que se le hicieron por la parte demandante.

Según dichos peritazgos la finca quedó avaluada, en la primera instancia, en $ 20.000, y en la segunda en $ 15.000, teniendo en cuenta lo dispuesto claramente en el inciso primero del artículo 721 del Código Judicial, y ninguno de esos avalúos da margen para sostener que hubiera lesión enorme en el contrato de compraventa cuya rescisión se pide.

Como se ha visto, el primero de ellos se tacha por el recurrente porque no existe constancia en autos de haberse hecho el pago de honorarios a los peritos, por lo cual no puede tenerse como prueba al tenor de lo ordenado en el artículo 60 de la Ley 63 de 1936; y el segundo, porque los peritos no se reunieron previamente para discutir y acordar los fundamentos de sus respectivos conceptos.

Respecto de aquel reparo la Corte ha dicho ya que el referido artículo 60 sólo tiene aplicación en lo relativo a los avalúos que se verifiquen en los juicios de sucesión, como lo establece el mismo artículo, que tiene carácter especial, y en lo tocante al último reparo, basta decir que hace referencia a cuestiones puramente adjetivas o procedimentales, que no pueden tener incidencia en casación. De consiguiente, ninguna de las objeciones que se analizan sirve para rechazar los avalúos periciales de que se ha venido haciendo mérito, pero aun aceptando, en gracia de discusión, que tuvieran fuerza suficiente para hacerlos ineficaces, habría que concluír, necesariamente, que no existe prueba alguna de la lesión enorme que se alega, porque la parte demandante no ha cumplido su obligación legal de demostrarla, y ello produce el efecto de hacer inadmisibles los cargos formulados contra la sentencia que se revisa.

Alega el recurrente que el Tribunal no tuvo en cuenta la abundante prueba testimonial aducida por la parte demandante para determinar el valor de los bienes vendidos. Fuera de que, como ha dicho la Corte reiteradamente, en tratándose de fijar el valor de algunos bienes la prueba preferentemente adecuada es el avalúo pericial, es necesario advertir que las declaraciones de testigos a que se refiere el recurrente no determinan el valor de los bienes, sino el buen estado de ellos, la excelente calidad de las tierras y la abundancia de aguas de que disfrutan, todo lo cual tuvieron en cuenta los peritos avaluadores, como puede verse al leer los conceptos respectivos.

Pretende también el recurrente que en cada uno de los dos experticios que se han mencionado se prescinda del concepto acorde, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, y con base en la aludida prueba testimonial se le dé valor de plena prueba al dictamen del nombrado por la parte demandante, pretensión injustificada e insólita, que acarrearía la flagrante violación de claros preceptos legales e invertiría los principios jurídicos que informan y regulan el sistema probatorio.

Por último, sostiene el recurrente que como los vendedores en realidad únicamente recibieron $ 7.924.95 como precio de los bienes vendidos, resulta demostrada la lesión enorme, porque los bienes valían bastante más del doble de esa cantidad.

Se observa que está plenamente demostrado en autos, y aun aceptado expresamente por la parte demandante, que el precio de los bienes, convenido con los compradores y pagado por ellos, fue la cantidad de $ 15.000. Si los vendedores tuvieron que destinar parte de esa cantidad para adquirir mejoras de terceros que quedaron incluídas en la venta, no quiere ello decir que los compradores no hubieran pagado como precio de los bienes adquiridos los indicados $ 15.000. De otro lado, este extremo no fue materia de discusión ni discrepancia en las instancias del juicio, y no puede ahora ser alegado como motivo de casación.

Resultan, por tanto, ilógicas, y desprovistas por completo de fundamento jurídico las acusaciones formuladas contra la sentencia que se revisa, la cual no es el caso de infirmar.

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos cuarenta y uno.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Constitución y disolución de las sociedades mercantiles. Supervivencia de la sociedad en estado de liquidación.

1.—Tanto la formación como la disolución de las sociedades comerciales están sujetas a ciertas formalidades legales, cuyo, cumplimiento o inobservancia acarrean la nulidad de esos actos. Se prueba la existencia y disolución de las sociedades comerciales en la forma taxativa determinada por la ley (artículos 465, 467, 469, 470, Código de Comercio, y 40 de la Ley 28 de 1931). Esto quiere decir que la prueba y la solemnidad se confunden en este caso y que por lo tanto si no existen o no se presentan en un juicio, el juzgador no puede dar por existente ni el acto constitutivo de la sociedad, ni el de la disolución de ésta. En ese caso faltaría la personería sustantiva. Aún más: en tratándose de la disolución de una sociedad antes del vencimiento del plazo estipulado, no sólo es necesario que ese acto conste por escritura pública (inciso 2º del artículo 465 del Código de Comercio), sino que al tenor del artículo 468 no se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor de lo expresado en el acto de la disolución, ni para justificar la existencia de pactos no expresados en ella. En este caso el legislador no sólo le da el mérito de plena prueba a la escritura de disolución, de acuerdo con las normas generales, sino que no admite, por vía de excepción, ninguna prueba que pueda desvirtuar ni restarle su valor plenamente probatorio a esa escritura, lo cual es muy claro y fundado, porque siendo la disolución la extinción de la persona jurídica que es la sociedad, ese fenómeno, la extinción, debe quedar en una situación legal incontrovertible porque de no ser así podría suceder que disuelta una sociedad quedara no obstante viva la persona jurídica que se extinguió, lo cual es anómalo e injurídico a todas luces. Pero el acto de constitución de una sociedad es no sólo distinto sino contrario al acto de disolución de la misma: por el primero nace a la vida jurídica; por el segundo se extingue en esa vida y cada uno de esos actos, que es independiente, se demuestra de modo distinto. La sociedad en estado de liquidación sigue viviendo para los efectos de la liquidación únicamente y no para iniciar negocios que fueron el objeto de la sociedad, lo cual quiere decir que un acto de disolución no es la extinción completa y absoluta del ente social, sino la extinción en sus actividades y vida jurídica, como entidad social pero que tiene vida posterior únicamente para los efectos de la liquidación. De ahí que el liquidador sea un mandatario de la sociedad, según lo enseña el artículo 537 del Código de Comercio y que en su mandato deba ceñirse a lo dispuesto por los artículos 538 a 541 de la obra citada y además a las órdenes o instrucciones que le hayan sido dadas en la escritura de disolución.

2.—Si el acto de constitución de la sociedad es distinto del de disolución de la misma, cuando el mandatario o liquidador gestiona en nombre de la sociedad en liquidación no tiene por qué presentar o aducir sino el acto de la disolución, la escritura correspondiente y su calidad de mandatario, de liquidador, que generalmente está establecida en la escritura de disolución. No tiene por lo tanto qué demostrar la existencia o constitución de la sociedad disuelta, porque por una parte no se trata de ningún acto de esta sociedad, como persona jurídica, y en el giro de sus negocios, sino de un acto que puso fin a esa persona. Además se presume la existencia de la sociedad que luégo se disolvió. Y el mandatario o liquidador queda amparado por el artículo 468 del Código de Comercio. Cuando las partes en un litigio en que una de ellas obra en nombre de una sociedad disuelta, no impugnan la existencia de la sociedad, no puede el juzgador adelantarse más que las partes para exigir la comprobación de la constitución de la sociedad que se disolvió. La controversia al respecto podría suscitarse si una de las partes alegara la no existencia o no constitución de la sociedad y entonces esa negativa, de carácter definido, daría oportunidad a la otra parte para comprobar tal extremo. El punto no es nuevo y ha sido estudiado y resuelto varias veces por la Corte, como puede verse de la sentencia de fecha 31 de agosto de 1940. ("Gaceta Judicial",

tomo L, números 1961, 62, 63, páginas 29 y siguientes) y en la de fecha 23 de septiembre de 1942, aún no publicada.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

José Cure B. en su carácter de liquidador de las sociedades comerciales "Cure Hermanos" y "Cure Hermanos Sucesores", demandó a la sucesión ilíquida de Justiniano Zambrano A., para que fuera condenada al pago de $ 2.020.62 y $ 504.30 moneda legal más los intereses estipulados desde que se causaron a deber hasta el día del pago.

Señaló como representantes de esa sucesión a la señora Ramona Rincón v. de Zambrano, en su carácter de cónyuge sobreviviente de la extinguida sociedad conyugal Zambrano-Rincón y a los hijos habidos en ese matrimonio, en su carácter de herederos de Justiniano Zambrano. Los hijos son: Julio, Eva, María, Carlos, Manuel G., Antonio, Enrique, Cecilia, Aura, Argemira, Elberto, José Joaquín, Arturo y Emiro.

Como hechos fundamentales adujo éstos: que el señor Justiniano Zambrano se declaró deudor de "Cure Hermanos en Liquidación", por la suma de $ 2.020.62 y de "Cure Hermanos Sucesores", por la cantidad de $ 504.30, según documentos acompañados a la demanda y que corren a los folios 7 y 8 del cuaderno principal. Que el señor Zambrano falleció sin haber cancelado esos créditos y que el demandante es liquidador de las sociedades comerciales que giraron bajo los nombres de "Cure Hermanos" y "Cure Hermanos Sucesores", las cuales fueron disueltas, según las pruebas, consistentes en escrituras públicas, que presentó con las demás y que figuran a los folios 1 a 6 del cuaderno mencionado.

Corrido el traslado de la demanda a los demandados, éstos no negaron la existencia de las deudas sino que afirmaron que estaban arregladas, es decir, propusieron la excepción de pago. Esta fue su única manifestación y defensa dentro del juicio, pues ni pidieron ni adujeron pruebas de ninguna especie, ni siquiera alegaron en las instancias.

El Juez del conocimiento, que lo es el del Circuito en lo Civil de Ocaña, en sentencia de 28 de agosto de 1941, absolvió a los demandados de los cargos formulados en la demanda por cuanto consideró que no estaba debidamente acreditada la personería de la parte demandada.

La parte demandante apeló de esa sentencia y en la segunda instancia adujo las pruebas que echó de menos el fallador de primera.

Fue desatada la litis por el Tribunal Superior de Pamplona en sentencia de 8 de septiembre de 1942 en la que absolvió a los demandados, por haber deducido la excepción perentoria de ilegitimidad de personería sustantiva del actor, consistente, según el Tribunal, en que el demandante no adujo la prueba de la constitución de las sociedades comerciales que se disolvieron y que giraron bajo las razones sociales de "Cure Hermanos" y "Cure Hermanos Sucesores". Para el Tribunal ha debido hacerse esa comprobación de acuerdo con los artículos 469, 470, 479 del Código de Comercio y 40 de la Ley 28 de 1931. En la misma sentencia el Tribunal decidió, cosa insólita, que en el presente negocio hay lugar al recurso de casación.

El demandante interpuso el recurso de casación, que concedido y tramitado legalmente, pasa a decidirse.

Antes de considerar el recurso, la Corte observa: Aparece de la escritura 602 de fecha 11 de septiembre de 1928 otorgada ante el Notario de Ocaña, que los señores José Cure B., René Cure B. y Nayibe Numa, viuda de Antonio Cure, declararon que por fallecimiento del socio Antonio Cure, la compañía comercial de "Cure Hermanos", constituída por instrumento 73 de 27 de junio de 1920 otorgada ante el Notario de Ocaña, dicha sociedad, formada por los comparecientes quedó disuelta; que en virtud de esto, entró en estado de liquidación y para desempeñar el cargo de liquidador fue nombrado el socio José Cure B., quien acepta el cargo y lo ejercerá con todas las atribuciones que para tal efecto señala el Código de Comercio.

Aparece de la escritura 347 otorgada en la ciudad de Ocaña ante el Notario de ese lugar el 22 de octubre de 1931, que José Cure B. en su propio nombre y como apoderado de Isaías Cure B., y René Cure B. en su propio nombre declararon lo siguiente: Que por escritura número 304 de 21 de septiembre de 1929 de la Notaría de Ocaña, los señores René Cure B., José Cure B. e Isaías Cure B. formaron la sociedad comercial "Cure Hermanos Sucesores" domiciliada en Ocaña; que la sociedad se formó por el término de dos años y que habiendo expirado el plazo fijado para su existencia y duración, la sociedad se halla disuelta y se procede a su liquidación, para lo cual nombraron liquidador al señor José Cure B. con todas las facultades y obligaciones que le asigna el Código de Comercio, y otras más amplias aún que se detallaron en la escritura de disolución.

El primer pagaré que es por $ 2.020.62 fue suscrito por Justiniano Zambrano a favor de "Cure Hermanos en Liquidación", lo cual se ve muy claro, porque la fecha de ese pagaré que es

de 10 de septiembre de 1929 es posterior a la escritura de liquidación de tal sociedad.

El segundo pagaré que es por la suma de $ 504.30 fue suscrito por el expresado Zambrano a favor de la sociedad "Cure Hermanos Sucesores", cuando ésta no se había liquidado, como es obvio. La fecha de ese pagaré es la de 10 de septiembre de 1930 y esta sociedad fue declarada disuelta en octubre de 1931.

El recurrente fundado en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial hace varios cargos a la sentencia, de los cuales se consideran únicamente los dos que siguen, porque con ellos basta para quebrar la sentencia recurrida.

Es el primero errónea apreciación de una prueba auténtica o sea de la escritura en que consta la disolución de las sociedades prenombradas y el nombramiento de liquidador del demandante Cure B., con lo cual se infringieron los artículos 537 y 540 del Código de Comercio que señalan las atribuciones y facultades de los liquidadores, artículos que no aplicó el fallador, por no haber considerado suficiente la prueba del mandato que le fue conferido a José Cure B.

Indebida aplicación de los artículos 40 y 41 de la Ley 28 de 1931 como también de los artículos 472, 477, 551 y 567 del Código de Comercio, por cuanto no se trata de acreditar la constitución y existencia de una sociedad comercial, como lo expresa el recurrente en su primer cargo.

Vistos los fundamentos de la sentencia y los dos cargos anteriores, la Corte considera:

Tanto la formación como la disolución de las sociedades comerciales están sujetas a ciertas formalidades legales, cuyo cumplimiento o inobservancia acarrea la nulidad de esos actos. Se prueba la existencia y disolución de las sociedades comerciales en la forma taxativa determinada por la ley (artículos 465, 467, 469, 470 del Código de Comercio y 40 de la Ley 28 de 1931).

Vale lo anterior decir que la prueba y la solemnidad se confunden en este caso y que por lo tanto si no existen o no se presentan, en un juicio, el juzgador no puede dar por existente ni el acto constitutivo de la sociedad, ni el acto de la disolución de ésta. En ese caso faltaría la personería sustantiva.

Aún más: en tratándose de la disolución de una sociedad antes del vencimiento del plazo estipulado, no sólo es necesario que ese acto conste por escritura pública (inciso 2º del artículo 465 del Código de Comercio), sino que al tenor del artículo 468 no se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor de lo expresado en el acto de la disolución, ni para justificar la existencia de pactos no expresados en ella.

En este caso el legislador no sólo le da el mérito de plena prueba a la escritura de disolución, de acuerdo con las normas generales, sino que no admite, por vía de excepción, ninguna prueba que pueda desvirtuar ni restarle su valor plenamente probatorio a esa escritura, lo cual es muy claro y fundado, porque siendo la disolución la extinción de la persona jurídica que es la sociedad, ese fenómeno, la extinción, debe quedar en una situación legal incontrovertible, porque de no ser así, podría suceder que disuelta una sociedad quedara no obstante viva la persona jurídica que se extinguió, lo cual es anómalo e injurídico a todas luces.

Pero el acto de constitución de una sociedad, es no sólo distinto sino contrario del acto de disolución de la misma; por el primero, nace a la vida jurídica; por el segundo, se extingue en esa vida, y cada uno de esos actos, que es independiente, se demuestra de modo distinto.

La sociedad en estado de liquidación, como lo ha declarado esta Corte, sigue viviendo para los efectos de la liquidación únicamente y no para iniciar negocios que fueron el objeto de la sociedad, lo cual quiere decir que un acto de disolución no es la extinción completa y absoluta del ente social, sino la extinción en sus actividades y vida jurídica, como entidad social pero que tiene vida posterior únicamente para los efectos de la liquidación.

De ahí que el liquidador sea un mandatario de la sociedad, según lo enseña el artículo 537 del Código de Comercio y que en su mandato debe ceñirse a lo dispuesto por los artículos 538 a 541 de la obra citada y además a las órdenes o instrucciones que le hayan sido dadas en la escritura de disolución.

Si como se dijo arriba, el acto de constitución de la sociedad es distinto del acto de disolución de la misma, cuando el mandatario o liquidador gestiona en nombre de la sociedad en liquidación, no tiene por qué presentar o aducir sino el acto de la disolución, la escritura correspondiente y su calidad de mandatario, de liquidador, que generalmente está establecida en la escritura de disolución. No tiene por lo tanto que demostrar la existencia o constitución de la sociedad disuelta, porque por una parte no se trata de ningún acto de esta sociedad, como persona jurídica, y en el giro de sus negocios, sino de un acto que puso fin a esa persona. Además se presume la existencia de la sociedad que luégo se disolvió. Y el mandatario o liquidador queda amparado por el artículo 468 del Código de Comercio.

Cuando las partes en un litigio, en que una de ellas obra en nombre de una sociedad disuelta, no impugnan la existencia de la sociedad, no puede el juzgador adelantarse más que las partes para exigir la comprobación de la constitución de la sociedad que se disolvió.

La controversia al respecto podría suscitarse si una de las partes alegara la no existencia o no constitución de la sociedad y entonces esa negativa, de carácter definido, daría oportunidad a la otra parte para comprobar tal extremo.

El punto no es nuevo y ha sido estudiado y resuelto varias veces por la Corte. En sentencia de 31 de agosto de 1940 (*Gaceta Judicial*, tomo L, números 1961/62/63, página 29 y siguientes) dijo esta corporación. "Ahora bien, aquí no se ha puesto *sub judice* por las partes, ni como acción ni como excepción, nada atañedero a esa existencia (la de la sociedad, observa la Corte); ni la demanda se relaciona siquiera con algo concerniente a la regularidad o irregularidad con que la entidad demandada se formara y funcione; ni se ejercita acción nacida del contrato de sociedad; simplemente se trata de un deudor que, sosteniendo haber cancelado su deuda, exige de su acreedor le restituya la prenda que le dio para garantizársela y le indemnice los perjuicios que le causó por no habérsela devuelto. Siendo esto lo controvertido y siendo esa la situación de las partes, no puede desviarse la atención hacia problema tan extraño como indagar si la sociedad demandada se constituyó o nó debidamente y si está o nó autorizado en ley su funcionamiento o marcha".

En sentencia de 23 de septiembre de 1942, no publicada aún en la *Gaceta*, y que decidió el recurso de casación en el juicio ordinario seguido por la sociedad denominada "Bensmann & Linzen & Cía." domiciliada en Cali, contra Miguel Angel Muñoz, dijo así la Corte: "El argumento básico invocado en la sentencia acusada y que dio origen a la declaratoria de la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora se hace consistir en que la sociedad no ha comprobado de manera suficiente su existencia legal y tal demostración es indispensable para deducir en juicio el derecho invocado. No comparte la Corte este equivocado concepto ni, por lo tanto, el fundamento alegado en la sentencia para negarse a decidir el fondo de la cuestión debatida, porque en casos como el de autos no se trata de aportar la plena comprobación procesal de la existencia o constitución legal de una sociedad comercial. Bien está que cuando se presenta directamente en juicio una entidad mercantil, como demandante o como demandada, para ejercer una acción patrimonial o pedir directamente, con personería propia, el reconocimiento judicial de un derecho se le exija en primer término y como un presupuesto procesal la plena comprobación de su existencia legal y de la calidad que se atribuye o que se le atribuye como tál. En dicho evento sí sería necesario demostrar judicialmente la existencia legal de una sociedad comercial, en presencia de textos tan perentorios como los artículos 465, 469, 470, 471 y 480 del Código de Comercio, 36 de la Ley 40 de 1907 y 40 de la Ley 28 de 1931..... Es en el sentido antes expresado como deben interpretarse las sentencias de 20 de noviembre de 1935 (*Gaceta Judicial*, tomo XLIII, página 390), y de 4 de marzo de 1938 (*Gaceta Judicial*, tomo XLVI, página 137). Pero muy distinto es el fenómeno que se contempla en este juicio, porque no se trata en realidad de verdad de evidenciar la existencia y legal constitución de "Bohmer & Linzen", considerándose ese factor como un presupuesto procesal que haga parte integrante de la controversia. En el caso que se dilucida es suficiente con que aparezca la demostración de que los actuales cesionarios derivan su derecho de la mencionada firma y esta prueba sí aparece suficientemente establecida en los autos."

Si pues el fallador de Pamplona consideró que no eran suficientes pruebas de la disolución de las compañías "Cure Hermanos" y "Cure Hermanos Sucesores", no obstante constar ella en las escrituras 602 y 374 ya mencionadas y en donde consta además el nombramiento de José Cure B. como liquidador, si estimó que era esencial comprobar la constitución de dichas sociedades y si este extremo no fue discutido, ni es materia de la litis, incurrió en error de derecho en la apreciación de las escrituras 602 y 374, con lo cual por una parte aplicó indebidamente al caso del pleito el primer inciso del artículo 465 del Código de Comercio, e infringió, por no haberlo aplicado, el inciso 2º de dicha norma y el artículo 468 de dicha obra, lo cual quiere decir, que los dos cargos que se estudian en casación, deben prosperar.

Pero hay más: El pagaré por $ 2.020.62 de fecha 10 de septiembre de 1929 y de que se ha hecho mérito ya, fue suscrito por Justiniano Zambrano a favor de "Cure Hermanos en Liquidación".

De esto resulta que respecto de este pagaré, no podía tenerse en cuenta si la sociedad "Cure Hermanos" había comprobado su existencia legal, porque la relación contractual surgió entre el deudor y una sociedad en liquidación, representada por su liquidador, lo cual acaece con mucha frecuencia, porque en el desarrollo de la liquidación, el liquidador puede hacer las gestiones conducentes, venta de los bienes de la sociedad, con el fin práctico de liquidarla y entonces como acaba de expresarse, la relación contractual surge entre el mandatario, o sea el liquidador, y el tercero que adquiere bienes de la sociedad que se está liquidando. Por eso se ha sostenido que al disolverse una sociedad, no desaparece en absoluto sino que sobrevive para efectos de la liquidación.

Así lo ha sostenido la Corte en varios fallos y así lo sostienen los doctrinantes franceses cuya tesis ha compartido la Corte porque las disposiciones sobre disolución y liquidación de las sociedades en Francia y su prueba, contenidas en el Código de Comercio de ese país, son muy semejantes a las disposiciones del Código de Comercio de Colombia.

Los expositores C. Houpin y H. Bosvieux en su obra *Traité Générale Théorique et Pratique des Sociétés Civiles et Commerciales* se expresan así: "Durante el período de liquidación la sociedad se sobrevive y continúa existiendo como sér moral; éste es el principio consagrado al respecto para las sociedades comerciales por una jurisprudencia constante. La Corte de Casación ha definido así la situación de la sociedad en liquidación: Si por efectos de la disolución la sociedad cesa de existir para el futuro y para operaciones para las cuales se había constituído, no puede vender, comprar, ejecutar actos de comercio, pero ella continúa sin embargo existiendo para terminar sus negocios, es decir, para liquidarse. La ficción que hace sobrevivir la sociedad durante su liquidación entraña múltiples consecuencias, y las más importantes son: Los terceros que intentan una acción contra la sociedad deben demandar al liquidador y no a los socios; es al liquidador a quien corresponde hacer efectivos los créditos sociales sin que ningún asociado pueda reclamar el pago por su parte; vender y ceder los bienes muebles dependientes del activo social y ejercitar los actos de administración especialmente hacer efectivos los créditos de la sociedad, sea contra los terceros o contra los socios." (Obra citada, tomo 1º, páginas 334 a 349, números 276 a 284).

Por otra parte el Código de Comercio en su artículo 540 es muy preciso sobre el particular, y entre las atribuciones que en él se dan al liquidador están éstas: "6º A vender las mercaderías y los muebles o inmuebles de la sociedad, aun cuando haya algún menor entre los socios, con tal que no sean destinados por éstos a ser divididos en especie".

El pagaré mencionado tiene como causa las mercancías que el liquidador de "Cure Hermanos" le vendió a Justiniano Zambrano.

Si el fallador de Pamplona hubiera pasado la vista por ese pagaré con toda detención y análisis, habría llegado sin duda a la misma conclusión a que al respecto llega hoy la Corte.

En cuanto a la motivación de la sentencia de instancia que debe proferir la Corte, se considera: Está establecido como ya se vio atrás, el acto de la disolución tanto de la sociedad "Cure Hermanos", como "Cure Hermanos Sucesores". En las respectivas escrituras de disolución el demandante José Cure fue nombrado liquidador. De modo que la personería sustantiva y adjetiva de la parte actora está comprobada, lo mismo que la personería de la parte demandada, por cuanto está establecido en autos que el grupo de personas que forman esa parte, está constituído por la cónyuge sobreviviente de Zambrano y por los hijos de éste habidos en su matrimonio.

Las obligaciones, como los derechos de Zambrano, se transmiten a sus herederos (artículo 1155 del Código Civil) y afectan también a la sociedad conyugal que constituyó, que al quedar disuelta por la muerte de uno de los cónyuges, responde de las deudas sociales, distribuyéndose en la forma que reglamenta el Capítulo 5º del Título 22 del Libro 4º del Código Civil.

El demandante presentó la prueba de los créditos constituídos por Zambrano y cuya efectividad se reclama en este juicio. Sobre este punto no ha habido controversia. Todo lo contrario: la parte demandada aceptó la existencia de tales créditos, pero manifestó que habían sido arreglados por Zambrano, lo cual equivale a la excepción de pago.

Mas, según ya se observó, esa aseveración fue la única defensa de los demandados, quienes afirmaron, pero nada probaron al respecto ni hicieron el menor esfuerzo para ello. Su actitud se redujo a contestar la demanda y a manifestar que esos créditos estaban arreglados.

Para variar la situación jurídica nacida de los dos pagarés mencionados habría sido necesaria la contraprueba del caso consistente en la extinción o modificación de esa relación, prueba que correspondía a los demandados porque como excepcionantes eran actores respecto del extremo de su excepción (artículo 1757, Código Civil).

No existiendo tal prueba, queda en pie la obligación de Justiniano Zambrano, hoy sus sucesores, para con "Cure Hermanos en Liquidación" y "Cure Hermanos Sucesores", emanada de los dos pagarés mencionados, de donde procede entonces la condenación impetrada en la demanda.

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, REVOCA la de primera instancia y FALLA así este pleito:

Condénase a los demandados señora Ramona Rincón v. de Zambrano en su carácter de cónyuge sobreviviente de la extinguida sociedad conyugal que formó con su marido Justiniano Zambrano y a los hijos habidos de este matrimonio, a saber: Julio, Eva, María, Carlos, Ma-

nuel G., Antonio, Enrique, Cecilia, Aura, Argemira, Elberto, José Joaquín, Arturo y Emiro Zambrano, en su calidad de herederos de Justiniano Zambrano, como hijos legítimos de éste, a pagar a José Cure B. en su carácter de liquidador de las extinguidas sociedades "Cure Hermanos" y "Cure Hermanos Sucesores", las siguientes cantidades, tres días después de la ejecutoria del auto de obedecimiento y cumplimiento que debe dictar el Juez de primera instancia, en cumplimiento de este fallo: a) La suma de dos mil veinte pesos con sesenta y dos centavos ($ 2.020.62) moneda corriente, y sus intereses estipulados, de acuerdo con el pagaré o documento de diez (10) de septiembre de mil navecientos veintinueve (1929) suscrito en Ocaña y de que se ha hecho mérito en este fallo. Los intereses se adeudan desde que se causaron a deber, hasta que el pago se verifique; b) La suma de quinientos cuatro pesos con treinta centavos ($ 504.30) moneda corriente, a que se refiere el documento o pagaré, de que se ha hecho mérito, suscrito el diez (10) de septiembre de mil novecientos treinta (1930), más los intereses estipulados desde que se causaron a deber, hasta que se verifique el pago.

El pago lo harán los demandados en la proporción que establece la ley.

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.

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

Acción petitoria de pago de perjuicios.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

El 23 de junio de 1938 falleció en esta ciudad Drigelio López García.

Dicho señor viajaba como pasajero en el tranvía abierto número 50, de la empresa denominada *Tranvía Municipal de Bogotá,* el 13 de junio citado, en momentos en que un bus chocó contra el carro mencionado, en la esquina de la calle 15 con la carrera 12, en virtud del cual choque López García sufrió graves lesiones personales que le ocasionaron la muerte.

El 18 de julio de 1939 Dolores García v. de López, obrando en su calidad de madre legítima de Drigelio López García, demandó, por medio de apoderado, al Municipio de Bogotá, como dueño de la empresa referida, y pidió que se le condenara a pagar a la demandante la cantidad de $ 31.200 como valor de los perjuicios materiales y morales sufridos por la muerte de su indicado hijo legítimo, o, en subsidio, la cantidad en que se determinen tales perjuicios, de conformidad con la ley.

Admitida la demanda y corrido el traslado correspondiente, el Personero Municipal de Bogotá negó el derecho de la actora para demandar al Municipio por la causa mencionada y se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas; aceptó algunos de los hechos y negó lo demás, y posteriormente propuso la excepción de caso fortuito o fuerza mayor.

Surtida la tramitación propia de la primera instancia, el Juez del conocimiento, que lo fue el 1º Civil de este Circuito, decidió el asunto en sentencia de fecha veinte de junio de mil novecientos cuarenta, absolviendo al Municipio de los cargos formulados contra él, sin condenar en costas, fundándose para ello en que no resultaba demostrado en autos que la demandante fuera madre legítima del occiso.

De ese fallo apeló el apoderado de la actora y una vez terminada la tramitación correspondiente al segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo confirmó en todas sus partes, por sentencia fechada el veinte de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, sin condenar en costas, apoyándose en razones de fondo, distintas de las aducidas por el Juez *a quo.*

Consideró el Tribunal que la causa directa y eficiente de la muerte de López García consistió en el acto culposo del conductor del bus, que lo estrelló contra el carro del tranvía, o sea en el hecho de un *tercero,* ajeno a la empresa del tranvía.

El recurso.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado de la demandante, quien, con apoyo en la primera de las causales que señala el artículo 520 del Código Judicial, le formula dos cargos, a saber:

1º "Violación de los artículos 63, 1604, 2070, 2071, 2072, 2073, 2078, del Código Civil, y 306, 318 y 322 del Código de Comercio".

El recurrente hace una exposición tendiente a demostrar cómo y por qué fueron violados tales artículos.

2º "Violación del artículo 1757 del Código Civil".

Al respecto dice la demanda de casación:

"Aplicó indebidamente el Tribunal sentenciador esta disposición al caso de autos y por eso la violó. El principio general que ella consagra no puede aplicarse con preterición de la norma especial que fija inequívocamente la responsabilidad del acarreador en el contrato de transporte, o sea la contenida en los artículos 2073 del Código Civil y 306 y 322 del Código de Comercio".

Luégo hace otras consideraciones sobre el particular y termina pidiendo que se case la sentencia y se dicte en su lugar la resolución que corresponda.

Estudio de los cargos.

Teniendo en cuenta el objeto de este pleito y los reparos formulados a la sentencia del Tribunal, puede plantearse la cuestión que va a resolverse así:

Entre la Empresa del Tranvía y Drigelio López García se celebró un contrato de transporte. De acuerdo con la ley y la jurisprudencia, la obligación principal del porteador es conducir al pasajero sano y salvo al lugar de su destino, y no haciéndolo se hace responsable de su incumplimiento, del que no puede librarse con la

sola prueba de que hubo un caso fortuito, pues debe demostrar también que éste "no ha sido preparado por su culpa, y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente....." (artículo 306 del Código de Comercio). El recurrente sostiene que en el caso de estudio no existieron el cuidado y la experiencia a que estaba obligada la Empresa, por haber permitido los empleados de ella que López García viajara en el estribo del tranvía, y afirma que dicha tolerancia constituye mala organización y demuestra que por parte del demandado hubo negligencia y descuido que determinaron la muerte del hijo de la actora.

Considera la Sala de Casación:

Según lo que resulta de autos, los hechos que dieron origen al juicio ocurrieron así:

El 13 de junio de 1938 subía el tranvía número 50 por la calle 15 de esta ciudad, y al cruzar la carrera 12, no obstante haberse anunciado con la campana, fue atropellado violentamente por el bus número 9600, que viajaba a excesiva velocidad por la indicada carrera 12, de Sur a Norte, y que, sin pitar ni obedecer la señal de *pare* que hay en el piso cerca de la esquina, se estrelló contra el costado derecho del tranvía, sacando a éste de los rieles y causando heridas graves a Drigelio López García, quien iba en el estribo, heridas que le ocasionaron la muerte algunos días después.

Estos hechos aparecen plenamente demostrados con las declaraciones del mismo Drigelio López y de su hermano Ismael; con las del cobrador del tranvía, Antonio Lasprilla; del Inspector, Miguel Antonio Forero, y del Conductor, Hernando Camacho, así como con las de los testigos Vicente Urueña P., Faustino Moreno y Obdulio Barreto.

Por lo claras y precisas conviene transcribir las declaraciones de los hermanos López.

Drigelio dijo (folio 7, cuaderno número 3):

"El día de ayer, como a las cinco de la tarde poco más o menos, viajaba yo, en compañía de mi hermano, en el estribo de un tranvía, cerca a la primera banca. El tranvía subía por la calle 15 y al llegar al cruzamiento con la carrera 12, desembocó un bus por dicha carrera, en dirección de Sur a Norte, y vino y se estrelló contra el tranvía, cogiéndome con el bomper delantero contra el tranvía, causándome la fractura de la pierna y del pie izquierdos. El motorista del tranvía tocó la campana para anunciarse, antes de desembocar sobre el cruzamiento de la calle y carrera citadas. En cambio, el conductor del bus no pitó para anunciar su presencia y quiso atravesar la bocacalle muy ligero, lo que ocasionó el choque. Por lo que dejo relatado puede verse claramente que el único responsable del accidente fue el conductor del bus...."

Ismael expuso (folio 12 del cuaderno número 3):

"El día trece de los corrientes, como a las cuatro y cuarto de la tarde, poco más o menos, venía yo en un tranvía, en el estribo derecho y agarrado al pasamanos que queda junto al motorista. Mi hermano Drigelio venía también en ese mismo tranvía, en el estribo y agarrado a uno de los pasamanos como del centro del tranvía. Este tranvía subía por la calle 15, y al desembocar sobre la carrera 12 vi que por esta vía venía un bus y su conductor quiso pasar o atravesar la bocacalle antes que el tranvía, aun cuando le faltaban como cinco metros para llegar a la esquina y se encontraba más de la mitad del carro sobre la bocacalle. Al pretender el conductor del bus pasarse antes que el tranvía, habiendo éste ya asomado más de la mitad sobre la bocacalle, como ya dejo dicho, llegó y se estrelló contra el centro del tranvía, cogiendo a mi hermano contra el estribo y causándole heridas graves. Hago constar que tanto el tranvía como el bus marchaban a la velocidad reglamentaria, pero el motorista del tranvía sí se anunció con la campana antes de desembocar sobre la bocacalle, y en cambio el chofer del bus no se anunció con el pito. Debido a esto y a querer pasar la bocacalle antes que el tranvía, se sucedió el choque. Por tanto, para mí tengo que el único responsable de este accidente fue el chofer del bus."

Es muy importante también en este asunto el concepto de los peritos de la circulación, quienes dijeron (folio 6 vuelto del citado cuaderno):

"Al llegar constatamos: El tranvía municipal número 50 estaba descarrilado de las cuatro ruedas, teniendo su parte trasera al borde de la esquina noroeste y recostado contra la acera norte de la calle 15. Al lado de este vehículo y recostado contra su costado izquierdo, estaba el bus número 9600, el cual había invadido el andén sur de la calle 15. Ambos vehículos estaban con dirección al Oriente.... Después de tomar nota de la posición de los vehículos, de observar los daños que presentan, el sitio donde están localizados, etc., hemos llegado a las siguientes conclusiones: Primera. El tranvía inició el cruce con anterioridad al bus, como lo demuestra el hecho de haber recibido el golpe a un metro con ochenta centímetros (1.80 mts.) de su punta delantera derecha cuando ésta se encontraba ya sobre el costado oriental de la vía. Segunda. Ambos vehículos tomaron el cruce a una velocidad no menor de veinte kilómetros por hora. En efecto, para que el tranvía se descarrilara de sus cuatro ruedas forzosamente tuvo que recibir un golpe fuerte. Si los daños no están de acuerdo

con la magnitud del choque, ello se debe a que el bus golpeó el tranvía con el bomper, que es una pieza resistente, y que éste recibió el golpe en la tabla que protege el estribo y le sirve de guarda-polvo. Tercera. Como puede observarse en el croquis adjunto, ocho metros al sur del cruce, por la carrera 12, existe un *pare* y en ese sitio debe detenerse todo vehículo que transita por la carrera 12 en dirección al Norte. Si el bus se detuvo en ese *pare,* su conductor debió arrancar en primera velocidad, acelerando el vehículo y sin tomar ninguna precaución, pues de lo contrario no se presenta el accidente".

Además, la parte demandante no niega que los hechos ocurrieron en la forma relatada, y la circunstancia de haber recibido el tranvía el golpe del bus por un costado, y no de frente, demuestra claramente, con claridad meridiana, que el conductor del tranvía no tuvo culpa alguna en el accidente de que se trata.

Es verdad que conforme a lo dispuesto en los artículos 306 y 322 del Código de Comercio, el porteador responde de la culpa grave y leve en el cumplimiento de las obligaciones que le impone el transporte; que si hubo caso fortuito deberá probar que no fue preparado por su culpa, y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente, y que debe indemnizar a los pasajeros el daño que sufrieren en sus personas, por vicio del carruaje, por su culpa y por la de los conductores o postillones. Más o menos lo mismo preceptúa el artículo 2073 del Código Civil.

Pero sucede que en el caso de estudio lejos de haberse demostrado culpa alguna por parte del conductor del tranvía, y por ende de la empresa, se comprobó plenamente que dicho conductor observó exactamente los reglamentos del tránsito, es decir, que marchaba a una velocidad moderada; que antes de desembocar su vehículo en la carrera 12, se anunció con la campana, y que empezó a atravesar dicha carrera cuando se hallaba libre; y se comprobó también que el conductor del bus no pitó, no obedeció la señal de *pare* que existe en el piso de la carrera 12, pocos metros antes de llegar a la calle 15; que pretendió pasar antes que el tranvía, no obstante haber asomado éste a la carrera 12, y que, como no detuvo su marcha, se estrelló contra el costado derecho de aquél. Es, pues, evidente que la causa determinante del desgraciado accidente en que perdió la vida López García la constituye la conducta de Ruperto Fernández, conductor del bus, y en cuya ocurrencia no es posible atribuir ninguna participación al conductor del tranvía, ni a la empresa a que éste pertenece.

En lo atañedero al reparo que con tánta insistencia y tenacidad formula el recurrente, según el cual no puede decirse que existió previsión, cuidado ni diligencia por parte de la Empresa del Tranvía Municipal al permitir y aun obligar al pasajero, por la defectuosa organización del servicio, a realizar el viaje de pies, en el estribo de un carro abierto, ni puede afirmarse, sin violar la ley sustantiva, que en esas circunstancias la Empresa diera estricto cumplimiento a sus obligaciones de seguridad, contesta la Sala que estando plenamente demostrado en autos, como se ha visto, que el accidente de que se trata constituyó un verdadero caso fortuito, imprevisible e irresistible, ocasionado por la conducta culpable del chofer Ruperto Fernández, caso fortuito completamente ajeno al proceder del conductor del tranvía y sin el cual no se hubieran ocasionado a López García las lesiones que le produjeron la muerte, no es procedente estudiar aquí si la Empresa del Tranvía Municipal es legalmente responsable, al producirse un siniestro, por el hecho de tolerar que algunos pasajeros viajen de pies, en los estribos de los carros abiertos.

Se deduce de todo lo expuesto que la sentencia acusada no violó los preceptos legales citados por el recurrente, y que, por lo mismo, no son fundados los cargos formulados por él, ni es el caso de infirmarla.

A virtud de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha veinte de marzo de mil novecientos cuarenta y dos.

Sin costas, por no aparecer que se hayan causado.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Fulgencio Lequerica Vélez, Antonio Rocha (Conjuez), *Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón,* Secretario en propiedad.

D E P O S I T O

Los artículos 2261 a 2263 del Código Civil hacen admisible toda especie de prueba para el depósito necesario, dan la calidad de cuasi contrato al constituído en adulto sin libre administración de bienes pero en su razón, y llevan la responsabilidad hasta la culpa leve. Con estas solas salvedades, el artículo 2264 somete el depósito necesario a las mismas reglas del voluntario. Claramente se ve que el necesario no por necesario puede dejar de ser depósito, como desde luégo corresponde lógica y gramaticalmente a la relación entre el adjetivo calificativo y el sustantivo calificado. Y ya se vio que el depósito consiste en confiarse una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituírla en especie, lo que indica que es de la esencia de este contrato la entrega por el depositante y el recibo por el depositario de la cosa constitutiva del depósito, nombre que se da también a ella misma, según el inciso 2º del citado artículo 2263.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

La señora Leticia Hernández viuda de Mac-Cormick, por medio de apoderado demandó al señor Héctor Mac-Cormick para que se le condene a devolverle las joyas y vajilla determinadas en el libelo, en calidad de depositario, y a pagarle con sus intereses el dinero que ella dice haberle dado en mutuo, así como las costas del juicio. En subsidio de la entrega de joyas y vajilla pide la condena al pago de su valor.

El pleito tuvo su primera instancia en el Juzgado 4º Civil de este Circuito, donde se decidió con el fallo absolutorio de 15 de abril de 1942, de que apeló la demandante. El Tribunal Superior, previa la tramitación de la segunda instancia, la falló el 28 de octubre de ese año declarando que el demandado recibió de manos de la demandante en depósito necesario las aludidas joyas y condenándolo a devolvérselas o, en subsidio, a pagarle su valor, y lo absolvió de los cargos restantes de la demanda, no sin condenarlo en las costas del juicio.

Agotada la tramitación del recurso de casación que contra esta sentencia interpuso el demandado, pasa a decidirse.

El Juzgado negó las peticiones de la demanda porque no hubo pruebas de lo que ésta afirma sobre vajilla y dinero y porque sobre las joyas se adujeron declaraciones de testigos, medio probatorio que estimó inadmisible por valer ellas más de $ 500. El Tribunal al estudiarlas conceptuó que acreditan un depósito necesario, lo que autoriza toda clase de pruebas, y de ahi dedujo la condenación antedicha, a tiempo que sobre vajilla y dinero halló la misma falta de pruebas anotada por el Juez.

Favorable en esto el fallo recurrido y siendo recurrente único el demandado, el presente recurso se limita a lo restante, es decir, a la devolución de las joyas o pago subsidiario de su valor.

Para estudiar el recurso en sí conviene a la claridad de la exposición adelantar algunas consideraciones.

El Código Civil define el depósito diciendo que en general es "el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituírla en especie" (artículo 2236), y distingue entre el depósito propiamente dicho y el secuestro (artículo 2239), para distinguir a su turno en aquél el voluntario y el necesario, cuya característica consiste en que la elección del depositario no depende de la libre voluntad del depositante, según el artículo 2260 que concluye con estas palabras: "como en el caso de un incendio, ruina, saqueo u otra calamidad semejante". Los artículos 2261 a 2263 hacen admisible toda especie de prueba para el depósito necesario, dan la calidad de cuasicontrato al constituído en adulto sin libre administración de bienes pero en su sana razón y llevan la responsabilidad hasta la culpa leve. Con estas solas salvedades, el artículo 2264 somete el depósito necesario a las mismas reglas del voluntario.

Claramente se ve que el necesario no por necesario puede dejar de ser depósito, como desde luégo corresponde lógica y gramaticalmente a la

relación entre el adjetivo calificativo y el sustantivo calificado. Y ya se vio que el depósito consiste en confiarse una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie, lo que indica que es de la esencia de este contrato la entrega por el depositante y el recibo por el depositario de la cosa constitutiva del depósito, nombre que se da también a ella misma, según el inciso 2º del citado artículo 2236.

Las pruebas que ofrece el expediente respecto de las joyas lo que acreditan es que la señora hoy demandante, en un acceso de ira un día no precisado del mes de mayo de 1938, al ver llegar a su habitación a su marido doctor David Mac-Cormick y a su hijo Héctor, acompañados por médicos con el propósito de llevarla a una casa de salud por ser ella morfinómana, quitándose los zarcillos y anillos que tenía puestos, los arrojó sobre una mesa manifestándoles que si iban por sus joyas, ahí estaban.

De ahí en adelante, los testigos, no todos, afirman que Héctor las recogió.

Así, pues, aun dando por allanada la valla con que tropezó el Juez para admitir esta prueba, no se encuentra acreditada la entrega que de las joyas hiciera la señora Leticia a su hijo, es decir, que éste las recibiera, y menos que asumiera la carga de guardarlas; no hay prueba alguna de que entre ella y él, mediante palabras o señas o algo que lo sugiriese siquiera, ocurriera una convención, una concurrencia de voluntades, como es preciso que la haya, para que se produzca, nazca o se celebre un contrato, valgan las palabras de los artículos 1494 y 1495 del Código Civil.

Así las cosas, es inoficioso indagar, no habiendo depósito, si la exaltación de la señora en la referida escena de mayo de 1938 puede reputarse, como lo hizo el Tribunal, una calamidad semejante al incendio, ruina o saqueo de que habla el citado artículo 2260.

Desde el libelo inicial se colocó el pleito dentro de la ceñida y severa delimitación de un depósito. Los hechos fundamentales pertinentes a las joyas son: 1º, la entrega de ellas por la señora a su hijo en dicho mayo; 2º, haber hecho ella tal entrega con el objeto de que Héctor se las guardara mientras ella recobraba su salud; 3º, haber recibido él "dichas joyas, real y materialmente", pues así se las entregó en depósito para que se las guardara y se las devolviera al reclamárselas. Las disposiciones legales invocadas como fundamentos de derecho son los artículos 2240 y 2253 del Código Civil y sus concordantes de este Código y del Judicial.

La parte petitoria o intención de la demanda consiste, en lo pertinente, en esta súplica: "Primera, que el señor Héctor Mac-Cormick ya citado, está obligado a devolverle, dentro del plazo que usted fije, las joyas a que se refieren los hechos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de esta demanda, *en su calidad de depositario*". (Subraya la Corte).

Después de redactados los hechos y súplicas de la demanda y de expresado su derecho, tal como queda visto, el libelo de demanda contiene estos párrafos: "Modificación aditiva. Adiciono la parte petitoria de esta demanda así: Pido que antes de hacer las declaraciones solicitadas, se haga previamente la siguiente declaración fundamental: Que el señor Héctor Mac-Cormick, ya mencionado, se constituyó depositario de las joyas y de la vajilla a que se refieren los hechos de esta demanda, y que, en tal virtud, entre él y yo se perfeccionó el contrato de depósito a que aluden los mismos hechos de esta demanda. Hecha esta declaración, pido se hagan las restantes".

Sobre esa base y dentro de esa precisa limitación quedó iniciada y trabada la litis y así se surtieron las instancias. A esa limitación debe ajustarse el sentenciador, de conformidad con el artículo 471 del Código Judicial. Sabido es que cuando no obedece este precepto, que es de derecho universal, cae en una falta que da lugar, tratándose de fallo de los susceptibles de casación, al motivo 2º de los que para ésta establece ese Código en su artículo 520.

No hay lugar, consiguientemente, a estudiar hoy aquí lo debido o indebido de que la señora botara sus joyas en la ocasión supradicha y de que su hijo las recogiera; ni a indagar cuál sea la acción, criminal o civil, procedente para obtener su recuperación o pago; ni a establecer si el responsable como tenedor es su hijo, según la demanda de este pleito, o su marido, según la demanda que contra éste dirigió con posterioridad a la referida escena de mayo de 1938. Y no hay lugar a nada de esto, porque el sentenciador encuentra colocado el litigio, repítese, dentro del riguroso concepto de depósito.

Las pruebas sobre lo ocurrido cuando la señora se quitó y arrojó sus joyas sobre una mesa, al decir de los más de los testigos, o al suelo, según otro, ponen en evidencia que, como ya se dijo, no hubo entre los actuales demandante y demandado contrato alguno y menos aún, para concretar a lo que es el litigio, un contrato de depósito. Consecuencialmente queda en evidencia también que el Tribunal quebrantó las disposiciones sustantivas sobre depósito ya citadas, aplicándolas sin ser el caso, y las relativas a pruebas, ya citadas también, al admitir la prueba testimonial en el concepto, aquí corregido, de

tratarse de un depósito necesario y al hallar demostrado en el proceso este contrato y que el demandado asumió y tiene aún sobre sí los deberes de un depositario, que es la calidad precisa en que se le sitúa.

Con estas consideraciones quedan acogidos los cargos del recurrente que pasan a expresarse y a que, por esto, se limita la Sala, ajustándose a lo que dispone el Código Judicial en sus artículos 537 y 538.

Ellos son: violación por interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 2240 y 2260 del Código Civil, por una parte, y por otra, de los artículos 2242, 2261 y 1767 del mismo y 91 de la Ley 153 de 1887.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia dictada en este asunto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintiocho de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, y en su lugar confirma la de primera instancia, pronunciada por el Juzgado 4º Civil de este Circuito el quince de abril de ese año.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

Recurso de casación.-Cuantía de la acción para el recurso de casación.

La estimación del valor de la acción corresponde hacerla al demandante según el artículo 205 del Código Judicial, y el demandado, cuando no la acepte por cualquier motivo, puede objetarla para que se determine previo dictamen pericial (artículo 206 ibídem). Cuando éste no hace uso de la facultad de objetarla, se entiende que acepta la fijada por el actor para todos los efectos legales en materia de competencia. Muchas veces ha dicho la Corte que la cuantía de las acciones puede ser determinada o indeterminada, según que se señale en la demanda una cantidad precisa y fija, o que se fije una tasa mínima, como cuando se estima "en suma mayor de tantos pesos", dejando en esta forma abierta la posibilidad de que pueda ser estimada en cifra precisa de acuerdo con la ley, cuandoquiera que sea necesario establecer con exactitud esta circunstancia para los efectos de la procedencia de un recurso judicial. Reiteradamente tiene establecido la Corte que cuando el demandante señala desde el principio del juicio el valor determinado de su acción y el demandado no lo objeta, tal estimación rige como elemento invariable de la litis, y es intocable posteriormente para calificar la procedencia del recurso de casación por ese motivo. No se puede decir entonces que haya serios motivos de duda sobre el valor de la acción incoada, para pretender el avalúo pericial que para esos casos establece el artículo 524 del Código Civil.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

En el juicio ordinario promovido por Ramón Sánchez contra Jorge E. Moreno ante el Juzgado 4º Civil de este Circuito para la reivindicación de una casa ubicada en esta ciudad, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia del 25 de enero del año en curso decidió el pleito definitivamente confirmando la de primer grado, de fecha 28 de abril de 1942, en la que se condenó al demandado al tenor de los pedimentos de la demanda.

Contra este fallo de segunda instancia interpuso oportunamente recurso de casación el demandado, recurso que le fue denegado por el Tribunal por razón de que la cuantía de la acción, fijada por el actor en la suma de mil cien pesos con la aceptación del demandado, no alcanza el límite que señala el artículo 519 del Código Judicial. Ante esta negativa, el demandado Moreno interpuso recurso de hecho, para lo cual, como lo establece la ley, pidió reposición del auto negatorio y en subsidio copia de las piezas procesales necesarias, con las cuales ha ocurrido ante la Corte con el objeto de que le sea concedido el recurso de casación denegado por el Tribunal.

Para resolver, se considera:

Dijo el demandante en su libelo: "Estimo la cuantía de la presente (acción) en la cantidad de mil cien pesos ($ 1.100) moneda legal". "Esta estimación, según se afirma en el auto recurrido y aparece de las copias, no fue en manera alguna objetada por el demandado. La estimación del valor de la acción corresponde hacerla al demandante, según el artículo 205 del Código Judicial, y el demandado, cuando no la acepte por cualquier motivo, puede objetarla para que se determine previo dictamen pericial (artículo 206 ibídem). Cuando éste no hace uso de la facultad de objetarla, se entiende que acepta la fijada por el actor para todos los efectos legales en materia de competencia.

Muchas veces ha dicho esta Sala que la cuantía de las acciones puede ser determinada o indeterminada, según que se señale en la demanda una cantidad precisa y fija, como ha sucedido en este caso, o que se fije una tasa mínima como cuando se estima "en suma mayor de tantos pesos", dejando en esta forma abierta la posibilidad de que pueda ser estimada en cifra precisa de acuerdo con la ley, cuandoquiera que sea necesario establecer con exactitud esta circunstancia para los efectos de la procedencia de un recurso judicial. Reiteradamente tiene establecido la Corte que cuando el demandante señala desde el principio del juicio el valor determinado de su acción y el demandado no lo objeta, tal estimación rige como elemento invariable de la

litis y es intocable posteriormente para calificar la procedencia del recurso de casación por ese motivo. No se puede decir entonces que haya serios motivos de duda sobre el valor de la acción incoada, para pretender el avalúo pericial que para esos casos establece el artículo 524 del Código Civil.

Esta ha sido la doctrina uniformemente sostenida por la Sala de Casación Civil, como puede verse, entre otras, en las providencias de 11 de febrero, 9 de marzo y 5 de julio de 1938 (*Gaceta Judicial* XLVI, págs. 115, 210 y 726), y en la de 7 de julio de 1939, visible a la página 375 del tomo XLVIII de la *Gaceta Judicial*.

No siendo, por lo visto, procedente el recurso de casación para cuya concesión se ha interpuesto éste de hecho, 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, estima bien denegado el recurso de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial en el juicio a que se ha hecho referencia.

Dése cuenta al Tribunal para que conste en los autos.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Fulgencio Lequerica Vélez, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Hernán Salamanca; el Conjuez, *Juan Francisco Mújica. Pedro León Rincón,* Secretario en propiedad.

REIVINDICACION

Ha dicho ya la Corte que "a quien alega el dominio como base de reivindicación, le basta presentar títulos anteriores a la posesión del demandado, no contrarrestados por otros que demuestren igual o mejor derecho del poseedor no amparado por la prescripción. La presunción de dominio establecida por el artículo 762 del Código Civil desaparece en presencia de un título anterior de propiedad, que contrarreste la posesión material, pues el poseedor queda entonces en el caso de exhibir otro título que acredite un derecho igual o superior al del actor".

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

En libelo de fecha 3 de agosto de 1939, repartido al Juzgado 3º de este Circuito, Georgina Salcedo Gil, mayor y vecina de Bogotá, demandó a Luis María, Mercedes, Carmen y María Rodríguez Lugo, también mayores y de la misma vecindad, para que en la sentencia definitiva producida con su audiencia en un juicio ordinario de mayor cuantía, se declare que le pertenecen y son de la exclusiva propiedad de la actora la casa número 12-99 de la calle 7ª de esta ciudad, situada en el barrio de Santa Bárbara, lo mismo que el lote de terreno que forma el tercer patio de la casa mencionada, ambos inmuebles alinderados como allí se dice, y que en consecuencia se condene a los demandados, considerándolos como poseedores de mala fe, a restituírselos con sus frutos naturales y civiles, no solamente los percibidos sino los que hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado teniéndolos la actora en su poder, y a pagarle el valor de los deterioros que las fincas han sufrido en su poder y las costas del juicio.

Funda la demandante el ejercicio de su acción reivindicatoria en su condición de dueño de los inmuebles para cuya demostración acompaña a su demanda numerosas escrituras públicas que cubren un largo período de la tradición del dominio hasta llegar a su patrimonio, y afirma que ha tenido que iniciar este juicio de dominio porque los demandados se han declarado dueños de la casa sin serlo y sin tener título ninguno puesto que la ocuparon como arrendatarios, según contrato que en el año de 1919 celebró Aristides Salcedo, dueño entonces de la casa, con José G. Rodríguez, padre de los demandados, y luégo con María Rodríguez Lugo, quien durante muchos meses pagó la renta del arrendamiento al arrendador Salcedo.

Surtido el traslado legal de la demanda, se opusieron los cuatro demandados a que se hagan las declaraciones solicitadas por la actora: Luis María, Mercedes y Carmen Rodríguez Lugo, alegando que ellos nada tienen ni poseen de los bienes reivindicados, y la otra demandada, María Rodríguez Lugo, alegando que es dueña del inmueble singularizado en la demanda, por haberlo poseído quieta, pacífica e ininterrumpidamente durante treinta años, para lo cual propuso y alegó la correspondiente excepción de prescripción adquisitiva del dominio.

Trabada de este modo la litis, el Juzado del Circuito, después de los trámites correspondientes, profirió sentencia de primer grado el 20 de junio de 1940, en la cual se hicieron las declaraciones pedidas en la demanda, con excepción de la referente al pago de deterioros del inmueble a que se refiere el cuarto de sus pedimentos. Costas a cargo de los demandados.

Sentencia acusada.

Se produjo la segunda instancia judicial de este negocio por virtud de la apelación oportunamente interpuesta por la parte demandada contra el fallo del Juzgado, instancia que terminó con la sentencia de fecha 15 de julio de 1942, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la cual se revocó la apelada y en su lugar se resolvió:

"Absuélvese a los demandados Luis María Rodríguez Lugo, Mercedes, Carmen y María Rodríguez Lugo de todos los cargos formulados contra ellos en la demanda presentada por Georgina Salcedo Gil.

En consecuencia, reconócese en favor de los citados demandados Luis María Rodríguez Lugo, Mercedes, Carmen y María Rodríguez Lugo, la

prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio de la finca que reza la demanda en mención, o sea la siguiente: ....1ª casa número 12-99 de la calle 7ª de esta ciudad, marcada en la antigua nomenclatura con el número 237, situada en el barrio de Santa Bárbara de esta ciudad.... y un lote de terreno, situado en el barrio de Santa Bárbara, de esta ciudad, sobre la carrera 13, que forma el tercer piso (sic) de la casa arriba expresada, alinderado así:.... No se hace especial condenación en costas."

En la motivación de esta sentencia revocatoria, luégo de exponer los elementos legalmente constitutivos de la acción reivindicatoria que define el artículo 946 del Código Civil, estima el Tribunal, en vista de los títulos escriturarios aducidos por la demandante y que abarcan un período de más de cuarenta años, que evidentemente la actora tiene la propiedad plena de los bienes que pretende reivindicar contra sus demandados que no le han opuesto título de ninguna naturaleza, sino simplemente el hecho posesorio como base de sus pretensiones prescriptivas. Plantéase el caso de autos como el de prescripción extraordinaria, definido y gobernado por el artículo 2531 del Código Civil, en su numeral 3º, y a la luz de esta disposición considera y analiza la sentencia las pruebas aducidas por la actora para concluir que no está demostrado que por la parte demandada se haya reconocido expresa ni tácitamente dominio de la demandante sobre los bienes en litigio. Las probanzas estimadas por el Tribunal a este respecto, son: a) Los talonarios de recibos expedidos a María Rodríguez Lugo por concepto de arrendamiento, desechados por considerar que su mérito era el de simples anotaciones privadas; b) El documento de fecha 2 de agosto de 1919, contentivo del contrato de arrendamiento de la casa en litigio, celebrado por Aristides R. Salcedo con José G. Rodríguez, padre de los demandados, y el certificado suscrito por éste en enero de 1922, en el cual hace constar que debe a Salcedo por arriendo de una casa de su propiedad, la suma de $ 161.80, documentos éstos desechados como prueba por estimar que quien los suscribió es extraño a esta litis y no pueden, por consiguiente, desvirtuar actuaciones personales de los demandados, advirtiendo que si la acción se hubiera enderezado contra la sucesión de José G. Rodríguez, representada por sus herederos, otra sería la apreciación que habría de hacerse de estos documentos; c) Recibos de pago por impuesto predial y servicios de agua y luz hechos por la demandante, Aristides Salcedo y sus antecesores en la propiedad de la casa, desestimados porque su significación probatoria es muy relativa, comoquiera que la parte demandada también adujo comprobantes de pago verificados por María Rodríguez en el mismo concepto.

Que los demandados han estado en posesión de la casa durante treinta años, sin violencia, clandestinidad ni interrupción, como lo exige la segunda condición del ordinal 3º del artículo 2531 del Código Civil, estima el Tribunal que está fehacientemente probado en autos con las declaraciones testimoniales de Bernardo Osuna, Manuel Antonio Silvestre y Jorge Laverde, rendidas a pedimento de la parte demandada en la segunda instancia, y con los testimonios de Daniel Ramírez y Neftalí Rey, rendidos en otro juicio y ante otro Juez, y traídos a este proceso en copia durante el primer grado.

"Lo dicho demuestra —escribe el Tribunal para finalizar su fallo— que si bien es cierto que la señora demandante en un principio acreditó la procedencia de su acción reivindicatoria, mediante la exhibición de sus títulos, también lo es que esa acción se encuentra enervada con la excepción que le opuso la parte demandada: prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio, mediante la cual lo ha adquirido ya sobre el inmueble de la litis, por haber demostrado, se repite, una posesión continua de más de treinta años, sin que de autos aparezca que durante ese largo tiempo haya hecho la demandante en este juicio otra gestión tendiente a obtener la restitución de la casa."

El recurso.

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia, cuyo resumen fundamental acaba de hacerse, interpuso oportunamente recurso de casación el apoderado de la actora, recurso que debidamente admitido y tramitado se decide hoy. Se acusa la sentencia del Tribunal, con apoyo en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, de ser violadora de ley sustantiva por efecto de equivocada apreciación y de omisión en el estudio de pruebas. Ordenando y concretando las razones de la demanda, el cargo esencial que se formula contra el fallo es el siguiente:

El Tribunal violó los artículos 946, 947, 950, 952, 964, 2512, 2518 y 2531 del Código Civil, como consecuencia inmediata del error de hecho en que incurrió al estimar los testimonios de Bernardo Osuna, Manuel Antonio Silvestre, Jorge Laverde, Daniel Ramírez y Neftalí Rey, como las demás pruebas que se citan en la sentencia, en cuanto se basó en ellas para afirmar que el actor no ha demostrado que durante los últimos treinta años sus demandados no han reconocido ni expresa, ni tácitamente su dominio, y que los demandados han probado posesión treintenaria ininterrumpida sobre la casa que se reivindica,

contra la opuesta evidencia que surge manifiestamente de numerosas pruebas no apreciadas y ni siquiera mencionadas en la sentencia, como son, entre otras, los testimonios de Liborio López Ovalle, Roberto Franco, Tulia Méndez, Sergio y Enrique Pardo, Eugenio Rico, Inés Olaya, Alfonso Campagnoli, Mercedes Castillo y Josué Bernal.

Dejando de lado otras acusaciones y desarrollos innecesarios de la demanda de casación, la Sala reduce su estudio al expresado cargo por hallarlo fundado y suficiente para producir la infirmación del fallo acusado, según las consideraciones que pasan a expresarse.

De acuerdo con las bases fundamentales dadas a este litigio de reivindicación, se ha planteado en él uno de los dos casos en que es posible que un detentador precario pueda adquirir por prescripción, esto es, cuando contradice pública y abiertamente el derecho del propietario por haber poseído por el tiempo requerido, sin violencia, clandestinidad ni interrupción. Esta es la situación señalada en los dos últimos numerales del artículo 2531 del Código Civil, en los cuales consigna la ley las condiciones que exige para que el que tiene originalmente un título de mera tenencia sobre una cosa, pueda adquirirla por el modo de la prescripción. Dichas condiciones son:

"1ª Que el que se pretenda dueño no pueda probar que en los últimos treinta años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción", y

"2ª Que el que alegue la prescripción, pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo."

Como se ve, es indispensable para el triunfo de las pretensiones del detentador precario, que coexistan ambos requisitos, esto es, que por parte del actor haya falta de prueba y que el demandado haya probado suficientemente su posesión con las calidades preindicadas.

A la luz de esta doble necesidad demostrativa se revisa el estudio probatorio que el Tribunal hizo en su sentencia, para deducir la prosperidad del cargo a base de error de hecho en su estimación, para lo cual el mejor método es la enumeración, con algunas acotaciones críticas, de los diversos elementos de prueba aportados al juicio, los tenidos por el sentenciador como base de su convicción y los omitidos por él en la motivación de su fallo, para contraponer los hechos que resultan demostrados manifiestamente.

El sentenciador, como se vio, tuvo por plenamente probado el hecho de la posesión treintenaria e ininterrumpida de la demandada María Rodríguez Lugo sobre la casa contestada, con los testimonios de Bernardo Osuna, Manuel Antonio Silvestre, Jorge Laverde, Daniel Ramírez y Neftalí Rey, quienes declaran, uno que desde 1906, los otros que desde 1902, María Rodríguez Lugo y su familia han habitado la casa como les consta por haber estado allí en muchas ocasiones, y afirman que la mencionada señorita ha estado en posesión quieta, pacífica y no interrumpida del inmueble, manifestada por hechos a que sólo da derecho el dominio, como habitarla permanentemente, hacerle mejoras tales como el encementado de un patio, construcción de cañerías, pago de andenes, etc.

Al margen de estos testimonios, en los cuales el hecho sobresaliente y único que aparece directamente observado por los declarantes es el de la habitación de la casa por parte de María Rodríguez y su familia, se observa que Silvestre, repreguntado por la contraparte, advierte que no sabe a qué título ocuparía la señorita Rodríguez Lugo la casa, "si como arrendataria o como dueña"; y la misma declaración, visiblemente desvirtuante de la prueba posesiva, añade el testigo Laverde: "Como he dicho —contesta a la repregunta—, más o menos desde mil novecientos ocho conozco a la señorita María Rodríguez Lugo y a su familia habitando en la mencionada casa, pero no sé si la ocuparán a título de dueños o como arrendatarios...." De las dos últimas de las cinco declaraciones sobre el hecho de la posesión, rendidas ante otro Juez y en distinto juicio, sólo es apreciable la de Daniel Ramírez, porque aunque no fue ratificada, se la acreditó con testigos de abono por haber fallecido el declarante. El dicho de Neftalí Rey es legalmente inapreciable en su condición de testimonio trasladado, sin ratificar.

Enfrente y en contradicción al hecho de la posesión, por lo menos de la treintenaria continua, deducido por el Tribunal, de las declaraciones preindicadas, de no mucho vigor y mérito como prueba posesoria, ofrece el proceso diversos elementos capaces y bastantes para fundar por contraria evidencia la convicción opuesta a la sentencia sobre el particular. De tales elementos se mencionan algunos:

Presentado con la demanda y al folio 257 del cuaderno número 1, obra el documento, debidamente estampillado, contentivo del contrato por medio del cual Aristides Salcedo, en su calidad de dueño de la casa de que se trata, la dio en arrendamiento a José Gregorio Rodríguez, quien la habitó con su familia. El contrato se celebró el 2 de agosto de 1919. El folio siguiente de los autos lo forma un certificado suscrito por el mismo José Gregorio Rodríguez, en que confiesa deber a Salcedo una suma proveniente de la ren-

ta del arriendo. Estos documentos, entrados al proceso con la demanda y citados en sus hechos fundamentales, no han sido objeto de reparo ni contradicción alguna por parte de los demandados, quienes aceptan en la absolución de las posiciones que se les pidieron, el hecho de ser ellos hijos legítimos del arrendatario José Gregorio Rodríguez y la circunstancia de haber venido habitando la casa familiarmente en vida del padre y después de su muerte.

En estas condiciones, el rechazo o desestimación que de esta prueba hizo el sentenciador con fundamento en que no habiéndose enderezado la acción contra la sucesión de José Gregorio Rodríguez ni contra sus herederos, sino personalmente contra los demandados, no puede esgrimirse para desnaturalizar actividades propias de ellos, es infundado en concepto de la Sala. Tendría razón el sentenciador, si el documento se adujera como base de acción por obligaciones generales en el contrato, o si se tratara de un caso de *accessio posessionum,* en el que sí sería procedente averiguar la cuestión del antecesor o autor y analizar la calidad sucesoral para efectos de personeria, pero como prueba de un hecho excluyente de la posesión de la demandada María Rodríguez Lugo, no mediando interversión de título, es perfecta. Se demuestra, en efecto, que para la fecha del contrato —agosto de 1919— José Gregorio Rodríguez, padre de la familia Rodríguez Lugo, y su jefe ocupaba la casa en calidad de arrendatario por contrato celebrado con su dueño Aristides Salcedo, de lo que jurídicamente se deduce que éste era por entonces el poseedor del inmueble. José Gregorio Rodríguez, fallecido el 24 de enero de 1924, no desconoció su título precario de mera tenencia ni se alzó contra el derecho de su arrendador. Su contrato de arrendamiento de la casa, celebrado como jefe de hogar para que en ella habitara su familia, y como miembro de ella su hija María Rodríguez Lugo, explica y demuestra, por otra parte, la forma como esta demandada obtuvo la tenencia de la casa cuyo dominio resolvió contradecir después públicamente. A este respecto, como dato ilustrativo, se advierte que al folio 28 del cuaderno número 6, en copia debidamente pedida y expedida del juicio de lanzamiento de la casa en referencia, seguido en el Juzgado 4º Municipal de esta ciudad por Aristides Salcedo contra María Rodríguez Lugo en 1935, obra un contrato de arrendamiento, fechado el 8 de febrero de 1924, a raíz de la muerte del padre de los demandados, entre los citados Salcedo y Rodríguez Lugo. Por las copias se sabe que el lanzamiento no prosperó porque habiendo la demandada redargüido de falso el documento del contrato, se estableció en el trámite correspondiente que la firma que rezaba su nombre no había sido escrita por ella, sino, en concepto de uno de los peritos grafólogos, por su hermano Luis María Rodríguez Lugo. El actor acompañó a su demanda, entre otras muchas pruebas, talonarios de recibos expedidos por Leopoldo Salcedo a María Rodríguez Lugo, por concepto de arrendamientos, entre los años de 1930 hasta fines de 1934. A folios 7 vuelto a 9 del cuaderno número 2, obran las declaraciones testimoniales rendidas ante el Juez de la causa por el doctor Alfonso Campagnoli y por Inés Olaya, quienes afirman, el primero, por haber acompañado al doctor Salcedo varias veces a la casa de la calle 7ª, que vieron, entre 1924 y 1928, que éste contrató diversas reparaciones del inmueble, pagó impuesto predial por él, cobró arrendamientos a la familia Rodríguez Lugo y presenciaron el caso de que María Rodríguez le pagó arrendamientos de la casa y aceptó el encargo que el dueño le hiciera para vigilar las obras. Tres testigos más, cuyos nombres y dichos no se mencionan por no haber sido ratificadas sus declaraciones extrajuicio, corroboran estos hechos. Eugenio Rico, en declaración rendida en segunda instancia (folio 13, cuaderno 6), carpintero de profesión, afirma que ejecutó por cuenta del doctor Aristides Salcedo, quien le pagó su trabajo, varias obras como entablados, reparación de puertas, hechura de unos escalones, etc., en la casa de la calle 7ª, entre los años de 1920 y 1930, ocupada entonces por la familia Rodríguez Lugo.

(No hay para qué deducir a través de análisis separados el mérito de cada uno de estos documentos, porque la convicción de la Sala reposa y se funda en la fuerza demostrativa que fluye de la totalidad de los elementos que integran el haz probatorio, muchos ignorados en la sentencia, y de cuya enunciación se desprende su armonía y refuerzo recíproco).

Liborio López Ovalle declara con todas las formalidades de ley (folio 15, cuaderno 6), que por haber vivido toda su vida en la casa contigua, le consta que José Gregorio Rodríguez con sus hijos María, Carmen, Mercedes, Luis María y Eduardo Rodríguez Lugo, habitó durante varios años, que corrieron hasta fines de 1911, la casa número 72, hoy 5-87, de la carrera 5ª de esta ciudad. Este hecho, sobre el cual da el testigo minuciosas referencias para fijar su recurso, afirmado también en otras declaraciones que son legalmente inapreciables por ser trasladadas sin la debida ratificación, aparece corroborado con el certificado municipal que acredita la muerte de la madre de los demandados, señora Mercedes

Lugo de Rodríguez, quien, como lo dice el citado documento auténtico, "murió el 25 de julio (de 1908) en la carera 5ª número 72, de insuficiencia mitral...."

El testigo Eugenio Rico afirma, además, en su declaración ya citada, que conoció la casa en mención "en el año de 1910, cuando vivía en ella don Leopoldo Salcedo, padre del doctor Aristides Salcedo". Y el profesor Roberto Franco, en exposición testifical visible al folio 32 del cuaderno número 6, dice: "Es verdad que en varias ocasiones receté al señor Leopoldo Salcedo, a Angelina Salcedo y a Susana de Salcedo, como médico de la familia, entre los años de 1910 y 1918, y por haber ido con ese objeto a la casa de habitación, me consta personalmente que la mencionada familia Salcedo habitaba la casa que queda situada en la esquina sureste de la calle séptima con la carrera trece de esta ciudad; y por haberlo visto y presenciado, me consta igualmente que el doctor Leopoldo Salcedo poseía con su familia la mencionada casa".

Las deducciones que pueden fundarse en las precitadas pruebas, cobran vigor por la corroboración que les prestan los recibos del Acueducto Municipal de Bogotá por servicio de agua pagado por los Salcedos desde el año de 1924 hasta el de 1935; los recibos de pago y liquidación del impuesto predial y servicios de aseo y alumbrado por el inmueble de la calle 7ª, pagados por los mismos y correspondientes a los semestres de 1927 a 1935; la factura número 290 de abril de 1930 de las Empresas Municipales de Bogotá al señor Aristides Salcedo por la independización del servicio de agua de la casa de la calle 7ª con los respectivos locales de la carrera 13. El Tribunal desechó esta prueba, como se vio al hacer la síntesis del fallo acusado, por la razón de que la parte demandada adujo también iguales documentos, razón ésta que acusa falta de análisis por parte del sentenciador, pues la confrontación de las fechas de los recibos revela y acredita que los Salcedos verificaron los pagos por impuestos y servicios de 1935 hacia atrás, y sólo aparecen pagados por los demandados Rodríguez Lugo a partir de este año de 1935 hacia adelante, lo cual concuerda y se inserta muy bien con las conclusiones a que dan apoyo las pruebas sobre posesión consideradas hasta aquí. Es, además, circunstancia significativa en el balance apreciativo de estas pruebas, la de que en los recibos por pago de impuesto predial exhibidos por los demandados, se especifica que *no tienen libreta*, en tanto que los aducidos por los Salcedos hacen referencia a la libreta número 15578.

Las consideraciones que se llevan expuestas son suficientes para apoyar la conclusión de que el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas sobre posesión treintenaria ininterrumpida por parte de los demandados Rodríguez Lugo sobre la casa en litigio, error que lo condujo al quebranto del artículo 2531, entre otros, del Código Civil. Lo antedicho, a la vez que sirve para fundar la prosperidad del cargo en casación, sirve asimismo para motivar la decisión de reemplazo que en consecuencia ha de proferir la Corte. Para este fin sólo hace falta, no habiendo duda alguna sobre la identidad del bien singular que se reivindica, la demostración del dominio de la actora sobre la casa particularizada en la demanda, para lo cual acoge y transcribe la Sala el aparte pertinente reproducido en el fallo del Tribunal, en que muy acertada y minuciosamente se estudia en la sentencia del primer grado este elemento de la reivindicación, sobre la cadena de títulos de más de cuarenta años, aducidos por la demandante con su demanda.

"Copia de la escritura número 83 de fecha 20 de febrero de 1897, en la cual consta que conforme a la escritura 1188, otorgada ante el Notario 1º, Joaquín Duque vendió a Lucio Rocha Cortés el lote expresado en ella, situado en el barrio de San Victorino.

"Copia debidamente registrada de la escritura número 733 de 4 de octubre de 1897, en la cual Joaquín Duque y Lucio Rocha Cortés, aclaran un lindero en relación con la anterior escritura.

"Copia registrada de la escritura número 453, otorgada ante el Notario 1º del Circuito con fecha 4 de junio de 1898, por la cual Lucio Rocha Cortés presentó para su protocolización unas declaraciones sobre construcción en el lote que hace esquina entre la calle séptima y la carrera 13, camellón que conduce a Soacha.

"Copia debidamente registrada de la escritura número 343 de once de julio de 1908 por la cual se protocolizó en la Notaría 1ª el juicio de Francisco Rocha, hijuela del señor Leopoldo Salcedo por la cual aparece que se le adjudicó el inmueble anteriormente mencionado (sin las tiendas).

"Copia debidamente registrada de la escritura número 343 otorgada ante el Notario 1º del Distrito Capital, hijuela del doctor Aristides R. Salcedo, título de propiedad de las tiendas de la casa número 237 de la calle 7ª.

"Copia debidamente registrada de la escritura número 172 de fecha 17 de abril de 1909, hijuela del señor Leopoldo Salcedo en la sucesión del señor Lucio Rocha.

"Copia debidamente registrada de la escritura número 248 de fecha 28 de abril de 1913, otorgada ante el Notario 5º del Circuito, protocolización de la mortuoria del señor Leopoldo Salcedo, hijuela primera de la señora Susana Franco de Salcedo, por la cual se adjudica a ésta el inmueble situado en el barrio de Santa Bárbara de esta ciudad, distinguido en su puerta de entrada con el número 237 de la calle 7ª, excepción hecha de las tiendas, y lindando por el costado con la carrera 13.

"Copia debidamente registrada de la escritura número 1285 otorgada ante el Notario 2º de Bogotá el 9 de julio de 1919 por la cual Susana Franco de Salcedo vende a Aristides R. Salcedo el bien raíz situado en el barrio de Santa Bárbara de esta ciudad, señalado en la puerta de entrada con el número 237 sobre la calle 7ª, excepción hecha de las tiendas, y lindando por un costado con la carrera 13.

"Copia registrada de la escritura número 2808, otorgada ante el Notario 1º el diez de septiembre de 1929 por la cual Aristides R. Salcedo vende a la señora Mercedes Castillo Pulido el inmueble anteriormente relacionado, junto con las tiendas, distinguidas éstas con los números 28 y 28-K, sobre la carrera 13.

"Copia registrada de la escritura número 2150 otorgada ante el Notario 1º del Circuito el día 1º de septiembre de 1930 por la cual Mercedes Castillo P. vende a Georgina Salcedo Gil el inmueble distinguido con el número 237 de la calle 7ª junto con dos tiendas exteriores que hacen parte de la misma casa, sobre la carrera 13."

Como complemento de la anterior titulación, corren de autos los certificados expedidos por el Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de Bogotá, según los cuales Georgina Salcedo Gil, dueña del inmueble de que tratan los títulos, no lo ha enajenado y, de consiguiente, la inscripción hecha en su favor y que acredita el dominio, está vigente (folios 44 y 45. Cuaderno 6º).

No procede la consideración de los reparos que en torno de esta titulación formula en su escrito de réplica en casación el apoderado de los demandados, porque no habiendo aducido la parte que representa títulos de ninguna naturaleza, sino su mera posesión, carece de interés para analizar y hacer observaciones en torno de remotas tradiciones antecedentes del dominio que la actora ha demostrado que le pertenece. "A quien alega el dominio como base reivindicación —ha dicho la Corte—, le basta presentar títulos anteriores a la posesión del demandado, no contrarrestados por otros que demuestren igual o mejor derecho del poseedor no amparado por la prescripción. La presunción de dominio establecida por el artículo 762 del Código Civil, desaparece en presencia de un título anterior de propiedad, que contrarreste la posesión material, pues el poseedor queda entonces en el caso de exhibir otro título que acredite un derecho igual o superior al del actor." (*Gaceta Judicial,* tomo XLIII, página 598).

Con apoyo en las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 15 de julio de 1942, y en su lugar confirma la del primer grado, dictada por el Juzgado 3º Civil de este Circuito el 20 de junio de 1940, con la adición aclarativa de que los demandados, considerados como poseedores de mala fe, deben pagar los frutos, estimados por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, a partir de la fecha en que verificaron el último pago de la renta del arrendamiento.

Sin costas en el recurso.

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

Fulgencio Lequerica Vélez, Daniel Anzola, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Hernán Salamanca. — El Conjuez, *Eduardo Zuleta Angel. Emilio Prieto H.,* Oficial Mayor en propiedad.

Acción de nulidad de un contrato de compraventa.—Nulidad e inexistencia.—Acusación por error de hecho en la apreciación de las pruebas.

1.—Si la doctrina considera en abstracto el fenómeno de la inexistencia, es únicamente desde el punto de vista de la nulidad, como ha tenido la ocasión de precisarlo la Sala de Casación en fallos diferentes. Y es que efectivamente la expresión contrato inexistente **es en sí misma contradictoria. Y lo es, porque el concepto contrato enuncia la existencia de un ente, o una realidad jurídica creada, que puede ser viciosa pero en todo caso existente; es decir, enuncia una determinada relación con el atributo propio de los entes. En cambio, el calificativo** inexistente, **es la negación misma del ente; y una cosa no puede ser, y no ser, vale decir, no puede ser ente y no serlo al mismo tiempo. En rigor, prácticamente hablando, el problema en si cabe o nó pensar en inexistencia, es del todo inoficioso, puesto que, aun optando por la afirmativa, ello es que la ley no ofrece casilla especial para tal fenómeno ni le establece tratamiento singular y precisamente, por lo mismo, los casos de esa índole van a dar a la nulidad absoluta, que sí es fenómeno reconocido y reglamentado por la ley. Por tanto, piénsese sobre eso lo que se quiera, en lo judicial se les ha de colocar en el concepto de nulidad absoluta, lo que los deja en situación o calidad de cuestiones meramente metafísicas, sin trascendencia o sentido práctico, por interesantes que sean de suyo.**

2.—Cuando se acusa en casación una sentencia por error de hecho en la apreciación de las pruebas, es indispensable que el recurrente designe las pruebas mal interpretadas u olvidadas, que indique el concepto en que fueron mal estimadas y que generan el error de que se acusa el fallo, que precise el modo como ha debido reconocerse y apreciarse, y que señale forzosamente las disposiciones legales sustantivas infringidas a causa de los errores de hecho o de derecho sufridos por esa mala apreciación.

3.—En nuestro sistema probatorio se admite la prueba de indicios con recelo, se la rodea de muchas garantías para que exista la seguridad de que lo fallado a base de ella ha sido establecido sin lugar a duda.

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

(Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola).

En la escritura pública número 675 de 13 de septiembre de 1939, de la Notaría de Popayán, se hizo constar el contrato de compraventa por el cual la señorita Dolores Delgado transfirió al doctor Domingo Lemos Guzmán el dominio de una casa de su propiedad, ubicada dentro del área de la misma ciudad y delimitada como se lee en el libelo de demanda, por el precio de $ 5.000 en moneda corriente, que la otorgante vendedora "confiesa tener recibidos de manos del comprador a su entera satisfacción".

Dos años después la Delgado, quien siguió ocupando el inmueble del contrato y percibiendo el valor del arrendamiento de algunas piezas y locales de la misma casa, por conducto de apoderado, en memorial al Juzgado 2º Civil de aquel Circuito, demandó al doctor Lemos Guzmán para que en juicio ordinario, con su citación y audiencia, se hicieran en la sentencia definitiva estas declaraciones:

"Primera. Por carecer de los requisitos esenciales de los contratos, o de alguno de ellos, 'es inexistente' el de compraventa celebrado entre la señorita Delgado y el doctor Lemos Guzmán, que consta en la escritura 675 de 13 de septiembre de 1939, de la Notaría 2ª de Popayán, y por tanto, por ese contrato no se transfirió el dominio del inmueble allí relacionado."

En subsidio, solicitó se hicieran, y en su orden, una de estas otras:

a) Que "es nulo, de nulidad absoluta", y no produce efectos, el expresado contrato de compraventa;

b) Por incapacidad de la vendedora, o por estar viciado su consentimiento por fuerza o dolo, o por falta de causa, o por todos estos motivos, "está rescindido" el indicado contrato de compraventa;

c) Por no haber pagado el precio el comprador "está resuelto el contrato".

Consecuencial a la declaración que triunfare, pidió, que como la vendedora no había recibido el precio de la escritura, no era el caso de imponerle la obligación de devolver ninguna suma de dinero, y que se dispusiera la cancelación del título declarativo de la venta mencionada, todo con costas a cargo del demandado si hiciere oposición a la demanda.

Los hechos sustentantes de la acción los relaciona el libelo en varios numerales, en donde se expresa: a) La demandante, a consecuencia de grave dolencia hepática tenía el hábito de las drogas heroicas, debido a esto, para el día del contrato "no se encontraba en su entero y cabal juicio y aun pudiera asegurarse que había perdido la razón"; b) Hechos desagradables sucedidos entre la demandante y sus más íntimos familiares ocasiondos quizá por su estado de salud, habianle hecho creer que éstos proyectaban arrebatarle su casa; en estas circunstancias, "la Delgado acudió donde el doctor Lemos Guzmán y convinieron en el otorgamiento de una escritura como medio eficaz para hacer desaparecer sus justos temores, mas sin que hubiera habido verdadera intención de realizar contrato alguno, porque el instrumento era únicamente un medio de ocultar al público el nombre del verdadero dueño del inmueble"; c) A la fecha de este convenio, "la Delgado no se hallaba en el uso completo de la razón, y sus declaraciones, principalmente la de haber recibido el precio y su voluntad de transferir el dominio, fueron hechas bajo el influjo de la fuerza de sus relaciones de familia, de su dolencia, y del uso de las drogas heroicas"; d) La demandante no hizo entrega material de la casa, siguió usufructuándola como poseedora; ni antes ni después del contrato ha tenido en su poder suma alguna de dinero, menos la manifestada en la escritura, pues siempre ha carecido de lo más indispensable para sus gastos.

Compendia la parte actora la razón de sus pedimentos, afirmando, "que en el contrato de compraventa cuestionado, no existió por parte de la vendedora capacidad para celebrarlo, por no estar en el uso de la razón; ni medió pleno consentimiento, por estar éste viciado por fuerza psicológica o dolo; ni objeto, ni causa, ni ánimo de desprenderse del dominio de una parte, ni de adquirirlo por otra".

Al descorrer el traslado de la demanda, se opuso el demandado a que se hicieran las declaraciones pedidas por el actor; negó los hechos esenciales, alegados en el libelo, a excepción del otorgamiento de la escritura memorada; y, finalmente, opuso a la acción las excepciones perentorias que denominó "carencia de acción", "carencia de personería", "incompatibilidad de pretensiones" y la innominada de que habla la ley de procedimiento.

Trabada así la litis y seguida por el trámite señalado por la ley, le puso fin el Juzgado 2º del Circuito de Popayán a la primera instancia con su sentencia absolutoria de dos de marzo del año pasado, previa la declaración de estar probada la excepción perentoria de *carencia de acción* que opuso la parte demandada al responder el traslado que le fue surtido.

Sentencia acusada.

El oportuno recurso de apelación que contra esta sentencia interpuso el señor apoderado de la parte actora, llevó este negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, donde se tramitó y decidió el segundo grado del juicio en sentencia de 13 de noviembre del año pasado, que por ser absolutoria, vino a confirmar en todas sus partes la del señor Juez de la primera instancia.

Con el objeto de motivar su sentencia, el Tribunal en la parte expositiva de su fallo comenta las distintas peticiones de la demanda, para concluír que sólo es motivo de decisión y análisis lo referente a la acción de nulidad, toda vez que las súplicas sobre simulación y resolución del mismo contrato —dice— fueron expresamente retiradas del debate por propio movimiento de la parte actora. Y explica la Sala falladora este paso de la sentencia, así: la parte actora para fundamentar o precisar ante el Tribunal los motivos de la apelación que interpuso contra la sentencia de primer grado que le fue desfavorable en su integridad, expresó que no hallándose probados ni fundamentados en el curso de las dos instancias los extremos de las peticiones sobre simulación y resolución, no sólo estimaba y consideraba que no podían prosperar, sino que se abstenía de discurrir sobre esas figuras jurídicas, ya en el hecho, ya en doctrina, por no tener relación ninguna en el litigio.

Singularizada así la sujeta materia de la apelación, o sea la nulidad, el Tribunal siguió la senda dejada por la prueba testimonial —la única en el juicio— aducida por una y otra parte

en defensa de sus respectivas pretensiones, y luégo del pertinente análisis concluyó con este compendio que se copia: "De aquí resulta que, o la señorita Delgado T. y el doctor Lemos Guzmán celebraron determinado contrato relacionado con la casa de la señorita Delgado T., contrato al cual hacen referencia los testigos Fernández y Bravo y cuyas cláusulas precisas son desconocidas en el proceso, ignorando al propio tiempo si tal contrato fue a título gratuito y oneroso, o que real y efectivamente se llevó a cabo entre los prenombrados contratantes el negocio de compraventa de la casa a que alude la demanda en forma determinada, según lo afirman los testigos Delgado Ayerbe y Tobar Díez, afirmación ésta que coincide absolutamente con lo aseverado en la escritura número 675 en donde consta el contrato de compraventa de una casa, sita en Popayán, instrumento éste en el cual la señorita Dolores Delgado T. y como comprador el doctor Domingo Lemos Guzmán. Ante este dilema que emerge del proceso, es forzoso concluír que el contrato de compraventa a que alude la escritura tántas veces citada, reúne todos los requisitos legales de forma y de fondo, pues no se ha demostrado que carezca de causa el contrato en cuestión o que esa causa contenga algún vicio que pudiera comportar una nulidad a la luz de la ley".

Esta es la fundamentación, resumida, del fallo de la segunda instancia, que la parte actora acusa en el recurso de casación, que oportunamente interpuesto ante el Tribunal y admitido por la Corte, se decide en este fallo, agotado como se halla el trámite legal correspondiente.

El recurso.

Se invoca para fundamentar el recurso la primera de las causales legales de casación que enumera el artículo 520 del Código Judicial, y se formulan contra la sentencia los cargos que a continuación se enuncian y estudian siguiendo el orden lógico que corresponde.

a) Error de hecho en la interpretación de la demanda, en razón de que el Tribunal no estudió la acción de "inexistencia", y se abstuvo de declararla en el fallo, violando entre otras disposiciones las de los artículos 1502 y 1740 del Código Civil que establecen: la primera, cuáles son los requisitos esenciales para que un acto tenga existencia legal; y la última, que acto a que falte alguno de los requisitos esenciales a su existencia, debe reputarse nulo.

b) Error de hecho al estimar que el actor, en su alegato final de segunda instancia, desistió de varias súplicas principales y subsidiarias de la demanda; apreciación que llevó al sentenciador a concretar el fallo, planteando únicamente la nulidad por falta de causa real y onerosa, violando así el artículo 607 del Código Judicial que establece que las confesiones de los apoderados sólo son recibibles cuando media autorización del poderdante o cuando se hacen en los escritos de demanda o excepciones.

c) Error de hecho en la estimación de las pruebas, por haberse dejado de apreciar la aducida en el proceso, y que legalmente estudiada, habría llevado al Tribunal a la declaratoria de nulidad del contrato acusado por falta de causa o intención de transferir o adquirir el dominio del inmueble. Se señalan como violados los artículos 740, 1502, 1524 y 1740 del Código Civil en el concepto de "haberse dejado de aplicar a consecuencia de falta de apreciación de pruebas y por haber incurrido el Tribunal en errores de hecho y de derecho que aparecen de manifiesto en los autos".

Primer cargo.

Error de hecho en la interpretación de la demanda. Las apreciaciones del recurrente fundadas en que el Tribunal no estudió la petición de "inexistencia", no se justifican. Sucedió que el sentenciador, siguiendo jurisprudencia de esta Sala de Casación, estimó que "como demandar la declaración de inexistencia de un contrato es pedir la nulidad absoluta del mismo, porque la ley no establece causales de inexistencia sino de nulidad" le era preciso, por razón de técnica procesal, estudiar los fundamentos de esta petición sobre el punto de vista de la nulidad también demandada, y así lo hizo en la sentencia.

Y no anduvo el Tribunal equivocado o distanciado de la doctrina en esta apreciación, porque efectivamente, si la doctrina considera en abstracto el fenómeno de la inexistencia, es únicamente desde el punto de vista de la nulidad, como ha tenido la ocasión de precisarlo esta Sala de Casación en fallos diferentes. Y es que efectivamente la expresión *contrato inexistente* es en sí misma contradictoria. Y lo es, porque el concepto *contrato* enuncia la existencia de un ente, o una realidad jurídica creada, que puede ser viciosa pero en todo caso existente; es decir, enuncia una determinada relación con el atributo propio de los entes. En cambio el calificativo *inexistente*, es la negación misma del ente; y una cosa no puede ser y no ser, vale decir, no puede ser ente y no serlo al mismo tiempo.

En rigor, prácticamente hablando, ese problema en sí cabe o no pensar en inexistencia, es del todo inoficioso, puesto que, aun optando por la afirmativa, ello es que la ley no ofrece casilla

especial para tal fenómeno ni le establece tratamiento singular y precisamente, por lo mismo, los casos de esa índole van a dar a la nulidad absoluta, que si es fenómeno reconocido y reglamentado por la ley. Por tanto, piénsese a aquellos respectos como se quiera, en lo judicial se les ha de colocar en el concepto de nulidad absoluta, lo que los deja en situación o calidad de cuestiones meramente metafísicas, ni trascendencia o sentido práctico, por interesantes que sean de suyo.

En consecuencia, si el Tribunal dejó de estudiar la petición de inexistencia por no estimarla como figura jurídica de atributos propios, pero en cambio la entendió bajo el concepto de la nulidad también invocada en la demanda, atemperó su proceder a las normas de la lógica, de la doctrina y de la ley. Se rechaza por lo tanto el cargo.

Segundo cargo.

Error de hecho al estimar que el actor en su alegato de segunda instancia prescindió o desistió de varias de las súplicas de la demanda, para concretar sus pedimentos a la acción de nulidad, única que fue estudiada en la sentencia.

Se explica: En la demanda solicitó el actor se hiciera como principal declaración la de que el contrato memorado era *inexistente;* subsidiariamente, y en su orden, suplicó, bien la declaratoria de *simulación,* la de *nulidad absoluta* o la de *resolución* del mismo pacto. En la sentencia de primer grado fueron negadas todas estas peticiones y el actor apeló de este proveído.

Dispone el artículo 494 del Código Judicial que la apelación se entiende interpuesta en todo lo desfavorable al apelante; por tanto, en el presente caso, al llegar los autos al Superior se entendía, debió entenderse que la apelación se refería a todo lo que fue materia de la controversia y que quedó resuelto en la sentencia. Mas como al fundamentar el mismo apelante su recurso indicó ante el Superior los puntos concretos de su inconformidad con la sentencia de primer grado y a los cuales quería que se contrajera la alzada, y expresó claramente que no pudiendo prosperar las peticiones sobre *simulación* y *resolución,* se abstenía de discurrir sobre ellas para en cambio recabar sobre la nulidad demandada, a efecto de que el Tribunal la declarara junto con las demás consecuenciales, tales como cancelación de registro, costas, etc.; fundándose en eso, y aceptando la voluntad así manifestada y siguiendo el parecer del apelante, único dueño del interés de la demanda, la Sala de Decisión del Tribunal estudió de preferencia la acción de nulidad, no sin hacer ver, que las descontadas ya en el recurso por el mismo actor, la simulación, la resolución, eran también improcedentes.

Efectivamente, al criticar el apoderado de la actora las peticiones sobre simulación y resolución del contrato, dijo ante el Tribunal: "Aun apartándonos de las doctrinas que hoy imperan sobre simulación, para obtener una declaración de ella, sería necesario la existencia por lo menos de un principio de prueba por escrito. No existiendo tal elemento, debo abstenerme de discurrir sobre la simulación, ni en doctrina ni en relación con este litigio". "La resolución del contrato, si se funda en el no pago del precio —motivo que se alega— estimo que no puede prosperar, pues ni en el citado instrumento, ni en las probanzas allegadas aparece que el demandado hubiera contraído obligación alguna en relación con esta prestación recíproca". Luégo de estas salvedades, plantea el apelante el recurso de apelación, afirmando, que como el contrato carece de causa real y en él faltó el ánimo de transferir y adquirir el dominio, debe estimarse que se ha demandado únicamente de nulidad y que esa es la declaración que solicita. Así concretó la alzada el apelante y con ello definió también la jurisdicción del Tribunal.

Sin embargo, en la sentencia explica la Sala falladora cómo en el supuesto de que estuviere *sub judice* la acción de simulación, no podía haberse declarado; falta en los autos, dice, los extremos que la constituyen, ya que, habiéndose alegado falta de causa real, la intención de transferir el dominio por una parte, y por la otra, la de adquirirlo, en dado caso sería el tal contrato nulo y no simulado, como lo sería también si resultare comprobado que la vendedora obró sin consentimiento, o mediando éste, pero viciado por error, por fuerza o dolo. Y como si no fuera esto bastante agregó, que habiéndose hablado en el hecho 6º de la demanda de pacto secreto, no se preocupó sin embargo el actor por dar ninguna comprobación al respecto, pues conformó su actividad a hacer su enunciación en la demanda únicamente, esbozando apenas la pretendida simulación del pacto.

En cuanto hace a la petición sobre resolución del contrato, petición de la cual también prescindió el actor en su alegato ante el Tribunal, evidentemente en la parte motiva nada dijo el fallador en la sentencia de segundo grado; pero se advierte, que a este particular no se hace ningún reclamo en la demanda de casación. Además, dado el enmarañado y contradictorio planteamiento del litigio, nada más extraño que esta petición. No fue, pues, que el señor apoderado hiciera confesiones no recibibles en el juicio; fue que redujo la demanda a lo que en derecho

creyó que se había solicitado y se hallaba demostrado en el proceso.

Las anteriores explicaciones son suficientes para imponer el rechazo de este cargo.

Tercer reparo.

Error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial. Cuando se acusa en casación una sentencia por error de hecho en la apreciación de las pruebas, es indispensable, que el recurrente designe las pruebas mal interpretadas, u olvidadas, indique el concepto en que fueron mal estimadas y que genera el error de que se acusa el fallo, precise el modo como ha debido reconocerse y apreciarse, y señale forzosamente las disposiciones legales sustantivas infringidas a causa de los errores de hecho o de derecho sufridos por esa mala apreciación.

En cuanto a lo primero, dice el recurrente: "Las pruebas que se dejaron de apreciar (lo cual constituye error de hecho en que incurrió el Tribunal), son las siguientes: 'Declaración de los doctores Manuel Bolívar Ordóñez, Tomás Doria, Manuel José Mosquera, y de la señorita María Rosas, en su totalidad, y declaraciones de Filemón Fernández, Arquímedes Bravo, Cornelia Fernández, Carlos Delgado A. y Miguel Tobar Díaz, parcialmente. Además se dejó de apreciar la prueba de posiciones absueltas por el demandado en las dos instancias y las confesiones que contiene la contestación de la demanda. Al dejar de apreciar los indicios que ellas suministran, que son entre otros';"

Se considera: Más de la mitad del extenso fallo que se acusa, lo ocupa el Tribunal en hacer el estudio de la prueba testimonial que dice el recurrente no fue tenida en cuenta en la sentencia. Llega a la fatiga la larga transcripción que hace el sentenciador de varios pasajes de las distintas declaraciones, que no sólo copia una a una y comenta separadamente, sino que armoniza y enlaza en su diferente contenido para optar la conclusión copiada al comienzo de este fallo, en donde dice, "es forzoso concluír que el contrato de compraventa a que alude la escritura tántas veces citada, reúne todos los requisitos legales de forma y de fondo, pues no se ha demostrado que carezca de causa el contrato en cuestión o que esa causa tenga algún vicio que pudiera comportar una nulidad a la luz de la ley".

Sucede que el recurrente estudia, según su criterio, las mismas declaraciones, y apartándose del concepto del Tribunal opina de manera diferente.

Considera el recurrente, por ejemplo, que está demostrado que la señorita demandante tenía para el día del contrato el hábito de las drogas heroicas; pero no cita la prueba precisa de la cual pueda deducirse esta apreciación, ni hace ver, ni indica, porqué de esta circunstancia o hecho se deduce o deba deducirse la carencia de causa del contrato que se acusa. Aisladamente, en tesis general, no puede afirmarse, que todo enfermo de esta clase carece de capacidad para obligarse o contratar; para llegar en dado caso a esta conclusión, es necesario demostrar que el uso de la droga dañina ha privado al sujeto de la capacidad, movimiento jurídico éste que siempre se presume y que ha de aceptarse mientras no se presenten o se señalen hechos positivos que la hayan aniquilado o destruido. Que se sentía la demandante perseguida, que temía que la robasen, que con posterioridad al día del contrato ha vivido en el estado de pobreza de antes, que el demandado como su único protector ejercía influencia sobre la misma demandante, que siguió ocupando la casa la Delgado, etc., etc., son circunstancias que por sí solas y aun relacionadas o unidas entre sí nada comprueban, si de otro lado y para el caso de autos, no se indica y demuestra la influencia y modo como esos hechos pudieron tener efecto en la realización del negocio que se estima o considera nulo por los motivos indicados en la demanda. Pero el Tribunal, se repite, estudió toda la documentación testimonial y dedujo la conclusión que jurídicamente animó mejor su criterio y que no peca contra la evidencia probatoria. Y como el motivo de casación que se estudia consiste en que se erró de hecho al sentenciar el pleito por haberse dejado de apreciar las pruebas, resulta infundado el cargo.

Ahora: si lo que se ataca es la deducción o apreciación de los indicios que dedujo el Tribunal de los distintos testimonios, cabe decir, que el criterio judicial que forme el sentenciador libremente dentro de las normas y principios de derecho probatorio consignados en la ley en relación con la estimación de la prueba indiciaria, no es posible atacarse en casación, no tratándose del indicio necesario, sino cuando ha habido error evidente en la apreciación, cuando se demuestra que son falsos los hechos que la fundamentan, o se evidencia falta completa de relación entre el indicio y lo que se pretende dar por establecido.

En nuestro sistema probatorio se admite la prueba de indicios con recelo, se la rodea de muchas garantías, para que exista la seguridad de que lo fallado a base de ella ha sido establecido sin lugar a duda, y en el presente caso, para el Tribunal surgió duda sobre la verdad del hecho que quiso demostrarse, y este concepto,

por las constancias de autos es intocable, observación que se hace para el caso de que quisiere estimarse que se ha acusado la sentencia por defectuosa o mala interpretación de la prueba, y no como aparece y viene formulado el cargo, "por haberse dejado de apreciar la prueba", situaciones una y otra, de contenido jurídico distinto y que según la técnica de la casación han de demostrarse y probarse de modo diferente. Se rechaza por lo dicho, este último cargo.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, de fecha trece de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos.

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, Daniel Anzola, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

Reivindicación.—Acumulación de acciones.

1.—La Corte reafirma su doctrina expuesta en el fallo de 30 de marzo de 1936, en el cual dijo lo siguiente: "Las acumulaciones objetivas y subjetivas pueden y suelen presentarse combinadas. Semejante combinación no es procedente sin la presencia de una conexión jurídica entre los varios sujetos. A esta conexión la denomina nuestra ley procesal continencia de la causa, la cual está integrada por tres elementos: a) personas; b) título o causa de pedir o jurídica; c) cosa, objeto o causa de hecho. Doctrinariamente las causas conexas se dividen en dos géneros, cada una de las cuales se subdivide en tres especies (artículo 398 del Código Judicial). Pertenecen al primer género las causas que tienen dos elementos comunes y otro diverso. Las especies de éstos son: la identidad de personas y de causa jurídica, diversidad de cosa o de causa de hecho; 2º identidad de persona y de causa de hecho o cosa, diversidad de causa jurídica o título; 3º diversidad de personas, identidad de fundamento real y jurídico".

2.—La acumulación para evitar la división de la continencia de la causa, procede según el numeral 4º del artículo 398 del Código Judicial, cuando las acciones provengan de una misma causa, aunque se ejerciten contra muchos y haya, por consiguiente, diversidad de personas. Este principio que tiende a evitar el que sobre un mismo punto jurídico y en ejercicio de una misma acción, respecto de personas ligadas entre sí por una conexión jurídica, pueda dar lugar a fallos contradictorios, se funda también en otro principio, a saber: el de la economía procesal que tiende a hacer efectivos los derechos, con el menor esfuerzo de tiempo y de dinero.

3.—El fenómeno de la disolución de la sociedad conyugal en el régimen del Código Civil quitaba la calidad de dueño de los bienes sociales al marido, respecto de terceros, de modo que no podía disponer de ellos. También, y eso sucede hoy bajo el imperio de la Ley 28 de 1932, disuelta una sociedad conyugal, la masa de bienes pertenece a la sociedad, no exclusivamente a ninguno de los cónyuges, porque esa exclusividad no se realiza sino por el acto de la liquidación y adjudicación correspondientes. Pasa lo mismo que en las sucesiones ilíquidas, en que ningún heredero puede considerarse como dueño exclusivo y único de un bien sucesoral, y por eso cuando es el caso, no puede demandar o pedir sino para la sucesión, en nombre de ésta e invocando su calidad de heredero.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, septiembre diez y seis de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Por escritura pública 116 de 14 de julio de 1900, corrida ante el Notario de Santa Rosa de Osos, Angel María Restrepo compró para sí y para su hermano Salvador Restrepo, por iguales partes, una finca situada en el Municipio de Santa Rosa de Osos, denominada *El Retiro* y de que eran dueños los vendedores Francisco N. y Luis E. Jaramillo.

En el juicio de sucesión de Angel María Restrepo se inventarió como propia la totalidad del predio y así se le adjudicó a su viuda, señora Ascensión Jiménez v. de Restrepo.

Dicha señora, según afirma el demandante, dio en venta a Sergio A. Pérez una parte de la citada finca de *El Retiro*, por escritura número 147, de 11 de septiembre de 1939.

Con base en los hechos anteriores, Salvador Restrepo, en nombre propio, demandó la reivindicación de la mitad de dicho predio y señaló como demandados a la señora Jiménez viuda de Restrepo y al expresado Sergio A. Pérez.

La parte demandada, desde el principio, propuso varias excepciones perentorias, entre ellas la de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante.

El pleito fue fallado en primera instancia, en sentencia de 29 de octubre de 1940, proferida por el Juez de Circuito de Santa Rosa de Osos. En ella se reconoció al demandante Salvador Restrepo el derecho de dominio de la mitad de la finca *El Retiro* y se condenó a la señora Jiménez v. de Restrepo a entregarle esa mitad con

sus frutos correspondientes, considerándola como poseedora de mala fe.

Apelada la sentencia por la parte vencida, el Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de 24 de julio de 1942 la revocó y declaró probada la excepción de inepta demanda.

El actor interpuso recurso de casación contra tal fallo, en el cual hubo un voto disidente, recurso que pasa a decidirse.

La sentencia recurrida se funda en lo siguiente: Fueron demandados Ascensión Jiménez v. de Restrepo y Sergio A. Pérez; esa acumulación no podía hacerse en la demanda, sino que ha debido entonces demandarse a cada uno de ellos por separado, porque no están ligados entre sí, los demandados por ningún vínculo. El Tribunal se refiere a la sentencia de esta Corte de 30 de marzo de 1936 en la cual, por primera vez y de una manera muy detenida se configuró la naturaleza jurídica de la acumulación de acciones en todos sus casos y formas.

Uno de los cargos contra la sentencia recurrida, es el de violación del artículo 398 del Código Judicial y al respecto el recurrente sostiene que en este caso se trata de la acumulación objetiva de la que hizo uso el actor en la demanda, de acuerdo con el artículo 209 de la obra citada y que aunque los demandados son distintos, la acumulación objetiva y la subjetiva pueden combinarse porque existe una conexión jurídica, emanada de la identidad del título entre los demandados. El Tribunal estimó que no existía esa conexión y por eso dedujo la excepción de inepta demanda.

La Corte considera: En la sentencia de 30 de marzo de 1936, ya citada en este fallo, se sostuvo la siguiente doctrina, en la que hoy se reafirma la Corte: "Las acumulaciones objetivas y subjetivas pueden y suelen presentarse combinadas. Semejante combinación no es procedente sin la presencia de una conexión jurídica entre los varios sujetos. A esta conexión la denomina nuestra ley procesal continencia de la causa, la cual está integrada por tres elementos: a) personas; b) título o causa de pedir o jurídica; c) cosa, objeto o causa de hecho. Doctrinariamente las causas conexas se dividen en dos géneros, cada una de las cuales se subdivide en tres especies (artículo 398 del Código Judicial). Pertenecen al primer género las causas que tienen dos elementos comunes y otro diverso. Las especies de éstos son: 1º identidad de personas y de causa jurídica, diversidad de cosa o de causa de hecho; 2º identidad de persona y de causa de hecho o cosa, diversidad de causa jurídica o título; 3º diversidad de personas, identidad de fundamento real y jurídico."

En el pleito fallado por la sentencia mencionada y que corre publicada en la *Gaceta Judicial*, tomo XLIII, números 1911 y 1912, páginas 749 a 755, se declaró inepta la demanda reivindicatoria por cuanto en ella se acumularon objetiva y subjetivamente, de manera ilegal, varias acciones y por tal causa se casó la sentencia recurrida que era la del 13 de marzo de 1934, proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla. La Corte estimó que era ilegal la acumulación objetiva y subjetiva en el caso de ese pleito por lo siguiente, según lo expresa en la sentencia: "Las personas que componen la parte demandada no se hallan entre sí en estado de comunidad jurídica respecto del suelo poseído por ellas, y al contestar la demanda no aceptaron que se les considerara en una situación semejante a la de comunidad..... El título de la parte actora no es el mismo respecto de cada uno de los demandados. La acción de dominio no surge por el simple hecho de la adquisición del derecho real, sino que brota de él solamente a causa de la conducta de una persona opuesta al contenido de ese derecho absoluto..... El hecho de la posesión, causa de la acción de reivindicación ejercitada por los demandantes, es distinta, tanto especial como temporalmente, respecto de cada uno de los reos."

Mas es obvio, según se ve de la doctrina contenida en esa sentencia, que si los demandados hubieran estado ligados entre sí, por una conexión jurídica, como la identidad del título, la solución hubiera sido distinta. Por eso se lee en la sentencia mencionada: "De lo dicho se infiere que en la demanda se combinó la acumulación objetiva de la letra A, en su forma concurrente, con la acumulación subjetiva de la letra B, en su forma mixta; combinación que no es procedente en este pleito porque falta el elemento esencial de la continencia de la causa. No se desconoce que ésta, en determinadas circunstancias, pueda darse también cuando tanto los fundamentos jurídicos como de hecho, sean semejantes aun cuando no idénticos, pero siempre que concurran a la vez otros factores, cuya naturaleza y número difieren en cada caso particular".

Por eso, observa la Corte, la acumulación para evitar la división de la continencia de la causa, procede según el numeral 4º del artículo 398 del Código Judicial, cuando las acciones provengan de una misma causa, aunque se ejerciten contra muchos, y haya, por consiguiente, diversidad de personas. Este principio que tiende a evitar el que sobre un mismo punto jurídico y en ejercicio de una misma acción, respecto de personas ligadas entre sí por una conexión jurídica, pue-

da dar lugar a fallos contradictorios, se funda también en otro principio, a saber: El de la economía procesal, que tiende a hacer efectivos los derechos, con el menor esfuerzo de tiempo y de dinero.

La Corte en la sentencia mencionada, declaró la excepción de inepta demanda, lo cual es obvio que podía hacerlo por cuanto aun cuando con ese nombre está catalogada entre las excepciones dilatorias, existen hechos, y las excepciones son hechos y no nombres, que como en el caso fallado en esa sentencia, hacen imposible entrar en el fondo del asunto, y entonces se reconoce ese hecho y se le da ese nombre.

La Corte en esta última parte rectifica el concepto del recurrente contenido en el primer capítulo de su acusación, en el cual sostiene que en una sentencia definitiva no puede declararse la excepción de inepta demanda.

El Tribunal se expresó así: "Los demandados señora Jiménez v. de Restrepo y señor Pérez no están ligados por ningún vínculo jurídico, sociedad, comunidad, etc., en la posesión de sus respectivas parcelas, y las acciones acumuladas en la demanda y dirigidas contra ellos, son diversas en el objeto".

La Corte no comparte este concepto por lo que sigue: Se ejercita en este pleito la reivindicación del predio de "El Retiro", se señala como poseedores a los demandados señora Jiménez de Restrepo y señor Pérez; se parte de la base y en eso convienen las partes, de que el señor Pérez es sucesor de la señora de Restrepo a título singular, en una parte de ese predio y resultan ambos demandados amparados por el mismo título o sea por el de adjudicación que del predio mencionado se le hizo a la demandada viuda de Restrepo en la sucesión de su marido Angel María.

Existe, por lo tanto, en definitiva, la identidad del título, y la acción ejercitada en este pleito proviene de una misma causa, luego entonces la acumulación de acciones hecha en la demanda era procedente, de donde resulta que no podía deducirse la excepción que dedujo el fallador de Medellín, y con la que remató la sentencia.

El cargo es fundado por lo tanto, y es conveniente advertir que el Magistrado disidente sustentó en su salvamento de voto la misma tesis que prohija hoy la Corte.

Procede entonces la sentencia de instancia, que no puede considerar el fondo del asunto por lo que sigue: Desde la contestación de la demanda, la parte demandada propuso la excepción perentoria de la ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante, fundada en que el actor no tiene capacidad jurídica sustantiva para entablar la acción reivindicatoria porque carece de la calidad de dueño que es esencial en dicha acción.

Los hechos en que se funda esa excepción son los siguientes: 1º el demandante pidió en nombre propio y para sí; 2º cuando fue adquirida la finca de "El Retiro" en 1900, el demandante estaba casado; 3º cuando ejercitó la acción que dio origen a este pleito, era viudo, la sociedad conyugal estaba disuelta. Tratándose por lo tanto de un bien social, ha debido pedirse para la sociedad conyugal ilíquida, pero en ningún caso en nombre propio y para el demandante.

El Magistrado disidente se expresó así: "Creo que el fallo debe ser negativo ciertamente, porque hay otras excepciones más a flor, como aquélla consistente en que el marido ha demandado para sí un bien que inequívocamente pertenece a la sociedad conyugal que formó desde 1882 y que fue disuelta desde 1918, por muerte de la cónyuge. Para esa entidad debió demandarse. Aunque la sociedad conyugal no es una persona jurídica y tanto vale demandar para ella como demandar en calidad de cónyuge, la sociedad conyugal es una masa autónoma de bienes como la sucesión, como el concurso de acreedores. En el caso de autos no se ha liquidado la sociedad conyugal y aunque hubiera una sociedad causahabiente, un solo representante no importaría. Tampoco se ha invocado la condición particular de cónyuge".

La Corte encuentra probados los hechos que sustentan la excepción perentoria invocada. En efecto: Al folio 2º del cuaderno principal se encuentra el poder conferido por Salvador Restrepo al doctor Alfonso Cuartas "para que a su nombre, representando mi propia persona, derechos y acciones instaure ante ese Juzgado y siga hasta su terminación el juicio civil ordinario que estime necesario a obtener la restitución de la mitad de la finca denominada 'El Retiro', situada en este Distrito, en el paraje del mismo nombre, cuya propiedad me la garantiza la escritura 116 de fecha 14 del mes de junio..."

En virtud de ese poder y de acuerdo con él, y ciñéndose a lo que en él se expresa, el doctor Cuartas demandó así: "Con fundamento en los hechos enumerados pido se declare por usted en sentencia que cause ejecutoria que mi poderdante señor Salvador Restrepo A. es dueño en propiedad y posesión de la mitad de la finca territorial denominada 'El Retiro', situada en este Municipio y determinada por los linderos que se dejaron transcritos...." (Fojas 4 ibídem).

No existe ningún hecho pero ni siquiera ninguna frase en el libelo que permita interpretar

la demanda en otro sentido distinto del expresado y en el curso del debate, el demandante reitera que pide para sí y en nombre propio como si se tratara de un bien propio de él.

Salvador Restrepo contrajo matrimonio con Juliana Alvarez ante el Cura Párroco de Carolina el 18 de febrero de 1882 (fojas 1 del cuaderno de pruebas del demandado). El predio de "El Retiro" fue comprado el día 14 de junio de 1900 por escritura 106 corrida ante el Notario de Santa Rosa (fojas 1 del cuaderno principal), lo que quiere decir que habiendo sido adquirido ese predio a título oneroso, entró a formar parte de la sociedad conyugal (artículo 1781, numeral 5º del Código Civil).

La mujer de Salvador Restrepo, o sea la señora Juliana Alvarez murió en la Parroquia de Guadalupe el 30 de noviembre de 1918 (fojas 2 del cuaderno de pruebas del demandado), lo cual quiere decir que en ese día se disolvió la sociedad conyugal Restrepo-Alvarez (artículos 1820, inciso 2º y 152 del Código Civil).

La demanda en este juicio fue presentada el 15 de marzo de 1940, o sea a los 22 años de disuelta la sociedad conyugal.

El fenómeno de la disolución de la sociedad conyugal en el régimen del Código Civil quitaba la calidad de dueño de los bienes sociales al marido, respecto de terceros, de modo que no podía disponer de ellos. También, y eso sucede hoy bajo el imperio de la Ley 28 de 1932, disuelta una sociedad conyugal, la masa de bienes pertenece a la sociedad, no exclusivamente a ninguno de los cónyuges, porque esa exclusividad, no se realiza sino por el acto de la liquidación y adjudicación correspondiente. Pasa lo mismo que en las sucesiones ilíquidas, en que ningún heredero puede considerarse como dueño exclusivo y único de un bien sucesoral, y por eso cuando es el caso, no puede demandar o pedir sino para la sucesión, en nombre de ésta e invocando su calidad de heredero.

Resulta de lo anterior que no apareciendo que la sociedad Restrepo-Alvarez haya sido liquidada, el demandante no puede demandar para sí, invocando el carácter de dueño exclusivo de un bien social, que por lo tanto pertenece a esa masa indivisa. Se deduce de lo anterior que el demandante carece de personería sustantiva para ejercitar la acción en la forma cómo lo ha hecho, porque en él no radica el derecho de dueño de la mitad del predio de "El Retiro" y por ende no le compete le acción que ha ejercitado al tenor del artículo 946 del Código Civil. Para esto hubiera sido necesario no solamente la compra de los derechos y acciones a las personas que tuvieran derechos en la sucesión de Juliana Alvarez, sino era indispensable la liquidación de esa sucesión y la adjudicación de la mitad de ese derecho, como cuerpo cierto, al demandante.

Es preciso, por lo tanto, y de acuerdo con el artículo 342 del Código Judicial, deducir la excepción de que se viene haciendo mérito, que fue propuesta y alegada desde la contestación de la demanda y que hace inoficioso el estudio de la excepción de prescripción, propuesta también y fundada en el hecho de que el predio de "El Retiro" fue comprado y poseído por Angel María Restrepo desde 1900 y que sólo en 1940 el demandante ha reclamado derecho de dominio a la mitad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia recurrida, *revoca* la de primera instancia y *falla* así este pleito: *Declárase* probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor para entablar la presente acción en la forma en que lo ha hecho, y en consecuencia *absuelve* a los demandados de todos los cargos de la demanda.

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.

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

Reivindicación. - Apreciación de los indicios en casación. Representación en juicio.

1.—La Corte ha reconocido en diversos fallos que al tratarse de la prueba indicial en casación su esfera de acción se reduce en la misma medida que la ley defiere al convencimiento del Tribunal como sentenciador de instancia, por lo cual no cabe que ella considere errónea la apreciación de ésta sino cuando se ha tomado como indicio un hecho no comprobado plenamente o cuando al relacionar indicios o premisas entre sí se ha faltado a la lógica deduciendo consecuencias reñidas con ella.

2.—Si un litigante ha estado mal representado es él y no su contraparte quien puede formular los reclamos a que da lugar esa falta.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

Por medio de apoderado Gabrielina Márquez de Cruz entabló juicio ordinario contra la Compañía Agro-Comercial Chipatecua Serrano y Cruz, representada por su socio gerente José Vicente Chipatecua Serrano, con el fin de que se declare que a la sociedad conyugal existente entre la demandante y Fausto Cruz pertenecen los varios inmuebles determinados en el libelo y de que se condene a la parte demandada a restituírselos y pagarle sus frutos hasta esa restitución, a partir de cuando entró a poseerlos por el aporte que le hizo de ellos Fausto Cruz al constituírse la compañía demandada por escritura número 401 en la Notaría de Melgar, el 23 de noviembre de 1939. Demandó también se declare sin valor la enajenación hecha mediante ese aporte por Cruz a la compañía y se ordene cancelar en el registro la inscripción de este traspaso.

El Juzgado del Circuito de Melgar tramitó la primera instancia y la decidió el 20 de marzo de 1942 negando todas las peticiones del libelo por no estar probada la existencia de la persona demandada. Apelaron actor y reo, advirtiendo éste que lo hacía por serle adversos algunos conceptos de ese fallo y por no condenar en costas a aquél. La segunda instancia terminó con la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué de 22 de febrero de 1943 que revocó aquélla y decretó la reivindicación demandada y la cancelación del referido traspaso en lo tocante a la mayor parte de los aludidos bienes, dejó a salvo la acción correspondiente a los derechos sucesorales sobre otro de los mismos, absolvió a la Compañía demandada de los demás cargos de la demanda y la condenó en las costas del juicio.

Tramitado debidamente el recurso de casación del demandado contra el fallo del Tribunal, pasa a decidirse.

El razonamiento de la sentencia recurrida se resume así: los aludidos bienes los adquirió en compra Fausto Cruz en época anterior al primero de enero de 1933 en que entró a regir la Ley 28 de 1932 y posterior a su matrimonio con la actual demandante, lo que vale como decir que esos bienes entraron a formar en el haber de la sociedad conyugal constituida por ese matrimonio (Código Civil, artículo 1781); y, como la enajenación consistente en el aporte de tales bienes a la referida compañía fue posterior a dicho 1º de enero, esto es, bajo la vigencia de la citada Ley 28 y a ello procedió Cruz por sí solo, cual si los bienes aportados por él fuesen suyos, no puede entenderse que la sociedad conyugal haya dejado de ser su dueño y, por tanto, justificando serlo, tiene la acción ejercitada (artículo 946 ibídem).

La demanda de casación formula tres cargos, que se estudian en su orden.

En primer lugar, el de violación de los artículos 22 de la Ley 57 y 79 de la 153, ambas de 1887, 392 y 1760 del Código Civil y 593 y 632 del Código Judicial, "a causa del error de derecho en que incurrió el Tribunal al apreciar la prueba del matrimonio".

Este cargo o grupo de cargos se funda en que, al decir del recurrente, la copia del acta del referido matrimonio no fue autorizada con la firma del Cura Párroco de quien se dice haberla expedido. Pero es el caso que esa copia (folio 4, cuaderno 1º) sí está autorizada por el Párroco que la expidió, cuya firma allí se encuentra al pie de las palabras "Doy fe" de que habitualmente se valen Párrocos y Notarios. Y esta circunstancia decisiva no puede dejar de considerarse y de producir sus efectos porque estas palabras y esa firma figuren sobre las estampillas adheridas a la partida.

El error en referencia consiste en haberse dado valor a una partida sin firma y de él es de donde el recurrente deduce el quebranto de las citadas disposiciones legales; por tanto, no faltando la firma que equivocadamente echa menos el recurrente, el cargo es infundado.

Se observa que el recurrente no se detiene a exigir dos firmas, una para autorizar la copia y otra para anular las estampillas, sino que se concretó a negar el hecho evidente de estar firmada la copia, por lo cual las breves consideraciones antedichas bastan para rechazar el cargo.

En segundo lugar acusa de violación de los artículos 393 del Código Civil, 22 de la citada Ley 57 y 596, 663, 667 y 697 del Código Judicial, por error de derecho en la apreciación de pruebas. Sus razones pueden resumirse así: aun en el supuesto de ser admisible aquella partida, no puede reputarse probado el matrimonio que la demandante afirma, porque quien allí aparece como contrayente es Justo Cruz, y las pruebas con que el Tribunal da por acreditada la identidad entre esa persona y Fausto Cruz, carecen de fuerza para esto y, además, no son legalmente admisibles. De ahí el error al apreciarlas y el consiguiente quebranto de dichas disposiciones legales al dar por comprobado el matrimonio de la actual demandante con Fausto Cruz, que es la persona nombrada como marido de ella en el pleito y quien figura como comprador en las varias escrituras de compra de los bienes materia del juicio.

Esas pruebas, a más de una afirmación incidental del abogado del demandado, consisten en las varias declaraciones de testigos que el Tribunal admite, no sin previo análisis.

El recurrente niega la admisibilidad de este medio probatorio por tratarse del estado civil y agrega que la demandante se funda en el matrimonio comprobado por la partida que presentó con la demanda y no con la posesión notoria. Advierte que lo declarado por los testigos serviría como elemento para comprobar, en su caso, esa posesión, puesto que hablan de haber visto y conocido a Fausto Cruz y Gabrielina Márquez viviendo como consortes legítimos y atendiendo así a su patrimonio.

Pero es el caso que el Tribunal no habla de tal posesión notoria ni acoge esas declaraciones de testigos como prueba del matrimonio en vez del acta respectiva, sino que se concreta a una finalidad tan distinta como es la indagación de si son o nó una misma persona Justo y Fausto; y en los varios detalles acreditados con esos testimonios sobre la vida común antedicha y sobre el modo de atender a la posesión y administración de sus bienes encuentra el Tribunal otros tantos indicios que vienen a complementar la partida acompañada a la demanda y a acreditar, con el haz probatorio así formado, que las personas casadas por el cura de Ramiriquí el 17 de junio de 1909, son las mismas que figuran en este juicio en esta forma: él como comprador de los bienes en referencia, y ella como demandante.

Además, la Corte ha reconocido en diversos fallos que al tratarse de la prueba indicial en casación, su esfera de acción se reduce en la misma medida que la ley defiere al convencimiento del Tribunal como sentenciador de instancia, por lo cual no cabe que ella considere errónea la apreciación de éste sino cuando se ha tomado como indicio un hecho no comprobado plenamente o cuando al relacionar indicios o premisas entre sí se ha faltado a la lógica deduciendo consecuencias reñidas con ellas.

No puede, pues, aceptarse este otro cargo.

El último es también inadmisible, porque consiste en la falta de personería adjetiva del demandante y se le hace derivar de que el apoderado de la señora lo ha sido sólo de la persona de ella y no de la sociedad conyugal para quien se demanda.

Aparte de que si un litigante ha estado mal representado, es él y no su contraparte quien puede formular los reclamos a que dé lugar esa falta, se observa que el poder en cuestión no adolece del defecto que el recurrente le atribuye, porque allí advierte la poderdante (folio 21, cuaderno 1º), hablando del juicio para el cual lo confiere, que es "ordinario de mayor cuantía, destinado a reivindicar para la sociedad conyugal constituída por el señor Fausto Cruz y por mí en virtud del matrimonio celebrado en Ramiriquí el día 17 de junio de 1909, todos los bienes que mi citado esposo Fausto Cruz aportó a la expresada sociedad Agro-Comercial Chipatecua Serrano y Cruz...."

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 Ibagué el 22 de febrero de mil novecientos cuarenta y tres.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese.

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

Acción de nulidad de un contrato de transacción.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

1.—Algún tiempo antes del año de 1930 llegó a Cúcuta el extranjero señor José Chaya y allí estableció un almacén de mercancías en el local marcado con los números 108 a 110 de la carrera 7ª de dicha ciudad, mercaderías que aseguró contra incendio por la cantidad de $ 21.500.00 moneda corriente, por el término de un año comprendido del 28 de febrero de 1930 a 28 de febrero de 1931, en la Compañía de Seguros Legal o The Legal Insurance Company, Limited, sociedad domiciliada en Bogotá, lugar donde se suscribió la correspondiente póliza de seguro distinguida con el número 452299, de fecha 28 de febrero de 1930 (C. 9 fl. 5).

2.—En la noche del 15 al 16 de julio de 1930 se incendió el referido almacén. En el sumario adelantado en averiguación del incendio se avaluaron parcialmente en $ 4.065.98 las mercancías salvadas y en $ 1.050.64 las que se hallaron en perfecto estado. (C. 8 fl. 9).

3.—Entre asegurador y asegurado surgieron diferencias: "el otorgante Chaya ha reclamado que se le pague el valor total de la suma asegurada por razón del daño causado por el incendio, y la Compañía sostiene que la existencia de mercancías en el almacén asegurado no excedió en ningún caso del doble de las que fueron inventariadas y avaluadas por los peritos después de ocurrido el siniestro, y sostiene además, que el local en que funcionaba el almacén no llenaba las condiciones previstas en la póliza ya que, el otorgante Chaya, no ha explicado satisfactoriamente que sus libros hubieran desaparecido en el incendio". Chaya había subarrendado parte del local al señor William Dao. (Escritura número 29 cláusula 5ª).

4.—Por escritura pública número 29, otorgada el 7 de enero de 1931 en la Notaría 4ª de Bogotá y registrada en el libro 2º el 3 de agosto de 1939, las partes transigieron las susodichas diferencias y "cualesquiera otras", por la suma de $ 4.200.00 que Chaya recibía de la Compañía aseguradora, a quien declaró "a paz y salvo y libre de toda responsabilidad legal con fundamento en el contrato de aseguro que se contiene en la expresada póliza", la cual canceló. (C. 4 fl. y ss.).

El proceso.

En libelo dirigido al Juzgado 8º en lo Civil de este Circuito, el señor José Chaya, diciéndose mayor y vecino de Soacha, y obrando por medio de apoderado, corrigió la demanda de mayor cuantía que había promovido contra The Legal Insurance Company Limited, domiciliada en esta ciudad, y representada por Alexander Koppel, también mayor y vecino de Bogotá, solicitando las siguientes declaraciones:

1ª Que es nula la referida transacción por falta de consentimiento de José Chaya, por precio írrito o falta de precio o por dolo de parte de la Compañía demandada, o por haber actuado en aquella transacción el demandante bajo el imperio de la necesidad, de la violencia en el consentimiento y de las maniobras dolosas de la parte demandada, y que, en consecuencia, éste debe pagar al demandante dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del fallo, la suma total del siniestro o incendio del almacén....., o sea la cantidad de veintiún mil quinientos pesos ($ 21.500.00) moneda legal colombiana, descontando únicamente el valor de la mercancía que haya recibido Chaya buena y sana como salvada del siniestro..... pago que debe hacer junto con el veinticinco por ciento que señala la Ley 105 de 1927".

2ª Que la parte demandada debe pagar al demandante dentro del mismo término el valor de los perjuicios que ocasionó y ocasione hasta el día de la solución o pago efectivo por la confección descuidada y errónea de la póliza de seguro citada, por la retención y demora y no pago del valor total del siniestro citado, por el abuso de sus derechos en relación con el mismo asunto y en cualquiera de sus aspectos y por sus negligencias y actividades en relación con la transacción demandada y daños que de ésta resultaron y resultan al demandante, o sea la cantidad de veinte mil pesos ($ 20.000.00) en que los estimó equitativamente, o la cantidad que fijen peritos oportunamente.

3ª Que la demandada debe pagar las costas del juicio si se opone.

Para el caso de que no haga las declaraciones que preceden, pide en subsidio que condene a la parte demandada a pagar al demandante el valor de los perjuicios morales y materiales que le ocasionó por los errores cometidos en la elaboración de la póliza de seguro contra incendio que tomó sobre sí con fecha 22 de febrero de 1930, bajo el número 452299; por los errores y abuso del derecho en la actividad negligente y fraudulenta desde el siniestro hasta la transacción de que trata la escritura número 29, de 7 de enero de 1931, otorgada en la Notaría 4ª de esta ciudad, entre el representante de la parte demandada y el demandante; por la cancelación de la póliza citada; por los daños ocasionados por el no pago completo del valor del siniestro acaecido en la noche del 15 al 16 de julio de 1930, y falta de diligencia y cuidado en el cumplimiento de sus obligaciones, y el dolo consistente en la manifiesta intención de inferir al demandante daño en su patrimonio material y moral de comerciante correcto, o sea la cantidad de cuarenta mil pesos en que estima estos perjuicios equitativamente, o la que fijen las pruebas dentro del juicio o al ejecutar la sentencia, pago que debe hacer dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del fallo, junto con las costas del juicio si se opone.

Trabada, así, la controversia, el Juzgado del conocimiento la desató en sentencia de 18 de marzo de 1941, negando todas las peticiones sin hacer condenación en costas. El demandante apeló.

La sentencia acusada.

Concedido y tramitado legalmente el recurso de alzada, le puso término el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por medio de sentencia fechada el 14 de octubre de 1942, confirmatoria en todas sus partes de la sentencia absolutoria apelada. Funda su decisión el Tribunal en la consideración primordial de que el contrato de transacción celebrado entre el actor Chaya y la sociedad aseguradora demandada es válido, porque en dicha convención no existen los vicios del consentimiento y demás causales de nulidad que alega el demandante. Agrega la sentencia acusada que sí hubo precio para la transacción, porque consta en la escritura número 29, de 7 de enero de 1931, que Chaya recibió la suma de cuatro mil doscientos pesos ($ 4.200.00), a trueque de desistir de todas las acciones derivadas del referido contrato de seguro y del incendio, comprometiéndose a cancelar la póliza respectiva. La circunstancia alegada por el actor de que tal precio es irrito, a juicio del Tribunal no es causal de nulidad de la transacción, porque la lesión enorme es vicio que se predica únicamente en los fenómenos de la compraventa, la permuta y la partición.

Por las mismas consideraciones antes expuestas niega las dos peticiones referentes a indemnización de perjuicios, ya que si la transacción es válida y no adolece de vicios y no hubo por parte de la entidad aseguradora demandada abuso en el ejercicio de su derecho, no pueden prosperar por esa circunstancia las dos súplicas indemnizatorias.

El recurso.

Interpone el recurso de casación el apoderado de la parte demandante y lo funda en las causales 1ª, 2ª y 6ª del artículo 520 del Código Judicial. Son éstas las acusaciones formuladas contra la sentencia del Tribunal:

Primer cargo.—Violación del artículo 494 del Código Judicial porque el Tribunal no puede enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, ni en lo favorable al apelante. El fallo de primera instancia claramente declaró que "no se hace condenación en costas"; la parte demandada expresamente consintió dicho fallo y la parte demandante apenas apeló de lo que le perjudicaba y en manera alguna de lo que indudablemente le es favorable, como la absolución en costas. Infringió también el Tribunal el artículo 473 ibídem y está afectada la sentencia de las nulidades sustantivas respecto del proceso mismo contempladas en los artículos 448, y 473 del Código Judicial.

Segundo cargo.—1,—Infracción del artículo 25 de la Ley 105 de 1927, norma que otorga al asegurado el derecho de reclamar la totalidad de sus pérdidas al asegurador.

2.—Infracción directa de los artículos 636, 663, 674, 708 y 711 del Código de Comercio, y 13 de la Ley 27 de 1888, porque no apreció el asunto jurídico sometido a su decisión, estando demostrado que los hechos materiales y psicológicos imponen una decisión de conformidad con dichas normas. Hace el recurrente una extensa exposición para concluír que el fallo acusado ha violado cada uno de los preceptos citados, que reglamentan los diversos aspectos que ofrece el contrato de seguro, cuya interpretación y debido cumplimiento viene a ser la materia fundamental de este litigio.

3.—Violación del artículo 657 del Código de Comercio, que otorga al asegurado el derecho para establecer el valor del seguro por todos los medios de prueba que admiten los Códigos Civil y Judicial; por este aspecto, también infringe los artículos 1766 del Código Civil y 91 de la Ley 153 de 1857.

4.—Infracción de los artículos 668, 673 y 697 del Código Judicial, por cuanto los testigos exhibidos por la parte actora son hábiles conforme a dichas normas para declarar como tales y ninguna tacha se propuso ni demostró contra nin-

guno de ellos, sin que pueda el juzgador declarar de oficio sino las tachas comprobadas.

5.—Violación de los artículos 4 a 8 de la Ley 153 de 1887, 472 y 593 del Código Judicial, porque la tacha reconocida a determinados testigos por el Tribunal debió extenderla a la transacción, debido a la imposibilidad de que Chaya estuviera simultáneamente en diversas ciudades y lugares.

6.—Violación de los artículos 20 de la Ley 105 de 1927, 13 de la Ley 27 de 1888, 658 y 663 del Código de Comercio, y 1757 y 1604 del Código Civil.

Tercer cargo.—La sentencia acusada incurre en errores de hecho en la apreciación de la demanda y de las pruebas, infringe las normas sustantivas contenidas en los artículos 1740, 1741, 1746, 2480 y 2485, en relación con el 6º del Código Civil. También incurre en error de derecho en lo relacionado con el dolo, la fuerza, el abuso del derecho y el error planteado en la demanda.

Cuarto cargo.—Estima el recurrente que se está en presencia de un abuso del derecho por parte de la Compañía aseguradora demandada y estima por estos conceptos violados, en síntesis, los mismos preceptos citados en los cargos anteriores.

Estudio de los cargos.

Considera esta Sala de Casación:

1º Es fundado este primer cargo, que versa sobre la condenación que hizo el Tribunal al actor en las costas del proceso en las dos instancias, habiendo debido limitarla en todo caso a la segunda de que conocía, porque el Juez de primer grado al absolver al demandado no hizo condenación en costas, estimando que no había temeridad en el ejercicio de las acciones incoadas. Esta decisión absolutoria en las costas de la primera instancia debía quedar firme y ejecutoriada, dado que el único apelante fue el actor Chaya y bien dice el artículo 494 del Código Judicial que la apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante y, por tanto, el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto del recurso.

De manera que el actor Chaya no pudo apelar al segundo grado sino en lo desfavorable y la absolución en las costas le era totalmente favorable. No podía el Tribunal hacer más gravosa la situación del apelante y al hacerlo, como lo hizo, violó el precepto legal antes citado, que tiene carácter sustantivo. Se impone, por lo tanto, la casación parcial del fallo acusado, con el exclusivo objeto de dejar sólo en pie la condenación a las costas en la segunda instancia, respecto de lo cual sí no puede hacer ninguna modificación esta Sala de Casación, pues ha sido unánime su doctrina de que este aspecto de las decisiones recurridas en casación escapa a la revisión y rectificación de esta Superioridad. Las numerosas decisiones de esta Corte, que cita la parte opositora, se refieren precisamente a esta última cuestión de que la condenación en costas, que haga el fallo acusado no puede modificarse por la vía de este recurso.

2º—A—El actor y recurrente ataca la sentencia del Tribunal porque estima, en primer lugar, que debió declarar la nulidad del contrato de transacción celebrado entre Chaya y la Compañía de Seguros "Legal", nulidad originada a su juicio por violencia, falta de consentimiento, error en la confección de la póliza y precio írrito o falta de precio del referido contrato.

Como directa consecuencia de dicha nulidad reclama el pago de la cantidad total señalada en la póliza de seguro respectiva y la indemnización de perjuicios por la demora en el pago de la suma asegurada y por el abuso en el ejercicio de sus derechos, en relación con el mismo asunto.

No son fundados ninguno de los reparos que hace a la convención transaccional celebrada entre las partes litigantes y obró ajustado a derecho el Tribunal al negar la petición de nulidad, por las razones que pasan a expresarse:

La transacción consta en la escritura número 29 de 1931, que fue reconocida como prueba en la segunda instancia, por haberse producido en la forma consagrada en el artículo 630 del Código Judicial, precepto al que la doctrina de esta Corte reconoce estricta aplicación en esta clase de instrumentos públicos. De manera que este aspecto procesal de la cuestión no merece reparo alguno digno de tomarse en consideración, para apreciar la validez del contrato.

Al tenor del artículo 2469 del Código Civil la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. Es nula la transacción obtenida por títulos falsificados y en general por dolo o violencia (artículo 2476 ibídem). También anula dicho contrato el error acerca de la identidad del objeto sobre que se quiere transigir (artículo 2480 ibídem).

Fuera de lo antes expuesto, las mismas causas que vician el consentimiento de los contratos en general o que ocasionan su nulidad producen igualmente esos mismos efectos en la transacción.

No se ha comprobado a través del proceso que la Compañía aseguradora o un tercero hubiera ejercido directamente violencia física o moral sobre el actor Chaya para obligarlo a celebrar la transacción. Alega el recurrente como factores integrantes de esa pretendida violencia su ignorancia del castellano, su enfermedad, el estado de miseria de él y de su familia y el haberle impedido servirse de intérpretes para celebrar la negociación transaccional.

Pues bien, como dice el Tribunal, ninguna de esas circunstancias constitutivas de la fuerza y creadoras de la falta del consentimiento viene debidamente demostrada en los autos. No podía haber desconocimiento absoluto del idioma castellano en un comerciante que durante varios años ejerció su profesión en territorio colombiano, ni menos ha evidenciado que se le impidiera contratar los servicios de un intérprete.

En cuanto a su enfermedad y estado de miseria, examinó el fallador de segundo grado las pruebas presentadas por el actor para su demostración, llegando a la conclusión de que no aparecían suficientemente comprobadas esas circunstancias originarias de la pretendida falta de consentimiento. Considera esta Sala de Casación que no hay error alguno en esta apreciación porque, como bien lo dice el sentenciador de Bogotá, las recetas médicas exhibidas no son documentos privados que provengan del demandado, la certificación del doctor Moncada no está firmada por él ni ha reconocido ese documento en el juicio, y los testimonios de Fernández y Angueira se contradicen entre sí, dado que uno de esos testigos sostiene que Chaya vivió cuando estaba en esa aflictiva circunstancia en el Hotel Franklin, y el otro asevera que lo conoció en esos mismos días viviendo en el Hotel Ansonia. ¿Cómo pudo, pregunta el Tribunal, "estar hospedado Chaya simultáneamente en los Hoteles Franklin y Ansonia durante el mismo lapso, tanto más si estaba enfermo e imposibilitado para caminar y para trasladarse de un sitio a otro?"

El estado alegado de extrema necesidad, como causal originaria de la violencia y falta de consentimiento, tampoco viene evidenciado plenamente en el juicio, en forma de que el fallador hubiera incurrido en errores manifiestos de hecho o errores de derecho en la apreciación de las pruebas exhibidas. Dicen los testigos "que debido al incendio y demás efectos del mismo siniestro, el mencionado Chaya quedó en la miseria y enfermo, en situación moral y económica penosísima....." Pero como bien lo anota la sentencia acusada, tales declarantes apenas conocieron a Chaya poco antes de 1930 y el incendio ocurrió en ese mismo año; amén de que hace hincapié el fallador de segundo grado en que esos testimonios aparecen escuetos, sin explicaciones acerca de las circunstancias de lugar, tiempo y modo y sin los pormenores de los cuales se infiera la razón de su dicho, es decir, cómo tuvieron conocimiento de los hechos sobre los cuales atestiguan.

De manera que no se equivocó el Tribunal al negarle pleno valor probatorio a esa prueba testimonial y carece la Corte de facultad para modificar esa valoración del fallador de instancia, por estar éste investido de atribución legal para calificarla según las reglas de la sana crítica y de nuestra tarifa legal de pruebas; sin que pueda rectificarse tal estimación sino en caso de que se hubiera violado algún precepto legal sustantivo a través de errores manifiestos de hecho o de derecho. Y está visto que no existen esos pretendidos errores en su justipreciación.

Se alega por el recurrente y actor que hubo error y dolo en la celebración de la transacción. Ninguna de esas dos circunstancias se presentaron como hechos fundamentales de la demanda y por ese motivo quedaron fuera del debate judicial y de la decisión judicial que se persigue. Agréguese a lo dicho que el dolo no se presume, sino que requiere plena demostración y el actor no ha podido comprobar en qué pudo consistir la maquinación dolosa para obligarlo a celebrar la transacción. En cuanto al pretendido error, estima la Corte que es inatacable la consideración que sobre tal extremo hace la sentencia acusada cuando dice que nada da margen para aceptar que el error invocado sea sobre la identidad personal de los contratantes, sobre la naturaleza del contrato de transacción o sobre la eficacia de la causa, únicas circunstancias en que este vicio podría originar la nulidad del pacto transaccional, que bien sabido es se celebra *intuitu personae* y tiene como idiosincracia típica la de querer terminar un litigio ya iniciado o evitarlo en lo futuro. Tampoco obró ayuno de causa desde luégo que percibió la suma de $ 4.200.00; y el contexto de la convención en que se transigía es tan claro y preciso en sus cláusulas y en los motivos que la originaron, que no permite, como lo pretende el recurrente, que fuera otro el pacto que se quiso celebrar. Conviene advertir que el actor Chaya no ha exhibido una sola prueba de que en realidad padeciera un error definitivo en cuanto al alcance o naturaleza del contrato celebrado con la entidad demandada, de donde es preciso concluír que tal error, como vicio que afecta la transacción, no aparece en parte alguna de los autos y no podía ser reconocida por el Tribunal.

Se alega igualmente, la existencia de *precio irrito* como causal de nulidad de la transacción. Fuera de que se estipuló y pagó la cantidad de $ 4.200.00 como elemento del pacto y el avalúo pericial señaló un valor de $ 4.065.98 a las mercancías salvadas y de $ 1.050.64 a las que se hallaron en perfecto estado, conviene hacer presente que en esta clase de convenciones, destinadas a poner fin a diferencias y a precaver controversias judiciales, no existe precio propiamente dicho, en el técnico sentido de tal vocablo, porque no se trata de prestaciones conmutativas sino de ultimar o prevenir un litigio, mediante concesiones recíprocas de los pactantes. De manera que la suma fijada en el contrato sometido a este proceso y pagada a Chaya no puede considerarse

como precio, ni menos concluírse que sea irrito o injusto. Menos podría conllevar la nulidad del pacto.

De todo lo expuesto deduce la Corte que el contrato de transacción no adolece de vicio alguno plenamente demostrado en el proceso. Con el análisis anterior viene comprobado que no hubo falta de consentimiento originado por dolo, error, ignorancia del idioma, enfermedad grave, situación comprobada de aguda miseria o precio irrito. Con vista de tales antecedentes, fluye la conclusión de que la transacción debe surtir la plenitud de sus efectos y poner fin a la controversia surgida del incendio y del cumplimiento que debía darse a la póliza de seguro contra dicho accidente, tomada por el actor y a cargo de la empresa demandada. No se ha violado ninguno de los preceptos legales citados y deben rechazarse todos los cargos que hacen relación a dicha convención.

B.—Ahora bien, si lo sometido a la decisión judicial fue la validez o nulidad del contrato de transacción, como acción y petición primaria y fundamental; si queda en pie la conclusión del Tribunal de que dicha convención no adolece de vicios y debe surtir la plenitud de sus efectos jurídicos, es lógico deducir que no tenía el sentenciador de grado por qué aplicar el caso controvertido las disposiciones legales que regulan el contrato de seguro, como lo pretenden el actor y sus voceros, porque se trata de estudiar en primer término la transacción y nó la convención de seguro y sus posibles alcances. De manera que aceptado en su integridad el pacto transaccional, sobraba y carecía de objeto que el Tribunal se detuviera a decidir sobre las condiciones de la póliza, sobre el alcance de sus estipulaciones y la obligación en que pudiera estar la Compañía demandada de pagar el total de la suma asegurada o sólo aquella que se determinara pericialmente como valor efectivo de las mercaderías perdidas. Quedando en pie la transacción y pagada la suma estipulada en ésta, desaparece todo vínculo contractual entre actor y demandado por consecuencia del seguro.

Esto mismo fue lo estipulado en la escritura número 29 de 1931 cuando las partes dijeron en ese instrumento que "transigían las susodichas diferencias y cualesquiera otras, por la suma de $ 4.200.00 que Chaya recibía de la Compañía aseguradora, *a quien declaró a paz y salvo y libre de toda responsabilidad legal con fundamento en el contrato de seguro que se contiene en la expresada póliza*". (Subraya la Corte).

Consecuencia de lo que acaba de exponerse viene a ser que hizo bien el Tribunal en abstenerse de decidir sobre la viabilidad de las acciones de perjuicios incoada, puesto que si la transacción era válida no pudo haber perjuicios ni por la demora en el pago de las mercancías aseguradas, ni pudo haber abuso en el ejercicio de sus derechos, por parte de la empresa demandada. Amén de que el actor renunció de manera explícita al ejercicio de dicha acción al declarar a la Compañía "a paz y salvo y libre de toda responsabilidad legal", como acaba de verse en la transcripción anterior.

No se han violado los numerosos preceptos legales que regulan el contrato de seguro. Se rechaza el cargo.

Fallo.

En mérito de las consideraciones que anteceden la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *Casa parcialmente* la sentencia pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día 14 de octubre de 1942, con el único y exclusivo fin de suprimir, como se suprime, la condenación a las costas de la primera instancia, que contiene el fallo que se acaba de revisar, el que queda vigente en lo demás.

Sin costas en este recurso.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Acción de nulidad de una hipoteca y de reivindicación. Certificado del registrador.

Ya ha dicho la Corte que si bien el artículo 2669 del Código Civil previene que la nota de registro se ponga al pie del título, de ahí no se sigue que, caso de omitirse por cualquier causa, esta formalidad, esté vedado obtener en otra ocasión y por otro camino el certificado del Registrador. Como acto de tradición lo esencial es el registro, y como prueba el testimonio oficial y escrito del Registrador.

Rechazada judicialmente la declaración de nulidad de la hipoteca en un juicio especial de venta y realizado el remate con los requisitos legales, subsiste con toda su fuerza esa situación legal y conserva todo su valor legal el contrato de compraventa realizado en el remate. En consecuencia, si en un juicio posterior se pide la acción de nulidad de la hipoteca y la reivindicación, es necesario pedir expresamente y obtener la revisión de la sentencia de excepciones y de pregón y remate y la aprobatoria de este último, dictadas en el juicio especial hipotecario, para poder obtener en este proceso la nulidad del remate y la restitución del inmueble.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

1º Tadeo Sánchez y su cónyuge, Ana de Jesús Serrano de Sánchez, celebraron en Sardinata el 5 de mayo de 1930 un contrato de mutuo con el señor Natalio Domínguez, por la cantidad de mil ochocientos pesos ($ 1.800.00) que de éste recibieron; y en garantía del pago de esa cantidad constituyeron hipoteca de una finca, ubicada en el área de la población de Sardinata y determinada como aparece en la escritura número 59, de 5 de mayo de 1930, otorgada en la Notaría de Sardinata;

2º La finca raíz hipotecada fue adquirida a título gratuito por la señora Serrano de Sánchez, en virtud de adjudicación que de ella se le hizo en el juicio de sucesión de su padre legítimo Antonio María Serrano, protocolizado el 24 de abril de 1936, de dicha Notaría; adjudicación que se le hizo durante la vigencia de la sociedad conyugal Sánchez-Serrano, y al gravarla los dos cónyuges a favor de Domínguez no se obtuvo la autorización judicial con conocimiento de causa;

3º Natalio Domínguez cedió este crédito hipotecario al señor Roque José Barjuch, conforme a la escritura número 30 de 21 de marzo de 1931, Notaría de Sardinata; éste, a su turno, lo cedió a la señora Hersilia de González, actual demandada, según escritura número 145 de 14 de marzo de 1935;

4º La cesionaria Hersilia de González instuaró, ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Cúcuta, juicio hipotecario contra Tadeo Sánchez y su cónyuge, y por remate efectuado en tal juicio el 31 de julio de 1939, aprobado el 14 de agosto siguiente, se le adjudicó la finca hipotecada, en pago del crédito cedido;

5º La señora Serrano de Sánchez falleció el 10 de marzo de 1933, según consta en la partida eclesiástica de defunción que expidió la Parroquia de San Antonio de Cúcuta, que obra en autos.

El proceso.

El 17 de septiembre de 1940 Tadeo Sánchez, en su propio nombre y como representante legal de su hija legítima menor Carmen Ramona Sánchez, suplicando a favor de la sucesión de Ana de Jesús Serrano de Sánchez, presentó demanda civil ordinaria ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Cúcuta contra la señora Hersilia de González, impetrando estas declaraciones:

a) La nulidad de la hipoteca constituída en la escritura número 59 de 1930, por faltar el requisito de la licencia judicial;

b) Que se declare, como consecuencia de la acción reivindicatoria que propone, que la finca raíz a que se refiere el acta de remate de 31 de julio de 1939 pertenece en dominio y propiedad a la sucesión de Ana de Jesús Serrano de Sánchez;

c) Se declare que la demandada está en la obligación de restituír dicho inmueble a la mencionada sucesión;

d) Se declare que la demandada debe pagar los frutos naturales y civiles de la citada finca a partir de la notificación de la demanda, lo mismo que las costas del juicio;

e) Se ordene la cancelación del registro de la adjudicación que de dicho inmueble se hizo en el remate celebrado en el juicio especial hipotecario; y,

f) Se ordene la cancelación de los registros de la escritura hipotecaria número 59.

Finalizó la primera instancia por sentencia fechada el 21 de mayo de 1941, en la cual se absolvió a la demandada en virtud de considerarse debidamente comprobadas las excepciones de cosa juzgada, prescripción por parte de Tadeo Sánchez y la de petición de modo indebido.

La sentencia acusada.

Por virtud de apelación de la parte actora subieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, entidad que finalizó la segunda instancia en sentencia fechada el 21 de abril de 1942, que revoca en todas sus partes la sentencia apelada y en su lugar hizo estas declaraciones:

1º Que es nula y se rescinde la hipoteca constituída en favor de Natalio Domínguez de que trata la escritura número 59 de 1930;

2º Que el referido inmueble pertenece a la sucesión de Ana de Jesús Serrano de Sánchez y en consecuencia la demandada debe restituírlo a la referida mortuoria, con sus frutos naturales y civiles percibidos desde la contestación de la demanda;

3º Ordena la cancelación del registro del gravamen hipotecario y la cancelación del registro de la adjudicación hecha a la demandada en el remate del inmueble que es materia de este litigio, en el juicio especial hipotecario seguido por la demandada contra Tadeo Sánchez, su menor hija y la sucesión de Ana de Jesús Serrano de Sánchez. Sin costas en ninguna de las dos instancias.

Encuentra el Tribunal que ninguna de las excepciones propuestas y reconocidas por el Juez de primer grado tiene fundamento jurídico suficiente para enervar las acciones intentadas, de modo tal que la absolución de la demandada no se justifica por este concepto.

A su decir, no se ha comprobado la excepción de cosa juzgada porque conforme al artículo 383 del Código Judicial lo relativo a la nulidad de la hipoteca es una cuestión que cabe discutir de nuevo en juicio ordinario, toda vez que el artículo 1030 ibídem consagra el principio de que las sentencias de excepciones y de pregón y remate no fundan la excepción de cosa juzgada y pueden revisarse por la vía ordinaria, precepto éste también aplicable al juicio especial hipotecario conforme al artículo 1197 del Código Judicial.

No aparece fundada la excepción de prescripción —sigue el Tribunal— porque nada importa que la prescripción se haya cumplido respecto de Tadeo Sánchez, dado que éste impetra la nulidad no en su carácter personal únicamente sino también como representante de su menor hija Carmen Ramona y a favor de la sucesión de su difunta mujer; y respecto de su hija no ha vencido aún el cuatrenio prescriptivo, por tratarse de una menor y estar suspendida la prescripción.

Tampoco considera comprobada la excepción de petición de modo indebido, porque no era necesario pedir primero la anulación de la sentencia de pregón y remate, dado que esa providencia es consecuencia del juicio especial hipotecario, que tuvo como base la hipoteca; de suerte que era suficiente pedir la nulidad de ésta, para que en caso de declararse quedara invalidado lógicamente todo cuanto sea efecto o consecuencia necesaria de dicha hipoteca.

Al entrar el Tribunal a estudiar los fundamentos de las dos acciones instauradas, sobre nulidad de la hipoteca y consiguiente reivindicación y restitución del inmueble rematado, considera que deben ambas prosperar. La primera porque en el caso de autos hay plena comprobación de que el inmueble hipotecado, por una parte, pertenecía en exclusivo dominio a la difunta señora Serrano de Sánchez, quien lo adquirió por herencia de su padre; y por otra, no hay constancia de que para constituir dicho gravamen real se hubiera solicitado y obtenido previamente la licencia judicial, con conocimiento de causa, que exige el artículo 1810 del Código Civil.

Agrega el sentenciador de Pamplona que la acción reivindicatoria debe prosperar como consecuencia lógica, obvia y natural de la nulidad de la hipoteca, porque así lo establece el artículo 1746 del Código Civil, según el cual la nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiera existido el acto o contrato nulo. Y más aún: ni cuando la mujer casada tuviera la administración extraordinaria de la sociedad conyugal podía hipotecar sus bienes propios sin previa licencia judicial, mucho menos podía hacerlo en circunstancias normales en que la administración de la sociedad, según el régimen anterior del Código Civil, correspondía al marido exclusivamente (artículo 1815 del Código Civil).

El recurso.

Se alza en casación el apoderado de la parte demandada y acusa la sentencia del Tribunal por el primer motivo de los estatuídos en el artículo 520 del Código Judicial. Se pasan a estudiar en su debido orden los reparos que sirven de fundamento a este recurso:

Primer cargo.—Error de derecho y violación por infracción directa de los artículos 2652, 2670, 2673 del Código Civil y 630 del Código Judicial.

Dice el recurrente que las escrituras públicas deben registrarse, conforme al artículo 2652 del Código Civil. En armonía con este precepto, consagra el artículo 630 del Código Judicial que la escritura, para ser estimada como prueba, debe presentarse en copia autorizada debidamente registrada. La copia de la escritura constitutiva de la hipoteca, que obra en autos, no aparece registrada y carece de la debida constancia de la inscripción, luego se incurrió en error de derecho al estimar como plena prueba del contrato hipotecario la copia de la escritura número 59 de 1930.

Considera la Sala:

Es evidente que la copia escrituraria mencionada no ostenta la respectiva diligencia donde conste su inscripción en la Oficina de Registro, pero la parte actora trajo a los autos en su oportunidad el certificado expedido por el Registrador del Circuito respectivo donde se deja clara constancia de que la escritura hipotecaria número 59 fue inscrita en aquella oficina bajo la partida número 10 del Libro 2º y en el de hipotecas. Y esta Corte, en su sentencia de casación de 31 de marzo de 1919 previó ya este caso cuando dijo: "Si bien el artículo 2669 del Código Civil previene que la nota de registro se ponga al pie del título, de ahí no se sigue que caso de omitirse por cualquier causa esta formalidad, esté vedado obtener en otra ocasión y por otro camino el certificado del Registrador. Como acto de tradición lo esencial es el registro, y como prueba el testimonio oficial y escrito del Registrador". (J. de la C. Tomo III número 3348).

Lo dicho es suficiente para desestimar por infundado este cargo.

Segundo cargo.—Error de hecho y de derecho, con violación por interpretación errónea de los artículos 205 y 737 del Código Judicial; por infracción directa de los artículos 142, 143, 148 y 471 de la misma obra; por infracción directa de los textos 473 del Código Judicial y 2676 del Código Civil y por infracción directa de las normas 1625, 1626, 2457 y 2676 de la misma Codificación.

Argumenta el recurrente que incurre el Tribunal en error de derecho al estimar en su fallo que basta con pedir la nulidad de la hipoteca para que si ésta es declarada, quede invalidado también lógicamente todo cuanto es efecto o consecuencia necesaria de esa hipoteca, sin tener en cuenta que dicha hipoteca se extinguió ya antes y se ordenó su cancelación por la sentencia de adjudicación del remate en el juicio especial hipotecario; y no se ha pedido la revisión de dicha sentencia de adjudicación, ni la de pregón y remate pronunciadas en aquel proceso.

Considera la Sala de Casación:

El error de derecho que el recurrente imputa al sentenciador de segundo grado está contenido en estos razonamientos del fallo acusado: "Por otra parte, no era necesario pedir primero la anulación de la sentencia de pregón y remate porque ella es consecuencia del juicio hipotecario, que tuvo por base la hipoteca, de suerte que basta con pedir la nulidad de ésta para que, si se declara, quede invalidado también lógicamente todo cuanto sea efecto o consecuencia necesaria de la hipoteca.

La declaración de nulidad de la hipoteca que se demanda en este juicio tiene precisamente por objeto que se declare que no tiene valor alguno la adjudicación del inmueble gravado, que se hizo a la demandada en el remate efectuado en el juicio hipotecario instaurado por ella".

Estima la Sala de Casación que no es jurídica la anterior conclusión sustentada por el fallo acusado, porque si en verdad este proceso viene originado en la revisión por una vía más amplia de la misma cuestión ya discutida en el juicio especial hipotecario o sea la nulidad de la hipoteca, por tratarse de un bien propio de la mujer casada que se gravó sin previa licencia judicial con conocimiento de causa, era también de rigor suplicar expresamente a la justicia, para obtener la nulidad del remate y la consiguiente restitución del inmueble, la revisión de las sentencias de excepciones y de pregón y remate y la aprobatoria de este último, proferidas ambas en el juicio especial de venta.

Al efecto, una vez que se instauró la acción hipotecaria para obtener en esa forma la debida solución del crédito mutuario que respaldaba, se movió la función coactiva del Organo Judicial y en ejercicio de tal imperio se pronunciaron las decisiones antes anotadas. En virtud de la sentencia de excepciones y de pregón y remate se desestimó la pretensión de los actores tendiente a que se declarara la nulidad de la hipoteca, conservando entonces ésta, por efecto de tal decisión judicial, toda su fuerza vinculante con el crédito al cual garantizaba. La orden de pregón y remate, dictada en esa providencia como consecuencia del rechazo de la excepción de nulidad, dispuso la venta del bien gravado en almoneda pública. Y el remate efectuado como efecto de tal orden, se realizó con el cumplimiento de todos los requisitos legales, tanto de forma como de fondo, sin que se haya alegado contra ese acto procesal y contra el contrato de compraventa que él entraña tacha alguna fundada que obligue a declararlo nulo.

Corolario lógico y jurídico de lo dicho viene a ser éste: rechazada judicialmente la declara-

ción de nulidad de la hipoteca en el juicio especial de venta y realizado el remate con los requisitos legales, subsiste con toda su fuerza esa situación legal y conserva todo su valor el contrato de compraventa realizado en el remate. La súplica única que se hace en este proceso para que se declare nula la hipoteca no puede tener operancia procesal suficiente, por sí sola y sin una petición expresa, para que se decrete a su vez la nulidad del remate y la restitución del bien rematado a la sucesión actora, como simple efecto o consecuencia natural y directa de la declaración de nulidad impetrada.

De lo expuesto fluye la conclusión de que era necesario pedir expresamente y obtenerlo la revisión de la sentencia de excepciones y de pregón y remate y la aprobatoria de este último, dictadas en el juicio especial hipotecario, para poder obtener en este proceso la nulidad del remate y la restitución del inmueble. Y esto es así porque, se repite, la subasta judicial efectuada es perfecta hasta ahora y conserva toda su fuerza de acto judicial y de contrato, en virtud de haberse rechazado antes la excepción de nulidad del contrato accesorio hipotecario. El crédito nacido del mutuo, que consta en la escritura número 59, estuvo bien solucionado con el producto del remate y este modo de extinguir obligaciones personales conserva toda su validez jurídica. De manera que para destruír esta situación creada legalmente por ministerio de la justicia era de rigor obtener, ante todo, la declaratoria de nulidad de la hipoteca; y luégo pedir expresamente y obtener la revisión de los fallos proferidos en el juicio especial de venta para, como consecuencia, obtener expresamente la declaración de nulidad del remate y la restitución del bien. Es esta la interpretación que debe darse al artículo 473 del Código Judicial, en cuya virtud la sentencia firme dada en materia contenciosa tiene la fuerza de cosa juzgada, sin perjuicio del recurso de revisión y de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, cuando así lo disponga la ley.

Puede agregarse a lo antes expuesto que el artículo 1030 del Código Judicial estatuye que la sentencia de excepciones y de pregón y remate no funda la excepción de cosa juzgada y puede revisarse por la vía ordinaria. Con lo que viene consagrado por nuestra ley positiva que para que tales decisiones, pronunciadas en juicios especiales de venta, pierdan su fuerza coactiva es de rigor solicitar y obtener expresamente su revisión, para dejarlas sin efecto.

De lo expuesto concluye la Sala que es fundado este cargo y debe prosperar, porque la parte actora debió suplicar explícitamente tanto la revisión de esos fallos proferidos en el especial como la nulidad del remate. Al no hacerlo así ha violado los artículos 473 y 1030 del Código Judicial que tienen carácter sustantivo. Tal omisión acarrea como consecuencia que no puede decretarse en este proceso ni la reivindicación del inmueble, ni su consiguiente restitución, ni la cancelación de los registros del remate, porque si tal acto conserva toda su validez no es posible hacer desaparecer sus efectos jurídicos. Se hace necesario casar parcialmente la sentencia acusada, para el efecto de suprimir del fallo que se revisa y reforma las declaraciones contenidas en los puntos 2º, 3º y 4º de su parte resolutiva. Pero esta decisión no agota el ejercicio de las acciones judiciales que la parte actora pretenda tener para obtener posteriormente tales declaraciones en forma legal.

Fallo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona el día 21 de abril de 1942 y reformando la de primer grado, de 21 de mayo de 1941, falla este pleito así:

1º Declarar, como declara, que es *nula* y por lo tanto se *rescinde* la hipoteca constituída a favor de Natalio Domínguez por Tadeo Sánchez y Ana de Jesús Serrano de Sánchez, de que da cuenta la escritura pública número 59, de 5 de mayo de 1930, otorgada en la Notaría de Sardinata, que versa sobre el siguiente inmueble: "Una casa de habitación y de comercio, construída de tapia apisonada, madera y teja, con su correspondiente solar anexo, ubicada en el área de la población de Sardinata, en la calle de *La Victoria*, alinderada así: por el Sur, calle de por medio, con casa del señor Juan Pedraza y sitio de la misma sucesión; por el Occidente, con casa de la sucesión de Antonio María Serrano; por el Oriente, con casa de Abel Ramírez; y por el Norte, con solar de José del Carmen Yáñez, hoy del mismo Ramírez";

2º No es el caso de disponer la cancelación del registro de tal gravamen hipotecario, por haberse ya realizado dicha cancelación en virtud de la orden dada en la providencia que aprobó el remate de la mencionada finca raíz;

3º No es el caso de hacer las demás declaraciones solicitadas en el libelo de demanda, por las razones expuestas en este fallo.

Sin costas en este recurso.

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

Fulgencio Lequerica Vélez, Daniel Anzola, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestro Daza, Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario.

REIVINDICACION

Ya había dicho la Corte, en sentencia del 26 de febrero de 1936 que "el carácter de dueño exigido por el artículo 946 del Código Civil, y la noción de 'propiedad', prescrita por el 950 de la misma obra, son figuras esencialmente relativas. Aunque el dominio es un derecho sin respecto a determinada persona, suficiente para que su titular goce y disponga de la cosa mientras no atente contra la ley o contra derecho ajeno, la existencia del que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor y se prueba sólo frente a éste. La declaración de propiedad, que en juicio reivindicatorio precede a la de entrega, no da ni reconoce al reivindicante un dominio absoluto o 'erga omnes'. Apenas respectivo, es decir, frente al poseedor. Y la sentencia de absolución proferida en juicio de esta clase no constituye título de propiedad para el demandado absuelto". También había dicho en sentencia de fecha 23 de octubre de 1939, lo siguiente: "El demandado en juicio de reivindicación no puede defenderse eficazmente sino demostrando sus propias pretensiones de dominio, pero no alegando que la propiedad de la cosa reivindicada no es del actor sino de un tercero, alegación con que destruye la presunción de dominio nacida de la posesión. Además, con ese tercero no reza el fallo que se profiera, que sólo y siempre tendrá fuerza relativamente al demandado y no efectos con respecto a todos". La Corte reitera esas doctrinas.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Son antecedentes de este negocio:

Sergio F. Córdoba otorgó testamento cerrado en 1916, el cual fue protocolizado por escritura número 289, del 1º de agosto de 1918, de la Notaría primera de Pasto.

Según la cláusula *vigésima-segunda,* el testador dispuso la fundación de una casa de ejercicios, dirigida y administrada por los Padres Jesuítas, sometida al control y vigilancia del señor Obispo de Pasto, y para la construcción de dicha casa asignó, como propiedad de la fundación que pretendió establecer, la hacienda denominada *Santa Ana,* situada en el Corregimiento de *Matituy,* en jurisdicción del Municipio de La Florida. El punto décimo de la citada cláusula dice: "X.—Si pasados diez años después de mi muerte no funcionare la casa de ejercicios, ni se cumplieren mis disposiciones respecto de ella, la misma casa y todo lo que le asigno pertenecerá a mi heredera".

La cláusula *vigésima-sexta* del indicado testamento dispuso:

"*Vigésima-sexta.* Deducidos los legados que dejo en este testamento, el remanente de mis bienes pertenecerá a la casa de ejercicios, con la deducción de mil pesos ($ 1.000) que de este mismo remanente dejo a mi heredera Romelia Córdoba de Apráez".

Y la cláusula *vigésima-novena* es del siguiente tenor:

"*Vigésima-novena.* Si ocurriere el caso previsto en el punto X de la cláusula veintidós (22), la casa de ejercicios y todo lo que le asigno pertenecerá así: a mi heredera Romelia Córdoba de Apráez, la tercera parte, y las otras dos terceras las dejo para la educación de mis sobrinos legítimos, hijos de mis hermanos y hermanas legítimas".

Con fundamento en las cláusulas que han quedado transcritas, los sobrinos legítimos del testador Córdoba, llamados Juan Clímaco, Amelia, Carmen R., Rafael, Alfonso Córdoba y Jael C. v. de Ordóñez siguieron un litigio anterior al actual, dirigido contra el señor Obispo de la Diócesis de Pasto y contra el Padre Superior de los Jesuítas en Colombia, que fue fallado por el Juez 3º Civil del Circuito de Pasto el 24 de octubre de 1929; por el Tribunal Superior de dicha ciudad, el 31 de octubre de 1931, y por la Corte, en casación, no infirmando la sentencia del Tribunal, el 25 de febrero de 1933.

La parte resolutiva de la sentencia del Juzgado dice:

"Por lo expuesto el Juzgado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara:

"1º No probadas las excepciones propuestas de transacción, carencia de derecho y petición indebida.

"2º Que han caducado y no tienen efecto alguno las asignaciones testamentarias contenidas en las cláusulas veintidós y veintiséis del testamento cerrado otorgado por el señor Sergio F. Córdoba el diez y nueve de febrero de mil novecientos diez y seis, adicionado el veinte del mismo mes y año y protocolizado en la Notaría 1ª de este Circuito bajo la escritura número 289, de 1º de agosto de 1918.

"3º Que la comunidad de la cual forman parte los sobrinos legítimos del señor Sergio F. Córdoba, en el todo, y en la parte proporcional correspondiente los demandantes Juan Clímaco Córdoba, Amelia Córdoba Z., Carmen R. Córdoba, Jael C. v. de Ordóñez, Rafael Córdoba Z. y Alfonso Córdoba, son llamados a recoger los bienes en que consisten las asignaciones hechas por medio de las cláusulas veintidós y veintiséis del mencionado testamento del señor Sergio F. Córdoba.

"4º Sin lugar a ordenar en este juicio la entrega de los referidos bienes.

"Costas comunes".

La sentencia del Tribunal dispuso:

"Refórmase la sentencia apelada así:

"A). En el punto primero, para declarar probada en parte la excepción de petición indebida.

"B). En el punto tercero, para declarar que los allí nombrados son llamados a recoger sólo hasta las dos terceras partes de los bienes a que se refiere este punto.

"Y se confirma en todo lo demás".

Apoyados en las referidas sentencias, los señores Córdobas antes nombrados, sobrinos del testador, iniciaron, por medio de apoderado, ante el Juez 2º Civil del Circuito de Pasto, juicio ordinario de reivindicación de las dos terceras partes de la citada hacienda de *Santa Ana,* contra los actuales poseedores, Ramón B. Apráez y Romelia Córdoba de Apráez, y pidieron que se declarara que los actores son dueños de las dos terceras partes de la indicada hacienda y que los demandados están obligados a restituírselas, tres días después de ejecutoriada la sentencia, con los frutos naturales y civiles, no solamente los percibidos sino los que los demandantes hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, si las hubieren tenido en su poder, frutos apreciados desde el 2 de enero de 1923, o, subsidiariamente, desde la fecha de la notificación de la demanda; que, consecuencialmente, se ordene a los demandados entregar a los actores dichas dos terceras partes, y que se les condene en costas.

Admitida la demanda y corrido el traslado correspondiente, los demandados la contestaron aceptando algunos hechos y negando otros, y propusieron las excepciones perentorias de prescripción, carencia de acción, petición antes de tiempo o de modo indebido, masa ilíquida y transacción.

El Juez del conocimiento falló el asunto el treinta de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, declarando a los damandantes dueños de las indicadas dos terceras partes de la hacienda *Santa Ana;* condenando a los demandados a restituírselas, tres días después de ejecutoriada la sentencia, y a restituírles, además, los frutos naturales y civiles percibidos y los que se hubiesen podido percibir con mediana inteligencia y actividad desde el 24 de julio de 1928, los que se liquidarán en la forma prevista en el artículo 553 del Código Judicial, y condenando a los demandados en las costas procesales.

De este fallo apelaron ambas partes, y subido el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto y terminada allí la tramitación correspondiente al segundo grado, se profirió la sentencia del dos de junio de mil novecientos cuarenta y dos, por medio de la cual se reformó aquél, así:

"1º Confirma la primera parte resolutiva de la sentencia recurrida.

"2º Confirma la segunda parte, cuya redacción quedará así: Condénase a los esposos señores Ramón B. Apráez y Romelia Córdoba de Apráez, a entregar a los demandantes, tres días después de ejecutoriada esta sentencia, las dos terceras partes de la hacienda *Santa Ana,* ubicada en el Corregimiento de Matituy, Distrito de La Florida, por los linderos generales señalados en el hecho 5º de la demanda.

"3º Modifica la tercera condenación en el sentido de que los frutos naturales y civiles deberán pagarse a contar desde el 14 de octubre de 1937, fecha de la contestación de la demanda, calificando a los condenados como poseedores de buena fe, y la confirma en lo demás.

"4º Se adiciona el fallo para decretar no haber lugar a la declaración de mejoras, que dieran oportunidad al derecho de retención.

"5º No se hace condenación de costas en esta segunda instancia, ya por haberse reformado el fallo, ya por haberse confirmado por motivos distintos a los de primera instancia.

"Y lo confirma en todo lo demás".

Los fundamentos básicos de la decisión del Tribunal pueden resumirse así:

Los demandantes tienen personería sustantiva y derecho para seguir la acción que han intentado, porque esos extremos fueron ampliamente debatidos en el litigio anterior y claramente reconocidos en favor de ellos. El presente juicio no

es otra cosa que el ejercicio de la acción consecuencial derivada de los fallos pronunciados en el citado litigio anterior, fallos que amparan hoy los derechos de los demandantes.

Son, por tanto, pertinentes las peticiones de la demanda que originó este pleito, y no pueden declararse probadas las excepciones propuestas por los demandados, las que el Tribunal estudia una a una y ampliamente en la parte motiva de la sentencia acusada.

El recurso.

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

Aunque el recurrente no lo dice, se apoya en las dos primeras causales de las señaladas por el artículo 520 del Código Judicial, y formula seis cargos, que se irán estudiando separadamente, a saber:

I "Violación de los artículos 669, 946, 948, 949, 950 y 1634 del Código Civil, y 473 del Código Judicial".

Sostiene el recurrente que al aceptar el Tribunal como valedera e incontrovertible la personería sustantiva de los demandantes en este juicio, les da a los fallos citados atrás, pronunciados en el litigio anterior, la fuerza de cosa juzgada, sin tener en cuenta que esos fallos no pueden oponerse a la parte demandada actualmente, que para nada figuró en aquel litigio, con lo cual viola directamente el artículo 473 del Código Judicial.

Considera que se violaron también los artículos 669, 948, 949 y 950 del Código Civil, porque en su concepto la acción reivindicatoria no puede prosperar si el demandante no demuestra plenamente que es dueño exclusivo de los bienes que pretende reivindicar, demostración que no se ha dado en este juicio, pues los demandantes iniciaron la acción en nombre propio, en su calidad de sobrinos del testador, no para la comunidad formada por todos, y no se ha probado que ellos sean los únicos sobrinos.

Dice que se violó el artículo 1634 del referido Código, porque especialmente en materia de pago de frutos se ordenó ese pago por el Juez sin tener éste la convicción de que los demandantes tengan el carácter de acreedor exclusivo, pues, como se ha dicho, pueden existir otros sobrinos del testador.

Se observa:

Como muy bien lo dice el apoderado de la parte opositora al recurso, no es exacto que el Tribunal aduzca las sentencias dictadas en el juicio anterior como cosa juzgada contra la parte demandada en el presente. No hay pasaje alguno de la providencia acusada que sirva de fundamento a esa afirmación. El Tribunal simplemente dice que las razones que sirvieron entonces para declarar legítima la personería sustantiva de la parte demandante, sirven también ahora de base para declararla en este pleito, o, lo que es lo mismo, que la doctrina sentada por la Corte en el fallo pronunciado en aquel litigio es aplicable en éste, lo cual es muy distinto a expresar que ese fallo tenga la fuerza de cosa juzgada contra personas que no intervinieron en el juicio en que fue dictado.

Es evidente que no existe al respecto cosa juzgada, pero también lo es que no se puede desconocer a las referidas sentencias pronunciadas en el juicio anterior el mérito probatorio que legalmente les corresponde en el que actualmente se decide.

La Corte, en sentencia del 29 de julio de 1918, Tomo III de la *Jurisprudencia,* número 915, dijo:

"Aunque una sentencia no puede oponerse a terceros como cosa juzgada, ella puede presentarse en juicio por la parte favorecida como prueba de su derecho oponible contra terceros que lo disputen, y debe tenerse como documento que conserva su fuerza probatoria contra cualquiera, mientras no se contraponga prueba en contrario. Tal es el principio reconocido en cuanto a los efectos de la sentencia con relación a extraños".

De otro lado, el recurrente no ha demostrado que el Tribunal violara alguna disposición legal al reconocer como legítima la personería sustantiva de la parte demandante.

Por lo demás, no hay en el expediente prueba alguna de que existan sobrinos del testador, distintos de los demandantes, y en el caso de que existieran es obvio que las sentencias dictadas en este juicio no los perjudicarían, como acertadamente lo dice el Tribunal y como lo reconoce el propio recurrente. A ellos les quedarían a salvo sus derechos, los que podrían hacer valer de acuerdo con las leyes.

En lo tocante a la violación de los preceptos legales referentes a la acción reivindicatoria, es suficiente reproducir lo que ha dicho la Corte sobre el particular:

En sentencia del 26 de febrero de 1936, *Gaceta Judicial* Tomo 43, página 339, dijo:

"El carácter de 'dueño', exigido por el artículo 946 del Código Civil, y la noción de 'propiedad', prescrita por el 950 de la misma obra, son figuras esencialmente relativas. Aunque el dominio es un derecho sin respecto a determinada persona, suficiente para que su titular goce y disponga de la cosa mientras no atente contra la ley o contra derecho ajeno, la existencia del que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor y se prueba sólo frente a éste. La declaración de propie-

dad, que en juicio reivindicatorio precede a la de entrega, no da ni reconoce al reivindicante un dominio absoluto o *erga-omnes*. Apenas respectivo, es decir, frente al poseedor. Y la sentencia de absolución proferida en juicio de esta clase no constituye título de propiedad para el demandado absuelto".

Y en sentencia de fecha 23 de octubre de 1939, *Gaceta Judicial*, Tomo 48, página 753, dijo:

"El demandado en juicio de reivindicación no puede defenderse eficazmente sino demostrando sus propias pretensiones de dominio, pero no alegando que la propiedad de la cosa reivindicada no es del actor sino de un tercero, alegación con que destruye la presunción de dominio nacida de la posesión. Además, con ese tercero no reza el fallo que se profierá, que sólo y siempre tendrá fuerza relativamente al demandado y no efectos con respecto de todos".

Igualmente infundada es la alegación de que se violó el artículo 1634 del Código Civil, porque precisamente al tenor de ese artículo es válido el pago que se haga a la persona que el Juez autorice para recibirlo. De modo que los demandados quedan libres de su obligación referente al pago de frutos haciéndolo a los demandantes, autorizados por la sentencia, ya que, también de acuerdo con el citado artículo, el pago se hace de buena fe a quienes se hallan en posesión del crédito, y, como se ha dicho, no se ha demostrado que existan otros sobrinos del testador, distintos de los demandantes.

Es, por tanto, infundado el cargo que se ha venido estudiando, por lo cual se rechaza.

II "Violación de los artículos 673, 1008, 1009, 1010 y 1183 del Código Civil".

Sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en error al decidir que el título de los demandantes sobre el inmueble a que se refiere el juicio lo constituye el testamento en que se les designó como legatarios, y dice que mal puede servir de título dicho testamento, toda vez que en él no figuran los linderos de la finca legada. Agrega que tampoco deben tenerse en cuenta los fallos dictados en el juicio anterior, porque no pueden hacerse valer contra los demandados en este juicio, pues ello equivaldría a darles mérito de cosa juzgada.

En concepto de la Sala tampoco es admisible este cargo, por las siguientes razones:

El Tribunal no sólo aprecia como título o prueba del derecho de los actores el testamento del causante, sino también los aludidos fallos dictados en el litigio anterior, apreciación ésta que en manera alguna implica, como se ha visto, que se les dé el valor de cosa juzgada, sino, simplemente, que se les reconoce el mérito probatorio que en sí tienen, mientras no se les contraponga otra prueba más eficaz.

En lo relativo a que no figuran en el testamento los linderos de la finca, la Corte ha dicho reiteradamente que no es necesaria tal especificación, cuando el bien legado puede determinarse claramente por otros medios. (Ver Jurisprudencia de la Corte, Tomo I, números 2345 y 3979; Tomo III, número 283, y Tomo IV, número 257). Además, debe tenerse en cuenta que respecto del inmueble que se trata de reivindicar no ha habido discusión ni discrepancia alguna en este juicio, ni en el anterior. No incide, por lo mismo, el reparo en casación.

III "Violación de los artículos 669, 1419, 1430 y concordantes del Código Civil, y 437 (sic) del Código Judicial".

Alega el recurrente que los legatarios no pueden ejercitar la acción reivindicatoria sino después de que se haya liquidado la sucesión y hecho, por consiguiente, la respectiva partición y adjudicación de bienes, entre otras razones porque pueden ser obligados a concurrir al pago de legítimas y de deudas hereditarias, y con cita equivocada del artículo 473 (menciona el 437), insiste en que el Tribunal desconoce que los fallos dictados en el juicio anterior no pueden obligar en éste a los demandados.

En relación con este punto dice la sentencia acusada:

"Los legatarios, según las reglas de la ciencia jurídica y procesal, tienen derecho a pedir la entrega desde el momento en que nace su derecho puro y simple. En el caso que nos ocupa, desde que quedó ejecutoriado el fallo sobre caducidad de la asignación testamentaria referida y sobre la sustitución de ese legado en favor de los sobrinos del causante, señor Córdoba. Y ese derecho puede ejercitarse por tres clases de acciones, según los casos particulares: por medio de la acción de partición, cuando el legado tiene carácter universal; por medio de la acción personal, cuando se trata de un pago; y por medio de la acción reivindicatoria o de entrega material, cuando se trata de cuerpos ciertos, acción esta última que puede ejercitarse hasta contra terceros. Tales son las acciones preconizadas por los jurisconsultos, y muy ampliamente por Planiol y Ripert. Dichas acciones, y muy especialmente la última, debe ser dirigida, en primer término y por regla general, contra los herederos; pero cuando no existen éstos en el testamento, o cuando éstos son también legatarios de una cuota parte de la misma cosa, o cuando hay duda sobre quiénes son los herederos universales testamentarios, la demanda debe ser dirigida contra quien tuviere la *saisine*, o sea quien haya tomado la posesión herencial de derecho, o contra quien detentare el conjunto de la sucesión. Tal el caso de la demandada señora Romelia Córdoba y de su esposo, quienes tienen, como ya se

dijo, el doble carácter de haber entrado de facto a poseer, y de ser detentadores de los legados".

Esta misma opinión sostienen los expositores colombianos Fernando Vélez, en sus comentarios al Código Civil (Tomo V, página 343), y Hernando Carrizosa Pardo, en su obra *Sucesiones* (página 396), citados ambos por el opositor.

Es suficiente lo dicho para rechazar, como se rechaza, este cargo.

IV "Violación de los artículos 764, 2528 y 2529 del Código Civil, t. 437 (sic) del Código Judicial".

Con cita equivocada otra vez del artículo 473 del Código Judicial (indica el 437), insiste de nuevo el recurrente en que el Tribunal les da el valor de cosa juzgada a los fallos anteriores, tántas veces mencionados, por lo cual incurrió en error de derecho en la apreciación de esa prueba, error que lo llevó a infringir los artículos 764, 2528 y 2529 del Código Civil, por no reconocer que se ha cumplido la prescripción a favor de la parte demandada.

En lo tocante a este reparo la Sala observa:

a) Que como varias veces se ha dicho, al darles el Tribunal valor probatorio a los fallos en referencia no les atribuye la fuerza de cosa juzgada y no viola, en consecuencia, el artículo 473 del Código Judicial.

b) Que el Tribunal, para negarles a los demandados el carácter de poseedores regulares se apoyó no sólo en dichos fallos, sino en razones distintas, que no han sido refutadas por el recurrente y que sirven, por sí solas, para que subsista la sentencia acusada.

En efecto, como los demandados hacen derivar su posesión de un contrato de transacción que celebraron con el señor Obispo de Pasto y con el Superior de los Padres Jesuítas, quienes no tenían la facultad de traspasar el dominio, porque no eran propietarios, sino simplemente representantes administradores de una entidad moral aún en potencia, que no había nacido a la vida jurídica y que nunca nació, por virtud de la caducidad de las cláusulas testamentarias que ordenaban crearla, el Tribunal consideró que los demandados no tenían justo título y buena fe, y que, por lo mismo, no eran poseedores regulares y no podían alegar la prescripción ordinaria, pues los demandados sabían que ni el señor Obispo ni el Superior de los Padres Jesuítas eran dueños de los bienes, porque eso consta claramente en el testamento, que aparece citado en la escritura de contrato. Además como ha dicho la Corte refiriéndose a un contrato de compraventa, lo que no impide que esa doctrina sea aplicable a cualquier acto jurídico que implique transferencia de dominio, "a quien compra a sabiendas de que su vendedor no es el dueño, no puede atribuírsele buena fe, dado el artículo 768 del Código Civil". (Tomo 51, página 771).

En relación con la buena fe conviene ver, por ser aplicable al caso, lo dicho por la Corte en sentencia publicada en la *Gaceta Judicial*, Tomo 44, página 701.

Conviene agregar que, como acertadamente lo dice el Tribunal, para los demandantes el lapso requerido para la prescripción invocada por los demandados, sólo puede contarse desde la fecha del fallo que les reconoció el carácter de legatarios, por haber caducado las cláusulas testamentarias que disponían la creación de una casa de ejercicios.

Tampoco resulta, por consiguiente, admisible este cargo.

V "Violación de los artículos 764, 765 y 2528 del Código Civil".

En desarrollo de este reparo, que alude á la excepción de transacción que el Tribunal declaró no fundada, porque en ella no intervinieron los demandantes, dice el recurrente que es errónea la apreciación del Tribunal, porque "es obvio que el justo título del poseedor, que ha de conducirlo a la prescripción adquisitiva, mal puede referirse a un acto jurídico en el cual haya tomado parte la persona contra la cual opera la prescripción misma".

Para rechazar, como se rechaza, la alegación del recurrente, basta reproducir aquí lo que al respecto dice el opositor, que la Sala encuentra fundado:

"En este cargo incurre el recurrente en una confusión, ya que no se trata de apreciar el documento en que consta la transacción como título para efectos de la prescripción adquisitiva, sino de apreciar su valor en cuanto contiene una transacción, y a este respecto es perfectamente clara la disposición del artículo 2484 del Código Civil, que dice: 'La transacción no surte efecto sino entre los contratantes'. Por lo demás, como acertadamente lo dijo la Corte en la sentencia dictada en el juicio anterior, 'los demandantes no intervinieron en la transacción de que se trata, para que se les pueda oponer' ".

VI Por último, como sexto cargo alega el recurrente la segunda de las causales señaladas en el artículo 520 del Código Judicial, la que funda en que el Tribunal no reconoció ni negó la petición de los demandados concerniente a las mejoras que ellos alegan haber puesto en la finca sobre que versa el pleito, sino que se abstuvo de fallar sobre el particular.

Inadmisible también este cargo, por las siguientes razones:

a) El punto 4º de la parte resolutiva de la sentencia acusada dice:

"4º Se adiciona el fallo para decretar no haber lugar a la declaración de mejoras, que dieran oportunidad al derecho de retención".

En concepto de la Sala no hay duda alguna de que el Tribunal, en el ordinal copiado, negó la solicitud hecha por los demandados para que se reconociera a su favor el valor de las mejoras que ellos decían haber puesto, y para esa negativa se fundó el Tribunal en que no existían pruebas en autos de que se hubieran hecho por los demandados. De modo que si el recurrente considera que sí está demostrada la existencia de las mejoras, ha debido acusar el fallo por error de hecho, o falta de apreciación de determinadas pruebas, acusación que no hizo.

No habiendo otros reparos qué estudiar, es preciso concluir que no prospera el recurso de casación y que no es posible infirmar la sentencia del Tribunal.

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

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Solicitud de aclaración de un auto.

Para que haya lugar a la aclaración a que da derecho el artículo 482 del Código Judicial, es condición previa indispensable que se haya proferido una sentencia, y es obvio que cuando la Corte no casa la recurrida, o se declara incompetente para conocer del recurso, no se puede decir que dicta sentencia, en el sentido legal, esto es, que decida definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio. En tales casos la Corte decide el recurso, pero no se pronuncia, en realidad, sobre los problemas de fondo que se han ventilado en el pleito.

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

Con apoyo en el artículo 482 del Código Judicial, pide el doctor Víctor Cock, en su anterior memorial, se aclare el fallo pronunciado por la Corte el veintidós de septiembre último, por medio del cual se resolvió no casar o infirmar la sentencia definitiva de segundo grado dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. La aclaración se solicita en lo relativo al pago de mejoras y al correspondiente derecho de retención a que el memorialista cree que puede aspirar la parte que representa.

Para resolver se considera:

Como ya lo dijo esta Sala en auto del catorce de septiembre del presente año, que recayó a otra solicitud similar hecha por el doctor Cock, "lo primero que surge en vista de este pedimento es su improcedencia, puesto que para que haya lugar a la aclaración a que da derecho el artículo 482 del Código Judicial, es condición previa indispensable que se haya proferido una sentencia, y es obvio que cuando la Corte no casa la recurrida, o se declara incompetente, como en este caso, para conocer del recurso, no se puede decir que dicta sentencia, en el sentido legal, esto es, que decida definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio". En tales casos la Corte decide el recurso, pero no se pronuncia, en realidad, sobre los problemas de fondo que se han ventilado en el pleito.

Por lo demás, es claro que no habiéndose casado la sentencia acusada, ésta conserva todo su imperio y rigor, pues lo dicho por la Corte en las motivaciones de su decisión nada puede agregarle ni quitarle a lo resuelto por el Tribunal, ya que sólo ha tenido por objeto estudiar y contestar los reparos formulados por el recurrente, de manera que tanto el Tribunal como el Juez *a quo* y las partes pueden hacer caso omiso, o no tener en cuenta lo dicho por la Corte, al tratar de ejecutar la sentencia recurrida y no infirmada.

Es suficiente lo dicho para negar, como se niega, la solicitud de aclaración de que se ha venido tratando.

Cópiese y notifíquese.

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

Reivindicación. - Estampillas. - Copias de copias. - Singularización de inmuebles.

1. La Corte reafirma su anterior doctrina según la cual "el cumplimiento de previsiones y disposiciones de orden fiscal respecto de actos o contratos de naturaleza civil y de diligencias judiciales y administrativas viene a ser, en puridad de verdad, cosa simplemente adjetiva y ajena de la esencia del acto o diligencia pertinente, destinada únicamente a la exacción de un impuesto nacional, pero en realidad no hace parte integrante de la naturaleza del acto civil o diligencia del Poder Público. De manera que su omisión vendría a afectar, en algunos casos claramente previstos por la ley, los efectos judiciales o administrativos llamados a producirse por el acto o diligencia, pero en forma alguna a desnaturalizarlos en su esencia y contenido, cuando se les aprecia y considera en sí mismos y hecha abstracción de alguna solemnidad, si bien obligatoria, completamente extraña a su esencia misma".

2. Al tenor de conocidas disposiciones sustantivas la copia expedida con las formalidades legales por los funcionarios encargados de llevar el estado civil de las personas, y que se toma del acta original, es un documento auténtico. Por consiguiente si esa copia es llevada a la protocolización en virtud del derecho que a los interesados les conceden los artículos 2606 y 2607 del Código Civil y el Notario compulsa luégo copia de esa copia, la nueva copia no es sino una copia del documento auténtico protocolado que por sí queda revestido del poder probatorio que la ley confiere al propio documento toda vez que la última copia no hace sino reemplazar a la primera, a la que guarda el Notario en el protocolo para mejor seguridad de su custodia. Si la copia de los documentos auténticos que se protocolizan en las Notarías no tuviera el mismo valor probatorio del documento protocolado, no tendría función el artículo del Código Civil citado antes, ya que nadie llevaría a las Notarías documentos auténticos para su protocolización, pues al hacerlo quedarían allí y para siempre todo el valor probatorio del escrito ya que no podría el interesado retirarlo del protocolo nuevamente, y porque las copias que obtuviera de nada le valdrían. Otro tanto sucede con las actas de remate que expiden los Jueces, registradas; los interesados las llevan al protocolo para solicitar luégo las copias que necesitan y rara vez acuden a los Jueces para solicitar copia del acta original so pretexto de que en sus archivos se custodia el expediente.

3. Los inmuebles se singularizan, determinan y señalan por sus linderos, así se hacen inconfundibles y sólo así pueden identificarse; decir que un lote tiene por uno de sus costados determinado límite, que linda con un río, por ejemplo, no es dar la singularización completa de él. Con esa sola referencia, es legal y materialmente imposible que pueda comprobarse que otros lotes estén comprendidos dentro del que no se conoce legalmente, por más que se advierta que éste tiene una cabida.

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

(Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola).

El 23 de junio del año de 1857 el Gobernador del Estado Soberano de Antioquia, a solicitud de Agustín Codeville, agente general en América de la Sociedad Minera denominada *La Francesa,* dictó la Resolución de esa fecha por medio de la cual se adjudicó a la expresada Compañía "el lecho minero del río Nare, desde el punto llamado *Salto de Pérez* hasta su confluencia con el río San Lorenzo"; oportunamente se expidió a la Sociedad el título de propiedad correspondiente, y luégo, el Alcalde de Santo Domingo, a nombre del Estado, dio al adjudicatario posesión del lecho minero concedido.

La Sociedad Minera entró en liquidación y en la subasta de sus bienes fue postor el señor Enrique Brenche, quien con poderes especiales remató todos los bienes para el súbdito francés, Louis Paul Charles Chaisne, Comte de Bourmont, todo al tenor de la escritura pública número 183 de 3 de abril de 1858 de la Notaría 2ª de Medellín que protocolizaba el acta de remate, y en

donde otras anotaciones se lee, "que las tierras que hai (sic) en la margen izquierda del río Nare están aún proindiviso con otros comuneros", y que también forma parte del objeto de la subasta "una extensión bastante considerable de terreno constante de 640 fanegadas en la margen izquierda del río Nare jurisdicción del Distrito de Santo Domingo". No se determinaron o singularizaron los límites o linderos de esas fanegadas, se anotó únicamente en el acta "que esos terrenos contienen pastos de grama y de pará bastante para 70 novillos"; además, se convino, en que el título de propiedad a favor del rematador otorgarialo el señor Carlos Segismundo de Greiff, quien según contratos con *La Francesa* el día del remate, debía entregar o transferir a ésta el dominio de aquellas 640 fanegadas, que con este entendido o condición fueron rematadas.

Sucedía que De Greiff debía a *La Francesa* la obligación de transferirle la propiedad de 640 fanegadas de los terrenos de la región misma del Nare, y que el Conde de Bourmont, como rematador o cesionario de todos los bienes de la Compañía adquirió también ese derecho. Joaquín Ramírez era propietario en esos contornos de una gran zona de terreno delimitada como cuerpo cierto, y de esa zona transfirió a De Greiff las mentadas 640 fanegadas mediante un contrato de permuta que entre ambos celebraron; pero resulta, que no se sigularizaron, no se le señalaron linderos a la cabida fijada en el contrato, y así las transfirió De Greiff al Conde de Bourmont.

En el título que hizo Ramírez a De Greiff, y en el que éste hizo al Conde, se dio una sola referencia para indicar el punto de donde debía partirse para *tomar* las 640 fanegadas, pues De Greiff, repitiendo la procedencia de lo adquirido, dijo en el título que hizo al Conde: "esas 640 fanegadas que hube de Ramírez se hallan comprendidas en el globo mayor marcado en el plano que levantó Carlos de Greiff con la letra 'g' y número '22', las cedo, renuncio y traspaso a don Louis Paul Chaisne de Bourmont, las cuales *deben tomarse* teniendo por base en la orilla izquierda del río Nare, la extensión comprendida del 'Remolino Grande' que está al pie de 'Playa Rica' hasta el 'Aventadero de Gómez' frente al Salto de Trinidad". Es decir, se vendieron 640 fanegadas y se dio sólo una base para medirlas y delimitarlas en el momento de una partición, como que quedaban comprendidas dentro de la zona grande de propiedad de Ramírez y en comunidad con éste.

El Conde de Bourmont contrajo matrimonio con la Condesa María de Viette el primero de mayo de 1843; Bourmont falleció en el año de 1876, y la Condesa le sobrevivió hasta el 14 de agosto de 1914; quedaron como representantes de estas herencias los hijos de este matrimonio Henri, Louis Augusto, Adolfo Armando y los herederos de Caen, quien falleció años antes de la Condesa María, pero dejando a su vez herederos, quienes por representación debían tomar la herencia de sus abuelos en la proporción correspondiente.

Las propiedades de Bourmont especialmente las aledañas al río Nare y que éste remató de *La Francesa* pasaron por determinación de sus propietarios, a la administración de Ramón Giraldo, quien las conservó en tal carácter al menos hasta el año de 1914 fecha en que éste reconoció el dominio de los Bourmont, según resulta de una querella de policía que hubo de instaurar para defender la propiedad que usufructuaba y retenía mediante aquel título precario. Pero resulta, que del año 14 en adelante aquella situación vino a cambiarse, porque Giraldo, alegando su condición "de colono cultivador y poblador con posesión de muchos años sin interrupción de ninguna clase", principió a hacer ventas de lotes de las tierras que administrara y comprendidas en la región del Nare, así: a David Castrillón por escritura pública número 325 de 5 de octubre de 1924 de la Notaría de San Roque (Antioquia) el señalado por estos linderos: "de un amagamiento que desagua en el río Nare, lindando con el vendedor, que está donde termina la vega de Ciénaga, ésta arriba, dos cuadras por todo el amagamiento; de allí línea recta a media falda donde den 8 cuadras sobre el río Nare, lindando con la sucesión de Juan B. Salazar, hasta dar con la quebrada 'La Sonora'; ésta abajo al desemboque del río, lindando con Santiago Yepes, río arriba al primer lindero punto de partida." Este lote fue vendido por Castrillón a la Compañía Minera del Nare por instrumento número 3143 de fecha 2 de agosto de 1929 de la Notaría 2ª de Medellín.

A Santiago Yepes, por instrumento número 156 de 23 de junio de 1919 de la misma Notaría de San Roque, vendió otro lote en el paraje de La Sonadora (o La Sorda) donde desemboca esta quebrada, al río en la margen izquierda de para abajo, hasta la confluencia con el río San Lorenzo; de allí directamente formando ángulo recto hasta medir 8 cuadras, donde termina esta medida formando línea paralela; de aquí, a la quebrada 'La Sonadora' y quebrada abajo hasta el río Nare, punto de partida". Yepes vendió este mismo lote a José Antonio Londoño por escritura número 240 de 20 de junio de 1927; y, posteriormente, la Compañía Minera del Nare, lo adquirió según escritura número 33 de 14 de febrero de 1932 de la citada Notaría de San Roque.

Por escritura número 202 de la Notaría 4ª de Medellín de fecha 25 de enero de 1928 Giraldo vendió a la misma Compañía Minera, el deslindado: "por el costado superior, con terreno enajenado en el mismo instrumento en extensión de 8 cuadras; por el costado norte, en línea paralela con el río con propiedad de los herederos de doña Fidelia Ramírez v. de Alviar; por el costado inferior o sea hacia Oriente, con propiedades de David Castrillón, también en una extensión de 8 cuadras." En este instrumento, el mismo Giraldo como representante de sus hijos, Rafael Martín y Ramón Giraldo R. vendió este otro a la Compañía: "Partiendo del punto de Remolino en el río Nare, en donde desagua el canalón viejo de la mina Playa Rica, y siguiendo en línea recta hacia la cordillera de Bijagual hasta donde se encuentra un mojón de hoyo en la mencionada cuchilla cerca al camino que gira para San Roque; siguiendo luégo la cordillera en mención hacia Oriente, por todo el camino hasta el Alto de los Helechales, donde se encuentra un mojón de hoyo; luégo girando hacia el Sur y siguiendo el camino que baja a la casa de Curazao, lindando con terrenos de Fidelia Ramírez y otros, hasta caer al río Nare y luégo Nare arriba hasta Remolino punto de partida." Se anota que los hijos de Giraldo habían antes adquirido por compra hecha a este mismo, el lote materia de esta última venta al tenor de la escritura 198 de 25 de julio de 1924 de la misma Notaría de Medellín.

De consecuencia, la Compañía Minera del Nare, posee por razón de los contratos antes anotados los lotes en cuestión, sitos en región del río Nare, y su título emana de una misma fuente, de Ramón Giraldo, quien olvidando su condición de administrador, hizo aquellas ventas, alegando que "como colono y cultivador por muchos años era dueño de aquellas extensiones".

Los antiguos Condes de Bourmont ni ninguno de sus familiares vinieron a la República; fue en el año de 1936 cuando varios de sus representantes o descendientes, ante los Notarios de Nantes, Evreux, Fougeres, Colmar, Matez, Vaas y de Bitche, en Francia, confirieron poderes especiales a Michel Archille Joseph Marie de Chaisne de Bourmont, súbdito francés, para que viniera a Medellín, con el fin, entre otros, "de intentar acciones en reivindicación de propiedad ante cualesquiera Tribunales o autoridades competentes" para reintegrar al patrimonio de la sucesión del antiguo Conde, los bienes que estuvieren poseídos por terceros y fueren de propiedad de la expresada sucesión.

En desarrollo de estos poderes, con esta personería, el señor Conde de Bourmont, considerando que los lotes vendidos por Giraldo y que estaba poseyendo la Compañía Minera en la margen izquierda del río Nare, eran de propiedad de la sucesión del antiguo Conde señor Louis Paul Charles de Bourmont, en memorial al Juzgado 2º del Circuito de Medellín, demandó a la expresada Compañía Minera, en la persona de su Gerente, para que con su citación y audiencia, en juicio ordinario, se hicieran en la sentencia estas declaraciones:

"Primero. Que la sucesión del señor Louis Paul Charles de Bourmont, es dueña de un lote de terreno que hace parte de los llamados *La Francesa,* en el paraje de Curazao y sobre el río Nare en el Distrito de San Roque de este Departamento, alindado según lo dice la letra a) del numeral 6º de esta demanda, por haberlo adquirido legalmente el causante.

"Segundo. Que la sucesión del señor Louis Charles Comte de Chaisne de Bourmont, es dueña de un lote de terreno que hace parte de los llamados *La Francesa,* en el paraje de Curazao y sobre el río Nare en el Distrito de San Roque de este Departamento, alindado según lo dice la letra B del numeral sexto de esta demanda, por haberlo adquirido legalmente el causante.

"Tercero. Que la sucesión del señor Louis Paul Charles, Comte de Bourmont, es dueña de un lote de terreno que hace parte de los llamados de *La Francesa,* en el paraje de Curazao y sobre el río Nare en el Distrito de San Roque de este Departamento, alindado según lo dice la letra C del numeral sexto de esta demanda, por haberlo adquirido legalmente su causante.

"Cuarto. Que la sucesión del señor Louis Charles, Comte de Chaisne de Bourmont, es dueña de un lote de terreno que hace parte de los llamados de *La Francesa,* en el paraje de Curazao y sobre el río Nare en el Distrito de San Roque de este Departamento, alindado según lo dice la letra D del numeral sexto de esta demanda, por haberlo adquirido legalmente su causante.

"Quinto. Que en virtud de las declaraciones anteriores la sucesión tiene mejor derecho que la parte demandada 'Cía. Minera del Nare' al dominio y posesión de los lotes que quedan especificados atrás.

"Sexto. Que como consecuencia de lo anterior, la parte demandada está en la obligación de restituir o entregar a la sucesión los lotes descritos en el numeral sexto, o aquellos sobre los cuales se declare que tiene mejor derecho, con las mejoras y anexidades que legalmente le pertenecen.

"Séptimo. Que la parte demandada, Cía. Minera del Nare, debe restituír, no sólo, los frutos percibidos, sino los que con mediana inteligencia y actividad hubiera podido percibir durante el tiempo que tenga en su poder los inmuebles de que se viene tratando, o en su ausencia el valor

que hubiesen tenido en el momento de la percepción.

"Octavo. Que en subsidio y si no hay lugar a lo solicitado en el numeral anterior, restituya los frutos percibidos o devengados como poseedor de buena fe.

"Noveno. Que la parte demandada debe indemnizar los perjuicios que en su provecho ha causado y que cause a los inmuebles en cuestión, por concepto de desmoronos en las vegas del río en la explotación de una mina, esto según las disposiciones legales.

"Décimo. Que son de cargo de la parte demandada las costas de este juicio si a él diere lugar."

El Gerente de la Compañía demandada señor Byron H. Canney contestó el traslado que le fue surtido, oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas; no aceptó ninguno de los hechos sustentantes de la acción incoada, y opuso a la acción las excepciones de "prescripción", "petición de un modo inedbido", "ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora", y la genérica de que habla la ley de procedimiento. El Gerente agregó a la contestación de la demanda copia de los instrumentos públicos, que dice, "acreditan que la Compañía Minera del Nare tiene títulos de adquisición de aquellas tierras ajustados a derecho y que la autorizan para hacer uso legítimo de los atributos del dominio que tiene sobre esos terrenos".

Trabada así la litis y seguida por los trámites señalados por la ley, le puso fin el Juzgado 2º del Circuito de Medellín a la primera instancia, con su sentencia de 18 de octubre de 1939 en la que se declaró probada la excepción perentoria "petición de un modo indebido" que opuso el demandado al dar contestación a la demanda.

Sentencia acusada.

El oportuno recurso de apelación que contra esta sentencia interpusieron ambas partes llevó el negocio al Tribunal Superior de Medellín, donde se tramitó y decidió el segundo grado del juicio en sentencia del 27 de junio de 1941, cuya parte resolutiva impone el siguiente contenido:

"Revócase la sentencia de primera instancia, de procedencia y fechas ya indicadas, y en su lugar falla:

"1º Se declara no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

"2º Se declara que la sucesión del señor Louis Paul Charles de Chaisne, Conde de Bourmont, es dueña o tiene mejor derecho de dominio que la parte demandada en los siguientes lotes de que hacen parte del fundo llamado *La Francesa,* en el paraje de Curazao, márgenes del río Nare, Distrito de San Roque, de este Departamento, alindados así:

"Primer lote.—De un amagamiento que desagua en el río Nare, lindando con el vendedor, que está donde termina la vega de Ciénaga; ésta arriba, dos cuadras por todo el amagamiento; de allí línea recta a media falda donde den ocho cuadras sobre el río Nare, lindando con sucesión de Juan B. Salazar, hasta dar con la quebrada La Sonadora; ésta abajo al desemboque del río, lindando con Santiago Yepes, río arriba al primer lindero, punto de partida."

"Segundo lote.—Del mencionado punto de La Sonadora (o La Sorda) donde desemboca esta quebrada al río en la margen izquierda de para abajo, hasta la confluencia con el río San Lorenzo; de allí directamente formando ángulo recto hasta medir ocho cuadras, donde termina esta medida formando línea paralela; de aquí, a la quebrada La Sonadora, y quebrada abajo hasta el río Nare, punto de partida."

"Tercer lote.—Por el costado superior, con terreno enajenado en el mismo instrumento (número 202 de 1928) en extensión de ocho cuadras; por el costado norte, con línea paralela con el río, con propiedad de los herederos de doña Fidelia Ramírez v. de Aviar; por el costado inferior, o sea, hacia el Oriente, con propiedades de David Castrillón, también en una extensión de ocho cuadras; y por el costado sur, con el río Nare."

"Cuarto lote.—Partiendo del punto de Remolino en el río Nare, en donde desagua el canalón viejo de la mina Playa Rica, y siguiendo en línea recta hacia la cordillera de Bijagual hasta donde se encuentra un mojón de hoyo en la mencionada cuchilla, cerca al camino que gira para San Roque; siguiendo luégo la cordillera en mención hacia el Oriente, por todo el camino hasta el Alto de los Helechales, donde se encuentra un mojón de hoyo; luégo girando hacia el Sur y siguiendo el camino que baja a la casa de Curazao, lindando con terrenos de Fidelia Ramírez y otros, hasta caer al río Nare; y luégo Nare arriba hasta Remolino, punto de partida."

"3º Como consecuencia de lo anterior, en ejecutándose esta sentencia, la Compañía Minera del Nare, demandada, está en la obligación de restituir o entregar a la sucesión actora los cuatro lotes de terreno que acaban de alinderarse.

"4º Para la restitución de mejoras y anexidades existentes en aquellos lotes y de los frutos naturales y civiles percibidos o podidos percibir, se declara que la Sociedad demandada es poseedora de buena fe, y por lo mismo, goza de los derechos de que tratan los artículos 964, 965 y 966 del Código Civil, es decir, que deben abonársele a ella las mejoras necesarias y útiles hechas antes de la contestación de la demanda

en 24 de febrero de 1938 y sólo debe restituír los frutos producidos después de dicha contestación.

"No se condena en costas."

El Tribunal sentenciador para fundamentar su decisión estudia separadamente los presupuestos procesales de la acción de autos, y argumenta en los términos que se compendian: La *competencia* radicaba ciertamente en el Juzgado de Medellín, porque en los juicios de reivindicación, *es también* competente el Juez del lugar en donde los bienes se hallen situados total o parcialmente (artículo 152, apartado 2º) y los bienes del litigio se hallan dentro de la comprensión de aquel Circuito. Por ello —dice— fue correcto incoar la demanda ante el Juez de Medellín, y la vía procesal fue la aconsejable.

Por lo que hace a la *capacidad para ser parte,* anota, que la actora es la sucesión del Conde de Bourmont y la demandada una compañía que tiene personería jurídica, capaz por tanto de contraer obligaciones civiles; hechos, uno y otro, acreditados con la partida de defunción del Conde y con el certificado de la Cámara de Comercio alusivo a la constitución de la Sociedad Minera.

La *capacidad procesal o legitimatio ad processum,* dice, la establece el hecho de que los poderdantes del actor, o la mayor parte de ellos, demostraron superabundantemente con las distintas copias de las actas de nacimientos, matrimonios y defunciones traídas al proceso, extendidas por autoridades francesas y legalizadas por funcionarios colombianos, ser herederos o interesados en la mortuoria del antiguo Conde. Sin que valga observar, agrega el Tribunal, que los poderes no han sido inscritos en la Oficina de Registro, ya que, tratándose de poderes para pleito, no ha menester el instrumento de esa formalidad por mandato de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 45 de 1890.

La *legitimatio ad causam,* presupuesto éste que algunos expositores consideran como del proceso y otros como de la misma acción, equivalente a la llamada personería sustantiva de las partes, o lo que es lo mismo, que el demandante sea el titular del derecho pretendido, y el demandado, el que debe responder de la obligación, la encuentra el Tribunal satisfactoriamente establecida en el proceso. Estudia, finalmente, la Sala sentenciadora uno a uno los factores o condiciones funcionales o axiológicas que configuran la acción reivindicatoria, y estima, confluyen en el proceso a favor de la intención de la demanda. Y es por todo esto, por lo que decreta en su sentencia la reivindicación solicitada a favor de la sucesión del Conde Bourmont.

Son estos los soportes del fallo definitivo de segunda instancia que las partes acusan en el recurso de casación que oportunamente interpuesto ante el Tribunal y admitido por la Corte, se decide hoy agotado como se halla el trámite correspondiente.

El recurso de la parte demandada.

Se invoca para fundamentar el recurso la primera de las causales de casación que enumera el artículo 520 del Código Judicial, por estimarse que el fallo es violatorio de ley sustantiva, por infracción directa, interpretación errónea e indebida aplicación. Y se formulan contra la sentencia los cargos que a continuación se enuncian y estudian en el orden lógico que corresponde.

Primer cargo.

Por haberle dado valor probatorio a diversos documentos, que no lo tienen, el Tribunal sentenciador consideró en la sentencia que está legalmente demostrada la existencia de la sucesión del Conde de Bourmont y de las personas que reclaman a su nombre y para ella, violando así, y por indebida aplicación el artículo 347 del Código Civil, a causa del error de derecho en que incurrió al apreciar las pruebas respectivas. Por este mismo aspecto viola la sentencia los artículos 2652 del Código Civil en relación con el 630 del Código Judicial; 2º y 3º de la Ley 2ª de 1936 en relación con el ordinal 33 del artículo 1º del Decreto-ley número 92 de 1932 y el ordinal 6º del mismo Decreto.

Segundo cargo.

El Conde de Bourmont no fue dueño en la región del Nare de ningún cuerpo cierto, sino que tenía la condición de comunero con Ramírez en relación con la zona grande de propiedad de este señor, ésta sí delimitada como cuerpo cierto. Los terrenos cuya reivindicación se solicita se señalan por sus linderos, pero no se ha demostrado que pertenecen o están comprendidos dentro de globo alguno legalmente delimitado y que sea de propiedad de los Bourmont, pues no se ha verificado partición entre los Bourmont y los Ramírez que indique linderos para cada propietario, que demuestren que se ha adjudicado a los demandantes globo alguno dentro del cual se hallen los lotes que se quiere reivindicar. Como el Tribunal aceptó en su fallo que estos hechos estaban probados en el expediente, violó por indebida aplicación el artículo 946 del Código Civil, indebida aplicación a que llegó por errónea apreciación de la escritura número 584 del 19 de agosto de 1859, que no expresa cuerpo cierto para el Conde.

Tercer cargo.

El Conde de Bourmont no era dueño de ningún cuerpo cierto en la región del Nare, sino que tenía la calidad de comunero, y no se pi-

dió para la sucesión. De consecuencia, por indebida aplicación se incurrió en violación del artículo 946 del Código Civil, a lo cual llegó el Tribunal por errónea apreciación de la escritura 584 de 19 de agosto de 1859, y por error de hecho y de derecho al darle valor probatorio a la escritura 493 y a las declaraciones que expresan que el Conde y Joaquín Ramírez no poseyeron nunca en común el terreno del cual se tomaron las 640 fanegadas de que habla el título de Segismundo de Greiff. Se señalan como violados por este aspecto, los artículos 2594, 1759 y 2340 del Código Civil, y haberse dejado de aplicar el 949 y el 2532 del mismo Código.

Cuarto cargo.

Infringió el Tribunal los artículos 946, 950 y 1325 del Código Civil al darles indebida aplicación por apreciar erróneamente que la sucesión demandante es dueña o propietaria, de los bienes de que trata este juicio. Si no han prescrito los derechos sobre esos bienes, serán de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por el matrimonio de los Condes, sociedad ésta que no puede confundirse jurídicamente con la sucesión de ninguno de los cónyuges ya muertos. Señala como violados los artículos 2529, 2531, 2518, 2532 del Código Civil por no haber declarado la prescripción solicitada.

Estudio de los cargos.

Se acusa la sentencia en los 3 primeros capítulos de la demanda por considerar el recurrente que el Tribunal erró al dar por establecidos estos hechos: a), la defunción del Conde; b), que está probado que los demandantes son los representantes de esa herencia, caso de aceptarse como hecho demostrado la existencia de la sucesión; c), que el bien o lotes materia de la reivindicación están comprendidos dentro de un cuerpo cierto y determinado de propiedad de los demandantes; d), que estos mismos bienes, aceptando la existencia de la sucesión del Conde, pertenecen a ésta y no a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por el matrimonio de los Condes; e), que al comprar el Conde los bienes de *La Francesa,* compró para sí, no para la sociedad conyugal; y f), que al comprar el Conde las 640 fanegadas que debían tomarse de una mayor extensión no se creó entre éste y el dueño de la zona de donde debían tomarse las fanegadas, la comunidad actualmente existente para la cual ha debido pedirse o demandarse. Ya se citaron las disposiciones que el recurrente considera infringidas o violadas por estos distintos pasos del fallo.

Se considera:

En dos idiomas se hallan escritas y así aparecen agregadas a los autos la partida de defunción del Conde de Bourmont y las actas de estado civil de los demandantes, piezas éstas que acreditan sus lazos de familia con el Conde, y con ello la personería que como tales herederos pueda asistirles para asumir la condición de demandantes en este juicio de dominio. Ninguna observación valedera de forma o de fondo puede hacerse a las expresadas actas de estado civil, por estas razones:

Vinieron al expediente estos documentos: el señor Louis Anne Wilfrid Henri, Conde de Chaisne de Bourmont, descendiente de Charles de Chaisne de Bourmont, compareció ante Maese Regent, Notario de Nantes, y lo requirió para que levantase actas de sus declaraciones, lo cual tuvo lugar dejando probados sus asertos por la exhibición y depósito que hizo de los diversos documentos auténticos de pruebas del estado civil de las personas mencionadas en esa declaración. Es decir, el otorgante protocolizó en la Notaría de Nantes unos documentos, que según anotaciones del mismo Notario, eran varias actas auténticas de estado civil de descendientes del antiguo Conde, y este funcionario, posteriormente dio copia de esos documentos allí protocolados. Y esa copia se protocolizó luégo en Medellín y el Notario de allí expidió la que traducida, por el Ministerio de Relaciones Exteriores figura en el proceso.

Ahora bien: para la validez en Colombia de las actas de registro de estado civil extendidas en país extranjero, se necesita, que se extiendan o con las formalidades de la ley local, o con la de la ley colombiana ante el agente diplomático o consular de Colombia o de una nación amiga. Cuando estas actas se presenten ante Jueces o Tribunales de Colombia se deben presentar debidamente autenticadas, vertidas al castellano y, presentadas así, se presume su conformidad con la ley local, salvo prueba en contrario. Las de autos se extendieron de acuerdo con la ley local, vertidas al idioma y debidamente autenticadas se agregaron al proceso.

Pero considera también el recurrente que ha debido traerse a este juicio, no copia de la copia que expidió el Notario de Nantes, sino la que se extrajo de la propia fuente y que fue la que protocolizó este funcionario en su oficina; que como lo traído es copia de copia, no se ha demostrado la defunción del Conde, ni menos que los demandantes sean los representantes de aquella personería jurídica. Agrega además, que a tales copias les faltan algunas estampillas, y que el poder con que actúa el demandante apoderado no ha sido debidamente registrado.

Al primer punto. Son suficientes los siguientes conceptos del alegato del opositor para rechazar el cargo que se hace a la sentencia, y que com-

porta el quebrantamiento de las disposiciones civiles anotadas antes, dice el apoderado opositor:

"Para acreditar la personería sustantiva de mis mandantes, figuran en el expediente estos documentos: a) De folios 3 a 25 del cuaderno número 1, copia de la escritura pública número 1428 de 19 de junio de 1937 otorgada en la Notaría 4ª de Medellín, por medio de la cual se protocolizó una traducción oficial de unos documentos escritos en francés, y según afirma el Notario, *quien tuvo a la vista los originales*, 'dichas diligencias constan de veintidós (22) fojas útiles, extendidas en papel competente y aparecen autenticadas en el Ministerio de Relaciones Exteriores de esta República de Colombia, *pagado el derecho fiscal correspondiente y registradas en la oficina respectiva*'. (Subrayo. Folios 3). A folios 24 vueltos vemos que en realidad esos documentos se registraron en el Libro de Poderes folios 387, número 209. b) En el mismo cuaderno número 1, existe una traducción oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores, de folios 64 a 83 vueltos, en la cual se legalizó la firma de nuestro Cónsul en Francia, señor Grégory; lo cual no hubiera hecho el Ministerio si no se hubiesen pagado los derechos fiscales correspondientes y si no existiesen adheridas a los originales las estampillas de rigor; este documento está debidamente registrado y contiene las declaraciones del señor Louis Anne Wilfrid Henri Conde Chaisne de Bourmont, quien presentó al Notario de Nantes, señor Regent, para su protocolización, una serie de documentos sobre el estado civil de las personas de su familia, los cuales fueron agregados al acta, según consta. c) De folios 1 a 70 del cuaderno número 2 están originales en idioma francés una serie de documentos, como partidas creditativas de estado civil, etc., en forma legal, las cuales no eran, a mi entender, absolutamente preciso hacer figurar en el proceso, pero que se trajeron a él para complacer a los abogados de la parte adversa, quienes parece que no estaban del todo convencidos de la existencia, situación, parentesco mutuo, y condiciones civiles de la familia Bourmont, sin embargo de que desde el principio de la acción se aportaron las pruebas ya mencionadas en las letras anteriores, de por sí muy suficientes, ya que el señor Notario de Nantes incorporó a sus minutas notariales cada documento original y así lo acredita, siguiendo la costumbre y el procedimiento francés. d) La copia auténtica de la escritura pública número 3324 de fecha 1º de diciembre de 1939 de la Notaría 4ª de Medellín, por medio de la cual se protocolizaron otros documentos similares, la cual aparece en el cuaderno número 4 a folios 7 y siguientes, la que no fue mencionada por el recurrente demandado en su libelo, y en donde consta la legalización de la firma del Cónsul, el pago de todos los derechos fiscales correspondientes y que está registrada. e) Todavía el cuaderno número 5, nos trae otros documentos originales con la respectiva traducción oficial y concernientes a la misma familia Bourmont.

"Este conjunto probatorio es ampliamente suficiente para acreditar los hechos correspondientes del estado civil de diferentes personas y de los poderes que ellas otorgaron al señor Michel de Chaisne de Bourmont, y solamente aquellos que figuran en las letras A) y B), bastarían plenamente a ese efecto."

Pero es más, tan claro es el punto, que el propio recurrente, en otro pasaje de su alegato, olvidando tal vez que había olvidado antes la existencia, con mérito legal, de las pruebas que combate, acepta no sólo la defunción del Conde sino que los demandantes son realmente sus representantes, dice "en el cuaderno número 5 que contiene el acta de defunción del señor Louis Paul Charles, Conde Bourmont, para cuya sucesión se pide, y que contiene actas de nacimiento de los que piden como representantes suyos, se encuentran del folio 1 al 27 los originales de la protocolización en Francia y luégo la traducción oficial en Colombia".

Por lo que hace a la falta de algunas estampillas, a más de ser cargo infundado, es improcedente, por ser reparo nuevo no tocado antes en las dos instancias, se advierte sí, que ya la Corte tiene definido su concepto sobre estos particulares en la siguiente doctrina que se copia:

"El cumplimiento de previsiones y disposiciones de orden fiscal respecto de actos o contratos de naturaleza civil y de diligencias judiciales y administrativas viene a ser, en puridad de verdad, cosa simplemente adjetiva y ajena de la esencia del acto o diligencia pertinente, destinada únicamente a la exacción de un impuesto nacional, pero en realidad no hace parte integrante de la naturaleza del acto civil o diligencia del Poder Público. De manera que su omisión vendría a afectar, en algunos casos claramente previstos en la ley, los efectos judiciales o administrativos llamados a producirse por el acto o diligencia, pero en forma alguna a desnaturalizarlos en su esencia y contenido, cuando se les aprecia y considera en sí mismos y hecha abstracción de alguna solemnidad, si bien obligatoria, completamente extraña a su esencia misma."

Sobra explicar, finalmente, por qué es infundado el cargo, en cuanto afirma el recurrente que el poder para este litigio ha debido inscribirse en la Oficina de Registro: el artículo 41 de la Ley 45 de 1890, es de este tenor:

"No están sujetos a registro e inscripción los poderes especiales o generales para sólo pleitos."

Afirma igualmente el recurrente, que la parte demandante ha debido traer a los autos en comprobación de la existencia de la sucesión demandante y de que los actores eran sus representantes, no copia de la copia que el interesado protocolizó en la Notaría de Medellín y que el Tribunal estimó como prueba con violación de los artículos 2662 del Código Civil y 630 del Código Judicial, sino las copias mismas que expidió el Notario de Nantes.

Así sucedió, no trajo el demandante al proceso las copias que le expidió el Notario de Nantes y que fueron extraídas o tomadas de la propia fuente; estas actas las protocolizó el apoderado de los demandantes en la Notaría de Medellín por escritura número 1428 de 19 de junio de 1937 y copia expedida por este funcionario es la que figura en el proceso; pero ningún reparo de orden legal puede hacerse a este procedimiento, ni menos como hábil a deducir el quebranto de las disposiciones legales anotadas, por el hecho de haberles dado el Tribunal a esas copias el valor de documento auténtico.

Se explica: Al tenor de conocidas disposiciones sustantivas, la copia expedida con las formalidades legales por los funcionarios encargados de llevar el estado civil de las personas, y que se toma del acta original, es un documento auténtico. Por consiguiente, si esa copia es llevada a la protocolización en virtud del derecho que a los interesados les conceden los artículos 2606 y 2607 del Código Civil y el Notario compulsa luégo copia de esa copia, la nueva copia no es sino una copia del documento auténtico protocolado que por sí queda revestido del poder probatorio que la ley confiere al propio documento, toda vez que la última copia no hace sino reemplazar a la primera, a la que guarda el Notario en el protocolo para mejor seguridad para su mejor custodia.

Si la copia de los documentos auténticos que se protocolizan en las Notarías no tuvieren el mismo valor probatorio del documento protocolado, no tendría función el artículo del Código Civil citado antes, ya que nadie llevaría a las Notarías documentos auténticos para su protocolización, pues al hacerlo, quedaría allí y para siempre todo el imperio probatorio del escrito ya que no podría el interesado retirarlo del protocolo nuevamente, y porque las copias que obtuviere de nada le valdrían. Otro tanto sucede con las copias de las actas de remate que expiden los Jueces, registradas, los interesados las llevan al protocolo para luégo solicitar las copias que necesitaren, rara vez acuden a los Jueces para solicitar copia del acta original so pretexto de que en sus archivos se custodia el expediente.

Síguese de lo expuesto, que el sentenciador no incurrió en error de derecho al apreciar como prueba la copia notarial expedida por la oficina de Medellín, que impugna el recurrente, y consecuencialmente, que tampoco quebrantó los artículos 347, 2652 del Código Civil, 630 del Código Judicial, 2º y 3º de la Ley 2ª de 1936 y ordinales citados del Decreto número 92 de 1936.

En la segunda parte de este capítulo primero de la demanda de casación ataca el recurrente la sentencia del Tribunal, porque considera que erró la Sala que falló el negocio al considerar que el bien o lotes materia de la reivindicación están comprendidos dentro de un bien cierto y determinado de propiedad de los demandantes.

Fundamenta el recurrente este aparte de su demanda, en las observaciones que hace en estos pasajes que se copian: "el espíritu de Ramírez, de De Greiff y de Bourmont era que las 640 fanegadas tendrían por base en la orilla izquierda del Nare, la extensión comprendida entre el 'Remolino Grande' que está al pie de 'Playa Rica' y el 'Aventadero de Gómez' frente al salto de 'Trinidad'.

"¿Qué extensión lineal había del un punto al otro del río? No se sabe. ¿Qué líneas o direcciones se debían tomar para la medida, verticales al Norte, oblicuas a Oriente u Occidente? No se sabe.

"De esa escritura de permuta se pasa a la 584 antes citada que es la que se refiere a la venta que hace De Greiff al Conde Bourmont. ¿Pero qué le vende? Nada más y nada menos que lo que en el mismo día obtuvo por permuta con Ramírez, el derecho a 640 fanegadas en la orilla izquierda del Nare, las que tampoco se delimitan ni podrían delimitarse sin hacer partición, pues allí se delimita con toda precisión la cantidad de 640 fanegadas cuando se midan y alinderen...."

"Sólo se dio una base de mensura o sean dos puntos en el río Nare, que los une en línea unas veces curva, sinuosa de va y ven, la corriente del río Nare, por donde ha de ser el límite sur del terreno con el río Nare de tal punto a tal otro."

¿Eso sería precisar linderos? ¿No es de rigor determinar la figura rectangular, triangular, regular o irregular por todos los puntos cardinales, si se quieren expresar linderos fijos, seguros, conocidos? Claro que sí y si esa hubiera sido la intención del vendedor y comprador, ¿por qué no se dijo? ¿Para cumplir el artículo 2594 del Código Civil?

"Se dice en la escritura que el terreno se localizará donde están la letra G y el número 22 de un plano levantado por De Greiff. ¿Pero dón-

de está ese plano? ¿Acaso es el que figura al folio 61 del cuaderno principal? Nó, no puede ser, porque no se ha demostrado que sea, porque no aparece bajo la firma del señor De Greiff, porque no se señala número 22 ni la letra G en parte alguna, porque no es plano de superficie territorial sino de minas diversas. Y si ese plano sirviera de algo para expresar la base de mensura y si allí estuviera dibujado el Nare, tal cual es su cauce sobre el territorio de Ramírez y el Conde, ¿cómo puede saberse sobre él, cuál es el globo preciso de las 640 fanegadas?...."

Se considera: Del contenido de los artículos 946 a 952 del Código Civil se deduce, que para la eficacia de una acción reivindicatoria es indispensable la demostración de varios elementos que son las condiciones axiológicas o funcionales del juicio de dominio: dominio por parte del demandante; cosa singular reivindicable, derecho real, o cuota determinada de una cosa singular cuando ésta es el objeto de la reivindicación; posesión por parte del demandado; y el consecuencial de los anteriores, identificación de la cosa materia de la reivindicación, o sea, que lo que se reivindica es lo mismo que posee el demandado.

La posesión de que habla el artículo 762 del Código Civil obliga en los juicios de dominio a estudiar ante todo las pruebas con que el actor se presenta a justificar que es dueño de lo que se reivindica; así lo impone el artículo 946 de la misma obra, que al definir y conferir la acción reivindicatoria, la atribuye al dueño de la cosa singular, o en su caso, al dueño de la cuota determinada que se demanda. En el presente caso, los bienes materia del juicio son lotes claramente demarcados por sus linderos, y el demandante para comprobar la calidad de dueño con relación a ellos, presenta la escritura ya citada, la número 584 de 19 de agosto de 1859, el título que De Greiff hizo al Conde; y afirma, que dentro de lo allí vendido se hallan comprendidos los lotes del litigio.

Cotejando las anotaciones descriptivas de los títulos, surge con evidencia que lo comprado por el Conde fueron 640 fanegadas que *debían tomarse* de un globo de mayor extensión —de la propiedad de Ramírez— y como única referencia para la posterior singularización del lote que correspondiera a las tales fanegadas, se indicó como base una línea arcifinia en el curso del río Nare, pues se dijo "640 fanegadas que tendrán por base en la orilla izquierda del Nare, la extensión comprendida entre el 'Remolino Grande' que está al pie de 'Playa Rica', y 'el Aventadero de Gómez', frente al Salto de Trinidad." Para una futura singularización se dio pues un solo lindero, el lecho del río Nare, desde el *Remolino Grande* hasta el *Aventadero de Gómez*, y nada más.

No reivindican los actores, como hubieran podido hacerlo con base en su título, una cuota igual a 640 fanegadas comprendidas dentro de la zona grande de Ramírez, sino que reivindican unos lotes que dicen están comprendidos dentro de las fanegadas de propiedad de su antecesor, mas ocurre, que el lote correspondiente a esas fanegadas nunca ha sido delimitado por las partes, ni judicial ni extrajudicialmente. Resulta de consiguiente arbitraria la apreciación de los demandantes cuando dicen que los lotes del litigio se hallan comprendidos dentro de otro cierto o singularizado de propiedad del Conde.

Los inmuebles se singularizan, determinan y señalan por sus linderos, así se hacen inconfundibles y sólo así pueden identificarse; decir que un lote tiene por uno de sus costados determinado límite, que linda con un río por ejemplo, no es dar la singularización completa de él. Con esa sola referencia, es legal y materialmente imposible que pueda comprobarse que otros lotes estén comprendidos dentro del que no se conoce legalmente, por más que se advierta que éste tiene una cabida. Ese es el caso de autos.

Pero el Tribunal opina, que aunque en la escritura del Conde no se señalaron límites a las 640 fanegadas porque fue una venta por cabida, sin embargo, como los peritos que actuaron en la inspección ocular pedida como prueba en las instancias, singularizaron *un lote* dentro del cual consideran que se hallan los del litigio, quedó así solucionado el inconveniente que ha venido precisándose. Efectivamente, se ordenó la práctica de una inspección ocular, para que peritos identificaran sobre el terreno los lotes de la reivindicación, y luégo dijeran, si se hallaban éstos comprendidos dentro de las 640 fanegadas que compró Bourmont; y estos señores peritos, luégo del examen dijeron que este lote se singularizaba así:

"Por el Sur, con el río Nare, desde el 'Remolino Grande' que está al pie de 'Playa Rica' hasta el 'Aventadero de Gómez' frente al Salto de 'Trinidad'; de cada uno de estos dos lugares se trazan sendas líneas perpendiculares de 8 cuadras cada una o sea 640 metros hacia la cordillera de Bijagual situada al Norte; los dos extremos de estas líneas unidos por su vértice con otra paralela al río, cierran el globo determinado de terreno que adquirió el señor Conde de Bourmont por el instrumento público mencionado atrás y que *ateniéndose* a lo que dice la escritura *consideran* que el rectángulo así formado contiene las 640 fanegadas de que habla el mismo título."

Comentando este proceder de los peritos dice el apoderado de la parte demandada:

"Habráse visto prueba más incontrovertible de que las 640 fanegadas no estaban determinadas o delimitadas, que no se conocían en globo cierto, cuando los mismos peritos, sin detenerse a considerar que esa no era su misión, tuvieron que delimitarlas al azar, para poder decir que habían identificado el globo. A ellos no se les pidió que señalaran o fijaran los linderos del terreno y su misión era ver si estaban señalados o si con la lectura de la escritura 584 era suficiente para ver o identificar el globo de 640 metros. ¿Dónde dice esa escritura que la latitud debía ser de 640 metros? ¿Dónde dice que se trazarán perpendiculares de los dos puntos del Nare hacia el Norte? ¿Dónde que sus extremos se unirán, cuál la distancia de un punto al otro del río, para saber siquiera que bastaba una latitud de 8 cuadras? ¿Dónde consta que los peritos midieron esa distancia para luégo tomar las 8 cuadras, y con perpendiculares y paralelas formar los linderos de un cuadrilátero de 640 fanegadas? ¿Dónde consta que lo que ellos comprendieron dentro del cuadrilátero imaginario, se midió para ver que estaban las 640 fanegadas? ¿Dónde consta que el cauce del río de punto a punto es una línea recta para permitir formar ese cuadrilátero, si aparece lo contrario, que va en curvas, en zig-zag, etc?

"Los señores peritos y cualquiera que lea la escritura sólo tiene dos puntos de partida o sean 'Remolino Grande' y 'Aventadero de Gómez' sobre el Nare, que dan la base sinuosa, curva del lado sur del globo que debe medirse y delimitarse; de allí en adelante no se sabe cómo debe procederse, salvo acuerdo de voluntades; los peritos tomaron esa base y trazaron perpendiculares que unieron con línea que dicen paralela al río, porque así se les antojó, pero sin caer en cuenta que con esa base invariable y supuesta línea recta, que no lo es, se pueden sacar las siguientes figuras geométricas que podrían comprender la superficie de las 640 fanegadas....."

Nada más exacto que los conceptos de la anterior transcripción; la Sala los comparte, y concluye, que no habiéndose singularizado legalmente el terreno de propiedad del Conde, menos pudo comprobarse su identificación; de consecuencia, no habiéndose demostrado que los demandantes son dueños con dominios singularizados del terreno en donde se dice están comprendidos los lotes del pleito, no puede prosperar la acción reivindicatoria propuesta, disposición ésta que obliga a estimar que el Tribunal al reconocerla y decretarla en el fallo acusado, incurrió en violación del artículo 946 del Código Civil, violación a que llegó por haber interpretado erróneamente la escritura 540 presentada como título de dominio de un cuerpo cierto.

Es pues fundado este cargo, y la sentencia debe casarse en consecuencia, sin que sea necesario el estudio de las demás acusaciones como así lo dispone el artículo 538 del Código Judicial.

Recurso del demandado.

Acusa la sentencia el apoderado de esta parte, porque habiendo prosperado en el Tribunal la acción reivindicatoria, no fue condenada la Compañía Minera del Nare como poseedora de mala fe para efectos de las prestaciones mutuas deducibles del triunfo de sus pretensiones. Debiendo casarse la sentencia del Tribunal que hizo la condena, para en su lugar confirmar la del señor Juez de la primera instancia que absuelve a la Compañía Minera, queda al margen de la casación el recurso de esta parte, y nada hay que considerar al respecto.

En razón 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, *casa* la sentencia del Tribunal Superior de Medellín dictada en este juicio de fecha veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta y uno, y en su lugar *confirma* la del Juzgado 2º de Medellín de fecha diez y ocho de octubre de mil novecientos treinta y nueve.

Sin costas.

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

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

Acción petitoria de pago de una suma de pesos. - Acciones que tiene a su favor el codeudor solidario que paga la totalidad de una deuda.

Como lo sostienen varios expositores de Derecho es incuestionable que el codeudor solidario que paga la totalidad de una deuda a que se halla obligado adquiere dos acciones contra su codeudor: la subrogatoria, procedente de la subrogación verificada por ministerio de la ley, por razón del pago hecho al acreedor, sea que éste le ceda sus derechos o nó, y la personal o acción de reintegro o reembolso de lo que aquél pagó por éste, nacida del hecho mismo del pago, y la cual puede provenir de un contrato de mandato, si el codeudor por quien pagó lo ha comisionado al efecto, o del cuasicontrato de la agencia oficiosa, si ha procedido sin autorización expresa y previa de él. En ejercicio de la primera de las acciones indicadas el subrogatario, en virtud de la subrogación, sea legal o convencional, ocupa el lugar y la posición jurídica del primitivo acreedor, de quien adquiere todos sus derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas que garanticen el crédito, conforme a lo dispuesto en los artículos 1666 a 1670 del Código Civil, pero queda también sometido a las normas restrictivas que en punto de caducidad y prescripción de la acción establezcan las leyes especiales que reglamentan lo relativo a dicho crédito; en tanto que la acción personal o de reembolso, nacida del pago hecho por otro, que pudiéramos llamar directa o por derecho propio, ya que no proviene del primitivo acreedor, no le concede a quien verificó el pago privilegio o garantía alguna, pero su ejercicio queda sometido al derecho común y no lo afectan determinadas reglas que pueden restringir el ejercicio de la acción subrogatoria.

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

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda).

Son antecedentes de este negocio:

El 29 de abril de 1927 Calixto Torres Umaña y Eduardo López Pumarejo se obligaron solidariamente a pagar al Banco Hipotecario de Colombia la cantidad de $ 10.000 en oro colombiano acuñado, que de él recibieron en calidad de mutuo con interés, a razón del 9% anual durante el plazo, que fue de tres meses, y del 18% en la mora, obligación que se hizo constar en el pagaré a la orden o instrumento negociable suscrito por los deudores en la fecha indicada.

Posteriormente obtuvieron del Banco una prórroga de otros tres meses y después de vencida, el 1º de marzo de 1928, Torres Umaña pagó la totalidad de la referida obligación. Ese mismo día, por indicación de Torres Umaña, el Banco endosó el pagaré a Félix Castillo Mariño, por valor recibido, y luégo éste ejecutó a López Pumarejo por el valor total del crédito. López Pumarejo excepcionó de pago y el asunto le fue fallado favorablemente en ambas instancias, apoyándose las sentencias respectivas en que el instrumento negociable ya había sido descargado en virtud del pago hecho al Banco por Torres Umaña. La sentencia del Tribunal lleva fecha 15 de diciembre de 1937.

Después de varios traspasos, el pagaré fue endosado a Torres Umaña el 25 de marzo de 1938, y éste, en demanda ordinaria que fue admitida por el Juzgado 3º Civil de este Circuito el 11 de mayo de aquel año, pidió que se condenara a López Pumarejo a pagarle la cantidad de $ 5.000 en oro colombiano acuñado, de la ley y peso existentes el 29 de abril de 1927, o su equivalente en moneda legal al tipo comercial del cambio en el día del pago, junto con los intereses correspondientes a razón del uno y cuarto por ciento mensual desde el 29 de octubre del propio año hasta el día de la cancelación de la deuda, y las costas del juicio.

El demandado contestó oponiéndose a la acción intentada. Alegó que la deuda se contrajo en provecho exclusivo del demandante, quien recibió y dispuso de la totalidad del préstamo, por lo cual aquél sólo tenía el carácter de fiador. Agregó que habiendo sido descargado el instrumento por pago carecía ya de eficacia legal y no podía ser invocado contra nadie, y que, además, los endosos posteriores al pago eran inválidos. Propuso las excepciones de inexistencia

de la acción, de falta de vinculación jurídica entre las partes actora y demandada y de prescripción, fundando esta última en los artículos 894 y 902 del Código de Comercio.

Trabada así la controversia, el Juzgado del conocimiento la desató por sentencia del siete de junio de mil novecientos cuarenta, por medio de la cual declaró no probadas las excepciones propuestas por el demandado y condenó a éste al tenor de la demanda.

De ese fallo apeló el demandado y concedido el recurso, subido el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y agotada allí la tramitación propia del segundo grado, tal entidad, por sentencia del diez y siete de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, lo reformó en parte y resolvió:

"*Primero.* Condenar al señor Eduardo López Pumarejo a pagar al doctor Calixto Torres Umaña la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000) en moneda legal y los intereses sobre dicha suma al uno y cuarto por ciento (1¼%) mensual, desde el veintinueve (29) de octubre de mil novecientos veintisiete (1927) hasta el primero (1º) de marzo de mil novecientos veintiocho (1928), y al interés corriente desde esta última fecha hasta cuando verifique el pago.

"*Segundo.* Negar las excepciones propuestas por el demandado.

"*Tercero.* Absolver al demandado en las costas judiciales de ambas instancias."

Los soportes básicos de la sentencia del Tribunal pueden sintetizarse así:

No está demostrado que la deuda se contrajera en beneficio exclusivo de Torres Umaña, ni que él solo dispusiera de todo el valor del préstamo obtenido. Tampoco está probado que López Pumarejo tuviera únicamente el carácter de fiador. En cambio, sí se demostró plenamente que Torres Umaña pagó al Banco acreedor el total de la obligación.

Según lo dispuesto en los artículos 1666, 1668, 1579 y 1583 del Código Civil y la opinión de varios comentadores citados por el Tribunal, en el caso de estudio ha habido un pago con subrogación, que extinguió los derechos del primitivo acreedor pero no la obligación, en la parte que correspondía al demandado, quien apenas cambió de acreedor, naciendo vínculos jurídicos entre el subrogatario o nuevo acreedor y el demandado. El codeudor que paga al acreedor la totalidad de una obligación solidaria, además de la acción subrogatoria o cambiaria, tiene en su favor la personal que nace del vínculo jurídico que lo une con el codeudor, acciones que puede promover a su elección, en razón de la utilidad que le reporten. Pero sea que inicie aquélla o ésta, solamente puede reclamar de su coobligado la parte que debe soportar, personal y definitivamente en la deuda.

El Tribunal estudia en seguida la demanda presentada por Torres Umaña y dice que sí promovió las dos acciones de que se ha hablado, y agrega que como está plenamente demostrado que el demandante pagó al Banco Hipotecario de Colombia la totalidad de la deuda, tiene derecho a que López Pumarejo le reintegre la mitad de ella, con sus correspondientes intereses.

Luégo analiza el fallador las excepciones perentorias propuestas por el demandado y concluye que no pueden declararse probadas, porque si existe vinculación jurídica ente las partes y el actor tiene la acción que ha iniciado, como se deduce de lo expuesto anteriormente, y porque no ha prescrito la acción personal incoada, que se rige por los artículos 2535 y 2536 del Código Civil y no por los 894 y 902 del Código de Comercio.

El recurso.

Contra la referida sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado del demandado, quien, apoyándose en la primera de las causales que señala el artículo 520 del Código Judicial la acusa "por violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de sus normas".

El recurrente formula cinco cargos, que en realidad se reducen a tres, así:

1º Violación, por interpretación errónea de los artículos 1666, 1668 y 1579 del Código Civil.

2º Violación indirecta, por falta de aplicación, de los artículos 894 y 902 del Código de Comercio, y violación directa, por aplicación indebida, de los artículos 2142, 2184, 2304, 2305, 2535 y 2536 del Código Civil.

3º Error de derecho en que incurrió el Tribunal al interpretar la demanda, a consecuencia del cual violó los artículos 472, 593 y 601 del Código Civil.

Sostiene el recurrente que los artículos 1666 y 1668 —ordinal 3º— del Código Civil, regulan el fenómeno jurídico de la subrogación y radican en quien paga una deuda por otro las acciones patrimoniales que competen al acreedor pagado, en la forma y condiciones determinadas en el artículo 1579 de allí, pero no le conceden el ejercicio de derechos exclusiva y originariamente personales, y aunque advierte que no niega, ni siquiera discute que el codeudor solidario que paga la totalidad de una deuda queda investido de diferentes acciones contra el otro codeudor, la que tenía el acreedor pagado y la personal que nace del hecho mismo del pa-

go, estima que la demanda que dio origen a este pleito no da margen para afirmar que se haya ejercitado una acción netamente personal, distinta de la reglamentada en los artículos que acaban de citarse.

En relación con el segundo cargo afirma el recurrente que del contexto de la demanda se deduce que sea que el demandante, en virtud del pago con subrogación, ocupe la posición jurídica del Banco acreedor, sea que por razón del endoso que le hizo Castillo se le considere dueño del pagaré a la orden, en el presente juicio únicamente se ejercitó la acción ordinaria procedente de dicho pagaré, que es un instrumento negociable típico, de los reglamentados por la Ley 46 de 1923, lo que quiere decir que la acción está prescrita, con arreglo a los artículos 894 y 902 del Código de Comercio que son los estrictamente aplicables, artículos que violó el Tribunal por no haberlos aplicado, como violó también por aplicación indebida, los artículos del Código Civil citados en este cargo, que según él nada tienen qué ver en el caso de estudio.

El error de derecho a que se refiere el tercer cargo lo hace consistir el recurrente en que el Tribunal interpretó mal la demanda y en que dejó de apreciar en su valor legal algunos pasajes de ella, conforme a los cuales el actor únicamente ejercitó las acciones procedentes de la subrogación verificada por ministerio de la ley, en virtud del pago hecho por el demandante al Banco acreedor y del endoso que del pagaré a la orden le hizo Castillo Mariño, pero no la acción personal que respecto de su codeudor pudiera tener Torres Umaña.

Estudio de los cargos.

Se consideran en conjunto los cargos:

En concepto de la Sala de Casación es incuestionable, como lo sostiene la sentencia acusada, con apoyo en textos legales expresos y en la opinión muy autorizada de varios comentadores de Derecho, y como lo acepta el apoderado de la parte demandada, que el codeudor solidario que paga la totalidad de una deuda a que se halla obligado adquiere dos acciones contra su codeudor: la subrogatoria, procedente de la subrogación verificada por ministerio de la ley, por razón del pago hecho al acreedor, sea que éste le ceda sus derechos o nó, y la personal o acción de reintegro o reembolso de lo que aquél pagó por éste, nacida del hecho mismo del pago, y la cual puede provenir de un contrato de mandato, si el codeudor por quien pagó lo ha comisionado al efecto, o del cuasicontrato de la agencia oficiosa, si ha procedido sin autorización expresa y previa de él. En ejercicio de la primera de las acciones indicadas el subrogatario, en virtud de la subrogación, sea legal o convencional, ocupa el lugar y la posición jurídica del primitivo acreedor, de quien adquiere todos sus derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas que garanticen el crédito, conforme a lo dispuesto en los artículos 1666 a 1670 del Código Civil, pero queda también sometido a las normas restrictivas que en punto de caducidad y prescripción de la acción establezcan las leyes especiales que reglamentan lo relativo a dicho crédito; en tanto que la acción personal o de reembolso, nacida del pago hecho por otro, que pudiéramos llamar directa o por derecho propio, ya que no proviene del primitivo acreedor, no le concede a quien verificó el pago privilegio o garantía alguna, pero su ejercicio queda sometido al derecho común y no lo afectan determinadas reglas que pueden restringir el ejercicio de la acción subrogatoria. De consiguiente, en el caso de estudio resulta muy claro que en cuanto a caducidad y prescripción aquella acción, que, se repite, procede del primitivo acreedor, o, mejor dicho, del crédito mismo, está sujeta a lo establecido en el artículo 894 del Código de Comercio, aplicable por virtud de lo ordenado en el 902 de allí. Pero la acción personal o de reembolso que tiene el demandante, por razón del pago hecho por el demandado, que dicho sea de paso no se discute en este juicio, únicamente está sometida a las reglas generales del derecho común, lo que quiere decir que sólo prescribe con arreglo a lo preceptuado en los artículos 2535 y 2536 del Código Civil.

De lo dicho hasta aquí se deduce claramente que la sentencia acusada no viola, por interpretación errónea, ni por falta de aplicación, ni por aplicación indebida, las disposiciones legales sustantivas citadas por el recurrente en los dos primeros cargos que atrás se indicaron.

Queda por estudiar el reparo formulado por error de derecho en la interpretación de la demanda.

Al respecto se observa:

En verdad la demanda que dio origen a este pleito no puede considerarse como un modelo de claridad y precisión, pero es innegable que el actor ejercitó juntamente con la acción subrogatoria la personal que le conceden las leyes, como se deduce evidentemente de los pasajes del libelo que a continuación se copian.

Los hechos 3º y 4º, fundamentales de la demanda, dicen:

"3º El demandado nunca pagó al Banco acreedor, ni me pagó a mí, la mitad del principal del pagaré a favor del Banco, a que me he referido, y menos ha pagado los intereses moratorios correspondientes a dicha mitad, que son de su

cargo a partir del vencimiento de la prórroga, o sea desde el 29 de octubre de 1927.

"4º El 1º de marzo de 1928 tuve que pagar al Banco acreedor el total de la deuda e intereses moratorios vencidos, sin que el demandado hubiera erogado para ello dinero alguno."

Además, el tercero de los fundamentos de derecho en que apoya la misma demanda expresa:

"3º La indicada sentencia del Tribunal Superior de Bogotá estableció que el pagaré a favor del Banco Hipotecario de Colombia era un instrumento negociable que no podía cederse después de vencido el plazo, y que como la cesión hecha por el Banco a Castillo Mariño lo fue después de vencido el plazo, carecia de valor dicha cesión, caso en el cual mi derecho de codeudor solidario y mancomunado, de la mitad del crédito, como lo he indicado, en capital e intereses moratorios contractuales, contra el otro codeudor mancomunado y solidario, que es el demandado, que no pagó, ha quedado intacto y vigente por el hecho de haber pagado yo todo el crédito y sus intereses al Banco acreedor."

En concepto de la Sala no puede ser más claro que con lo expresado en los hechos y en el fundamento de derecho que se dejan transcritos el demandante se propuso ejercitar, en juicio ordinario, la acción personal o de reembolso de que atrás se habló, a que se agrega que al indicar los preceptos de derecho en que basa la demanda dijo:

"A más de las disposiciones legales que dejo citadas, aduzco las congruentes de los Códigos Civil y de Comercio y de la Ley 46 de 1923."

De otro lado, muy conocido es el aforismo que enseña que al demandante le basta exponer los hechos, porque el Juez debe saber el derecho.

No puede sostenerse, por lo visto, que el Tribunal interpretara mal la demanda, ni que incurriera en errores de hecho o de derecho al hacerlo. Por lo mismo no puede prosperar ninguno de los reparos que se han estudiado, y como no se hicieron otros a la sentencia acusada, se concluye que no debe infirmarse.

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 Bogotá, con fecha diez y siete de marzo de mil novecientos cuarenta y dos.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publiquese, notifiquese y devuélvase el expediente.

Fulgencio Lequerica Vélez, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza—Timoleón Moncada, Hernán Copete, Conjueces.—*Pedro León Rincón,* Secretario en propiedad.

Acción para el pago de una suma de pesos.—Mandato.

Un poder no puede interpretarse sino taxativamente, de modo que no pueden extenderse o ampliarse sus cláusulas para deducir facultades que no están expresamente conferidas por el mandante al mandatario (artículo 2157 del Código Civil).

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

El 26 de marzo de 1940 el señor M. Verhelst suscribió la siguiente autorización, que corre al folio 4 del cuaderno número 2 y que fue reconocida como exacta por quien la firmó:

"Conste que he autorizado al señor Juan Elles H., vecino de Turbaco, para que venda los terrenos de propiedad de esta empresa, llamados 'El Bajo de la Viuda', que no sean de los ocupados por Segrera Hermanos, al precio de treinta pesos la hectárea, siendo para el señor Elles el mayor precio que consiga para dichos terrenos; y para que ofrezca en venta los terrenos de esta misma empresa, que ocupa Ramiro Carballo, al mismo precio de treinta pesos por hectárea, siendo para Elles el mayor precio que obtenga. En caso de que Carballo quiera comprar dicho terreno, tendrá la preferencia en igualdad de precios. Es entendido que Elles no tendrá derecho a comisión de venta.

"Cartagena, marzo 26 de 1940.

"*M. Verhelst*—Testigo, *M. Gómez Fz.*—Testigo, (firma ilegible)."

Juan Elles H. hizo algunas gestiones para la venta de parte del terreno y llegó a un convenio al respecto con el señor Gregorio Zárate quien por medio de una carta de 8 de abril de ese año, dirigida a Elles, le ratifica el ofrecimiento de comprarle los terrenos del "Bajo de la Viuda" de propiedad de la Compañía The Colombian Railways and Navigation Co. Ltd., a razón de $ 50 la hectárea (fojas 5 del cuaderno citado).

Manuel Verhelst y James Mc-Viccar, obrando en nombre y representación de la citada Compañía, vendieron a Ramón Nicolás, Luis Carlos, Miguel Angel, José y Rafael Carballo un lote de terreno denominado "El Bajo de la Viuda" en la suma de $ 6.625.00 a razón de $ 25 cada hectárea. Esta venta la hicieron en virtud del poder especial que les fue otorgado ante el Notario de Londres el 10 de mayo de 1940. La venta del lote mencionado consta en la escritura 424 de 22 de julio de 1940 corrida ante el Notario 2º de la ciudad de Cartagena (fojas 35 a 40 del cuaderno número 4).

Son estos los antecedentes que dan base a la demanda entablada por Juan Elles H. contra The Colombian Railways & Navigation Co. Ltd. en la cual el demandante pide que con citación del mencionado Manuel Verhelst, como representante de dicha Compañía y previa la tramitación de un juicio ordinario, se le condene a pagarle la suma de $ 5.300 moneda corriente por la venta de los terrenos de propiedad de dicha Compañía denominados "El Bajo de la Viuda".

Los puntos de vista del actor, aducidos como hechos, son en síntesis los que siguen:

El representante de la Compañía demandada celebró con el demandante el contrato de 26 de marzo de 1940 ya transcrito. En virtud de este pacto el actor hizo las gestiones para la venta y obtuvo que Gregorio Zárate ofreciera comprar esos terrenos a razón de $ 50 la hectárea. De acuerdo con el pacto mencionado todo exceso de $ 30 por hectárea quedaría a favor del demandante Elles. La Compañía le vendió esos terrenos a los señores Carballo a razón de $ 25 la hectárea. Como, dice el actor, "dicho terreno vendido resultó medir 265 hectáreas, y como el exponente, según el contrato de que se ha hablado anteriormente, tiene derecho al exceso del precio que pase de $ 30 hectárea, o sea la cantidad de $ 20 que excede para completar el precio de $ 50 hectárea, convenido con el señor Zárate y son 265 hectáreas, como dije antes, la Compañía demandada 'The Colombian Railways & Navigation Co. Ltd.' representada por el señor Manuel Verhelst, está obligada a pagarme o me adeuda la cantidad de cinco mil trescientos pesos oro legal ($ 5.300), como precio del trabajo que le hice al cual me obligué según el contrato de 26 de marzo de 1940."

El demandado negó los hechos, y una de sus defensas ha consistido en afirmar que no obró en representación de la Compañía. Sin embar-

go, admite que en este juicio es representante de la Sociedad y, como ya se expresó, reconoció ser cierto, durante el juicio, el contenido del contrato de 26 de marzo de 1940.

La sentencia de primer grado, dictada por el Juez 2º del Circuito de Cartagena el 26 de noviembre de 1941 fue condenatoria de la Compañía en la forma pedida en la demanda.

Apelada por la parte vencida, fue revocada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en fallo de 17 de septiembre de 1942.

Interpuso recurso de casación el apoderado del demandante y hoy procede su decisión.

Se funda la sentencia acusada en lo siguiente:

"Es incuestionable, como arriba se dijo, dice el Tribunal, que entre Verhelst y Elles H., se celebró un contrato de mandato civil en el que el primero obró en representación de la Compañía en su carácter de Gerente. El mandato que asumía Verhelst le fue conferido como consecuencia de varias sustituciones del poder original que la Empresa demandada dio al señor C. H. Taylor, debidamente otorgado y protocolizado, como resulta de la escritura pública número 475 de 6 de abril de 1929, corrida en la Notaría 1ª de este Circuito."

Mas el Tribunal sostiene que no teniendo el señor Verhelst poder para vender terrenos de la Compañía, el pacto celebrado con Elles no ligaba a aquélla, por extralimitación del mandato. Esta es la razón de la absolución proferida en la sentencia.

Antes de entrar en el estudio de los cargos la Corte observa: El extremo consistente en que el señor Verhelst, era el representante de la Compañía cuando celebró el pacto con el señor Elles, está fuéra de debate, porque fue sólo la parte demandante la que recurrió en casación y ella lo acepta. Además, tal extremo está plenamente comprobado en los autos, de donde resulta inverídica e inexplicable la afirmación o defensa de Verhelst, consistente en que no procedió como representante de la Compañía al celebrar el contrato con Elles. Los autos, las pruebas, todo el proceso, contradice esa aseveración y desvirtúa esa defensa. El señor Verhelst, pues, procedió en nombre y representación de esa Compañía al celebrar el contrato de mandato con el señor Elles.

El recurrente acusa la sentencia fundado en el primer motivo del artículo 520 del Código Judicial, por error de hecho manifiesto y de derecho, en que incurrió el Tribunal, y con lo cual violó los artículos 1759, 1761, 2142, 2149, 2161, 2164 y 2186 del Código Civil.

Sostiene el recurrente que Verhelst tenía facultad de la Compañía para vender inmuebles de ésta cuando otorgó el mandato a Elles, según el poder otorgado por ésta a aquél, y que consta en la escritura 749 de 26 de noviembre de 1937. De modo que por no haberlo tenido en cuenta o por haberlo interpretado mal el Tribunal incidió en error de derecho y de hecho.

Considera la Corte: El Tribunal sí tuvo en cuenta el poder mencionado, pero previo estudio de él concluyó que Verhelst cuando dio el mandato a Elles no era sino simple administrador de la Compañía sin facultad para enajenar sus inmuebles. No incurrió el Tribunal en error de hecho en la interpretación de ese poder, porque a lo largo de sus numerosas cláusulas no se encuentra que la Compañía hubiera apoderado a Verhelst para enajenar o gravar inmuebles de ésta. Las facultades que le confirió eran meramente administrativas. Sabido es también, como lo apunta el Tribunal, que un poder no puede interpretarse sino taxativamente, de modo que no pueden extenderse o ampliarse sus cláusulas para deducir facultades que no estén expresamente conferidas por el mandante al mandatario (artículo 2157 del Código Civil).

Tampoco incurrió el Tribunal en error de derecho, porque para vender el mandatario necesita de poder especial del mandante (artículo 2168 ibídem), y esa facultad no le fue conferida a Verhelst.

Pero el recurrente sostiene que el poder que la Compañía otorgó a Verhelst para vender inmuebles de ésta, posteriormente al pacto celebrado entre Verhelst y Elles, equivale a una ratificación, del encargo que Verhelst dio a Elles, y que por no haber tenido en cuenta esa circunstancia, el Tribunal violó por ese concepto los artículos ya citados por el recurrente.

Considera la Corte: Para estudiar y contestar este cargo es preciso fijar el alcance y contenido del contrato de 26 de marzo de 1940 citado ya varias veces. De los términos claros de este pacto se deduce que Elles buscaría un comprador para los terrenos prenombrados, que debía tomarlos a un precio mayor de $ 30 por hectárea, quedando a favor de Elles todo lo que pasara de $ 30. Pero este pacto no limitaba la libertad de la Compañía para venderlos a personas distintas de las presentadas por Elles, como tampoco podía cohibir la actuación de aquélla para venderlos a un precio menor. Mucho menos ese pacto configura un contrato de promesa de venta o un contrato de opción. Verhelst comisionó a Elles para que buscara un comprador, pero esa comisión no limitaba, en ningún modo la libertad de acción de la Compañía.

Y esto fue lo que acaeció. La Compañía por razones que tienen asidero en los autos, vendió los terrenos a los señores Carballo, a $ 25 la hectárea, por el motivo de que éstos tenían vinculaciones jurídicas antiguas con ella, entre otras, el haber plantado mejoras, en tales te-

renos, de las que eran dueños. No estaba según ese pacto fatalmente ligada la Compañía a venderle los terrenos a quien dijera o presentara Elles, por lo ya dicho, y porque en los mandatos de comisión para la venta, según la práctica general, el mandante por el hecho de dar el mandato no renuncia a su derecho de elegir comprador.

Cuando Verhelst dio el mandato a Elles, no tenía poder para vender según se ha visto; cuando Zárate hizo la oferta, tampoco; ese poder se otorgó después de esa oferta el 10 de mayo de 1940. En primer término se observa que tal poder no contiene ninguna ratificación ni se refiere al mandato que Verhelst le confirió a Elles H. En segundo término, se nota que aun cuando en dicho poder se le da facultad a Verhelst para vender inmuebles de la Compañía, eso no significa, por lo ya explicado, que aquélla o éste tuvieran la obligación de vender el inmueble a quien dijera Elles. El poder para enajenar es pues independiente del mandato conferido por Verhelst a Elles. De lo cual, entre otras cosas se deduce que la carta dirigida por Carballo no tiene la incidencia que cree el recurrente, porque se repite, la Compañía tenía su libertad de acción para vender los terrenos de "Bajo de la Viuda" a quien quisiera.

Si es cierto que el fallador de Cartagena no hizo el análisis al respecto, no por eso puede afirmarse que por esa causa incidiera en error de hecho o de derecho, porque estudiado en la forma que lo ha hecho la Corte, no prosperaría tampoco la acción del demandante.

Aún más: aunque Verhelst hubiera tenido poder para enajenar cuando dio el mandato a Elles, no por eso hubiera quedado obligada la Compañía a vender los terrenos fatalmente a quien indicara Elles H.

Este párte en su demanda de un falso supuesto, o sea: que los terrenos hubieran sido vendidos a Zárate a $ 50 la hectárea. En ese caso, hipotético, realizada la venta si tendría el demandante el derecho de reclamar la cantidad que pide en su demanda. Pero como la venta no se realizó ni con Zárate, ni a $ 50 la hectárea, sino con los Carballos y a $ 25, resulta improcedente la petición del demandante, que, además, al darle acogida conduciría a este absurdo: la Compañía recibió por concepto del precio de la venta de los terrenos la suma de $ 6.625; el demandante la demanda para el pago de $ 5.300, de donde resultaría que al pagárselos, la Compañía recibiría por concepto de esa venta la suma de $ 1.325, o sea que quedaría vendido el terreno a razón de $ 5 la hectárea, y la base dada a Elles fue la de $ 30.

Todo lo anterior hace ver que si por una parte los cargos hechos a la sentencia, en casación, no pueden prosperar, por la otra, la demanda en la forma en que está dirigida, no procede. Si Elles hizo algunas gestiones y gastos para encontrar un comprador, si lo halló, si hizo esto en ejercicio de un mandato, las acciones remuneratorias y de reembolso que por este concepto puedan radicar en su cabeza, quedan vivas pero son muy distintas de la ejercitada en la demanda que dio origen a este pleito.

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

Sin costas por no haberse causado.

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

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

Acción de simulación de un contrato.—Qué debe entenderse por principio de prueba por escrito.—Negocios fiduciarios.—Mutuo disfrazado de compraventa.

1.—La doctrina ha interpretado la definición del artículo 93 de la Ley 153 de 1887 en el sentido de que es un documento privado, proveniente del obligado, en que se hace alusión al hecho que se pretende demostrar, sin que llegue a constituír manifestación clara y expresa de él, pues en tal caso no sería ya un mero principio de prueba sino su completa demostración. Tres son los requisitos o condiciones que debe reunir un documento para poder atribuírle legalmente el mérito y efectos que dentro de nuestro derecho probatorio corresponden al principio de prueba por escrito: **que exista un escrito, que no sea el contrato mismo; que provenga de la persona a quien se opone o de su representante legítimo, y que de él aparezca la verosimilitud del hecho litigioso.**

2.—Tratándose de demostrar entre los contratantes la existencia de una simulación —como lo ha dicho la Corte en numerosas decisiones— cuando el contrato simulado o aparente consta por escrito, se deduce de la doctrina que informa los artículos 1759 y 1766 del Código Civil y del segundo aparte del artículo 91 de la Ley 153 de 1887 sobre restricciones a la prueba testimonial, que la verdad de las declaraciones que en el instrumento ostensible hayan hecho los interesados es preciso destruírla oponiéndole una prueba de igual categoría o fuerza, que destruya aquella plena fe, tal como el pacto literal oculto, o la confesión del obligado o un principio de prueba por escrito, confesión o principio de prueba que entonces puede complementarse con testigos, presunciones o indicios, y con todo medio probatorio.

3.—Convenciones como la que refieren los autos, denominadas y defendidas por algunos tratadistas como negocios fiduciarios, son sin duda constitutivas entre nosotros, según lo tiene establecido la doctrina jurisprudencial, de casos perfectos de simulación relativa, mediante la cual una persona, para garantizar un préstamo transfiere como vendedor el dominio de su cosa a su acreedor, pero manteniéndose en la tenencia de ella para lo cual se adjunta un contrato de arrendamiento y se pacta accesoriamente la facultad de recompra. Es este negocio de ocurrencia frecuente a que acuden los prestamistas para evitarse las incertidumbres y embarazos del cobro, pero totalmente injustificado e irregular desde el punto de vista de las instituciones jurídicas porque ofreciendo éstas el tipo de contrato eficaz y seguro para contener la realidad económica y de derecho de la operación planeada, como es el mutuo hipotecario, no hay razón para querer utilizar instituciones legales destinadas por su naturaleza y esencia a fines económicos diversos. El uso irregular y desviado de los medios jurídicos determina frecuentemente resultados contraproducentes, porque buscando innecesariamente mayores garantías se corren los naturales riesgos que corresponden a las situaciones simuladas, al querer dar a la compraventa la naturaleza jurídica imposible de contrato de garantía. Tal es el concepto general que corresponde a la sanción legal, que no es sólo la pena sino también la recompensa en validez y firmeza que resulta de transgredir la ley o ajustar y arreglar a sus mandamientos y organizaciones la ejecución de los actos jurídicos.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Personalmente y en libelo de fecha 26 de febrero de 1940, Margarita García demandó ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Barranquilla a la sociedad comercial denominada "A. Noguera & Cía. Sucesores. Limitada", representada por su Gerente, para que con su audiencia, en su condición de sucesores de la extinguida sociedad comercial en comandita simple "A. Noguera & Cía.", se hagan en la sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

Que es absolutamente nulo el contrato de compraventa con pacto de retracto, contenido en la escritura pública número 401 de 17 de febrero de 1927, otorgada ante el Notario 2º de Barranquilla, debidamente registrada, por estar viciado de error de derecho, de error de hecho, por falta de objeto y causa adecuados, todo ello consistente en haber entendido celebrar con la Compañía "A. Noguera & Cía." un contrato fiduciario de mutuo con intereses y haber firmado otro distinto, cual es el de venta con pacto de retracto que aparece en la escritura;

Que, como consecuencia de la nulidad, se declaren sin efecto ni valor la escritura citada y sus registros, ordenando la cancelación correspondiente y la restitución a la actora de la finca a que se refiere la escritura, con sus frutos civiles desde el 1º de septiembre de 1931 y hasta la entrega;

Que asimismo se declaren nulas, en lo que hace relación al bien a que se refiere la demanda, las escrituras números 106 y 107 de fecha 22 de enero de 1940, Notaría 1ª de Barranquilla, por las cuales se liquidó la sociedad comercial de "A. Noguera & Cía.";

Subsidiariamente se pide que se declare que es simulado y por consiguiente sin valor alguno el contrato de compraventa con pacto de retroventa que consta en la mencionada escritura pública y que el contrato que realmente se quiso celebrar fue el de préstamo o mutuo con intereses, "pues fue expresamente este último el contrato convenido entre la Compañía de la cual son hoy sucesores los demandados, y yo, no habiendo existido nunca por mi parte la intención de vender ni de parte de aquélla la de adquirir por compra." Como consecuenciales de este pedimento se solicita también la cancelación de los instrumentos aludidos y sus transcripciones, la restitución de la casa con sus frutos, y la condena a las costas del litigio.

La historia de este negocio, expresada en los diez y nueve hechos fundamentales de la demanda, se hace consistir, en síntesis, en que Margarita García vendió aparentemente a la Compañía comercial en comandita de que es sucesora la Sociedad demandada "una casa de enea, madera y barro, junto con el solar que la contiene, situada en la acera oriental de la calle de Murillo, entre las carreras Hospital y Concordia", de la ciudad de Barranquilla, por la suma de mil quinientos pesos en oro americano, con pacto de retroventa por un año que vencía el 16 de febrero de 1928 y contrato adicional de arrendamiento a la vendedora por el mismo término anual, porque aunque en realidad de verdad el contrato efectivamente convenido entre ellos fue el de mutuo con intereses, la Sociedad mutuante, de acuerdo con su costumbre y en busca de mayores garantías exigió a la mutuaria que se sometiera a la aparente celebración de la venta en la forma ya vista, de tal manera que se simuló, con el propósito ya anotado, un contrato de venta para encubrir un préstamo de consumo. La sociedad aparentemente compradora así lo reconocía en un principio al expedir recibos por concepto de intereses por la suma que se hizo figurar como precio de la venta y según declaraciones hechas por el socio administrador al otorgarse el instrumento notarial. El arrendamiento no fue en verdad sino la falsa forma como el comprador dejaba la casa en poder de la vendedora, quien siguió arrendando el inmueble por su cuenta y en su nombre aun después de vencido el plazo anual para la retroventa. A partir del mes de septiembre de 1931, la sociedad "A. Noguera & Cía.", por medio de su administrador resolvió cobrar directamente la renta del arrendamiento de la casa para amortizar el capital y sus intereses, pero luégo en 1934, ante la manifestación reiterada de la deudora García de liquidar su obligación pendiente, la sociedad opuso toda clase de subterfugios hasta el año de 1938 en que el Gerente le manifestó a Margarita García que la casa era de la sociedad por haberla comprado. Después de inútiles reclamos de ésta para que siguiera respetándose la verdadera voluntad contractual, se ha iniciado esta acción de simulación para establecer la realidad de las relaciones jurídicas con que quisieron vincularse por debajo de la convención que reza la citada escritura pública número 401 de 17 de febrero de 1927.

Surtido el traslado legal de la demanda, la sociedad demandada contestó oponiéndose a las pretensiones de la actora, aceptando el hecho principal de ser sucesores de la sociedad que contrató con la demandante, en cuya calidad afronta el pleito, y negando algunos y explicando otros de los hechos fundamentales de la acción. De este modo se trabó la litis, y agotados los trámites del grado, con aprovechamiento abundante del término de prueba, el Juzgado 3º del Circuito de Barranquilla lo decidió definitivamente en sentencia del 25 de noviembre de 1940, en la cual deniega el pedimento principal de nulidad y acogiendo el subsidiario de simulación declara sin valor la compraventa de la casa contenida en la escritura número 401, cuya cancelación se ordena, advirtiendo que las relaciones contractuales de las partes se rigen por el contrato que en realidad se celebró, de mutuo con intereses, "por la suma de mil quinientos pesos en oro americano (moneda de los Estados Unidos de América), dando la mutuaria en ga-

rantía de la deuda, el siguiente inmueble: (la casa aparentemente vendida)".

Se decreta asimismo, en consecuencia, "la cancelación de las inscripciones de los títulos números 106 de 22 de enero de 1940 de la Notaría 1ª de este Circuito, registrada el 30 de enero del mismo año, y los de 22 de enero de 1940 de la Notaría 1ª de este Circuito, pero sólo en la parte en que dichas escrituras se refieren al inmueble determinado en este juicio", y se condena a la sociedad demandada a restituir a la actora, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la casa delimitada en el fallo. Se condenó en costas a la parte vencida.

Fallo acusado.

Dio lugar a la segunda instancia de este juicio la apelación que oportunamente interpuso contra el fallo del Juzgado la parte demandada. En la sentencia que la decidió, de fecha 20 de octubre de 1941, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla revocó la apelada y en su lugar absolvió totalmente a la sociedad demandada de todos los cargos de la demanda. Sin costas.

Tanto en la sentencia del Juzgado como en la de segunda instancia se desecha por infundado el pedimento principal sobre nulidad absoluta del contrato y se circunscribe el estudio de la cuestión debatida a la acción de simulación relativa con soluciones distintas en los dos grados. Consideró el Juzgado del Circuito que los cuarenta y ocho recibos expedidos a nombre de "A. Noguera & Cía." por un empleado de la sociedad y bajo sello de ésta, a favor de Margarita García por concepto de intereses sobre la suma de $ 1.500 oro americano y a la rata del 1% los primeros y el resto al 1¼% mensual, presentados por la actora con su demanda y no tachados de falsedad, constituían un principio de prueba por escrito de la contraestipulación mutuaria, prueba ésta que completada con hechos indiciarios plenamente demostrados, como el de haber dado la García en arrendamiento la casa durante el año de 1928 y en 1933, cuando había expirado ya el plazo para la retroventa, fundaron la convicción perfecta en el sentido declarado sobre la simulación demandada.

Sobre las mismas pruebas, el Tribunal llegó a conclusión diametralmente opuesta. Estimó que los aludidos recibos no podían considerarse legalmente como un principio de prueba por escrito porque no provenían del mismo demandado ni de su representante legal, ya que "en la litis no ha sido comprobado en forma alguna que el señor L. Marthe C. (que los suscribe como empleado) tuviera la representación legal de los señores "A. Noguera & Cía.", esto es, que fuera mandatario de éstos cuando se constituyó el principio de prueba". Esta circunstancia, añadida a la explicación dada por el Gerente de la sociedad demandada, de que había sido una equivocación del empleado de la compañía la imputación a intereses y no a renta de arrendamiento las sumas que rezan los recibos, condujo al Tribunal Superior a la conclusión de que en este caso, tratándose de acción de simulación entre las partes, falta el mínimum probatorio requerido para la prosperidad de la demanda y era por tanto inoficioso el análisis de los restantes elementos de convicción aducidos en la primera instancia.

"Si, pues, —dice la sentencia— no han sido llenadas a cabalidad las exigencias del artículo 93 de la Ley 153 de 1887, mal podía apoyarse el fallo del inferior en aquel claro precepto legal. De ahí que fallando por su base el principio de prueba por escrito, sobra analizar las probanzas que según el inferior complementan dicho principio de prueba".

El recurso.

A través del recurso de hecho interpuesto y sostenido ante esta Superioridad por la parte actora, le fue concedido el de casación que oportunamente interpuso contra la sentencia definitiva de segunda instancia, y que hoy la Corte decide por estar legalmente preparado.

Se apoya la acusación contra el fallo del Tribunal en la primera de las causales señaladas en el artículo 520 del Código Judicial, y se formula el cargo de violación de ley sustantiva que en seguida se expresa, extractándolo en forma ordenada de los diversos razonamientos que contiene la demanda:

La sentencia viola los artículos 91 y 93 de la Ley 153 de 1887, 1494, 1502, 1495, 1524, 1759 y 1766 del Código Civil como consecuencia del error de derecho en que incurrió en la apreciación probatoria de los recibos de intereses presentados por la actora con su demanda, al negarles su calidad o mérito legal de principio de prueba por escrito del contrato oculto de préstamo que se quiere hacer prevalecer sobre el aparente de compraventa, equivocación ésta que condujo al sentenciador a hacer caso omiso de las numerosas pruebas indiciarias que sumadas a aquélla fundan plena evidencia sobre la simulación, con lo cual incurrió asimismo en error de hecho que aparece de manifiesto en los autos.

Se considera el cargo.

La actora Margarita García acompañó a su demanda, como ya se dejó dicho, 55 recibos expedidos a su favor por "A. Noguera & Cía.", que cubren el lapso de febrero de 1927 a agosto de 1931, y de los cuales solamente los distinguidos con los números 04689, 04736, 04841, 04941, 5241, 5349 y 5743, todos relativos al año de 1927, apa-

recen dados por concepto de arrendamiento mensual. Todos los restantes recibos aparecen expedidos por valor de intereses mensuales sobre la suma de $ 1.500 oro americano, los primeros por la cantidad de $ 15 correspondiente a la rata del 1%, y los demás, a partir del 1º de mayo de 1928 por $ 18.75, suma correspondiente a intereses a la rata del 1¼% mensual sobre el capital dicho. Todos estos documentos están firmados por L. Marthe C. bajo el sello de la firma social "A. Noguera & Cía.".

Entiéndese por "principio de prueba por escrito", según la definición legal que trae el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, "un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso". La doctrina ha interpretado esta definición en el sentido de que es un documento privado, proveniente del obligado, en que se hace alusión al hecho que se pretende demostrar, sin que llegue a constituir manifestación clara y expresa de él, pues en tal caso no sería ya un mero principio de prueba sino su completa demostración. "A diferencia del acto escrito o contrato propiamente dicho, según lo explica Rocha en su tratado 'De la Prueba en Derecho' (página 91), el principio de prueba apenas da margen a la posibilidad de que el contrato se celebró, lo hace verosímil y permite reconstruírlo en todos sus elementos con testigos, indicios, presunciones y demás medios de prueba".

"Todo documento que emane del adversario —dice Hernán Cortés en su libro 'La simulación como vicio jurídico' (página 114)— de su causahabiente, de sus mandatarios, y que haga verosímil la simulación debe ser considerado como principio de prueba por escrito, siempre y cuando él contenga elementos que sirvan para deducir tal situación; debiendo primar un criterio restrictivo, pues de nó se podría llegar a casos injustos. Por otra parte, siendo ello la derogación de la regla general (de que la simulación debe probarse con la contraescritura), ha de tenerse presente que su aplicación amplia conduciría a dar un duro golpe al principio de la limitación."

Tres son, por consiguiente, los requisitos o condiciones que debe reunir un documento para poder atribuírle legalmente el mérito y efectos que dentro de nuestro derecho probatorio corresponden al *principio de prueba por escrito:* que exista un escrito, que no sea el contrato mismo; que provenga de la persona a quien se opone o de su representante legítimo, y que de él aparezca la verosimilitud del hecho litigioso.

Analizados los recibos de que se trata a la luz de estas nociones, resulta evidente que tales documentos merecen la calificación legal, reconocida por el Juzgado y negada por el Tribunal, de principio de prueba por escrito que sirve en este caso de núcleo probatorio original de la simulación demandada. Aparece, en efecto, que son documentos literales provenientes de la sociedad demandada contra la que se han opuesto desde la iniciación del litigio, sin reparo de su parte en cuanto a su autenticidad y procedencia. La sociedad demandada "A. Noguera & Cía. Sucesores Limitada" ha aceptado expresamente ser la sucesora de "A. Noguera & Cía." y en esta calidad de obligada ha afrontado el litigio (respuestas a los hechos 7, 8 y 9 de la demanda). Ha aceptado igualmente, según se ve de la contestación a la demanda y de las posiciones absueltas por el Gerente de la Compañía contratante con la actora, que L. Marthe C., que aparece autorizando con su firma autógrafa y bajo el sello de la sociedad los aludidos recibos, era empleado de la compañía como cajero y a él correspondía el otorgamiento de los recibos por pagos a la sociedad. No se ha discutido en ningún momento la calidad de empleado de Marthe ni su capacidad como tál para expedir los referidos documentos privados, ni se ha negado en ninguna forma la realidad de los pagos de que dan fe, esto es, el hecho de que la sociedad recibiera periódicamente de Margarita García las sumas que acreditan. Lo que se ha negado por la parte demandada es que la imputación de los pagos a que aluden se hubiera hecho en concepto de intereses y no por precio del arrendamiento que junto con el de compraventa figura en la escritura número 401 de 17 de febrero de 1927 de la Notaría 2ª de Barranquilla, explicando que tal cosa se debió exclusivamente a un error del empleado que expidió los recibos. La sociedad demandada acepta expresamente que estos documentos que se le oponen proceden de ella y acreditan el hecho cierto del pago, pero no los acepta como prueba indiciaria del mutuo oculto que pretende la actora sino como prueba del contrato de arrendamiento de la casa aludida con pacto de retroventa, alegando que el cajero se equivocó al expedirlos. Como se ve, la calidad jurídica de obligada que ha aceptado la sociedad demandada, lo mismo que el hecho de que los documentos literales en cuestión proceden de ella, son circunstancias incontrovertibles que deben tenerse como verdad y fundamento para la sentencia en virtud de nuestro sistema procesal dispositivo o de contradicción.

La verosimilitud que debe emanar del documento literal con relación al hecho litigioso, para poderlo estimar como un principio de su prueba por escrito, fluye muy claramente en éste caso porque los recibos aducidos con la demanda acreditan pagos por concepto de intereses sobre un capital idéntico al que monta el precio de la

venta y durante un tiempo que excede en mucho al término del arrendamiento de la casa según la escritura 401, con ratas distintas que parecen corresponder a mora en la restitución del mutuo, y sin que aparezca en ninguna forma acreditada la celebración de nuevo contrato de arrendamiento después del 16 de febrero de 1928. Esta reiterada imputación de pago a intereses, como consecuencia de error del cajero de la compañía, según explicación del demandado, no resulta abonada por ningún otro dato del proceso, y por el contrario, su repetición de cuarenta y ocho veces a lo largo de cuarenta y ocho meses y su incorporación dentro de la contabilidad de la compañía, le comunican especial significación que hace verosímil la existencia del mutuo oculto, puesto que los intereses son un elemento jurídico sin significado en la compraventa y que encaja ordinaria y perfectamente en el contrato de préstamo de consumo.

De las consideraciones que anteceden se deduce que es fundado el cargo formulado por el recurrente por error de derecho en la apreciación de los precitados recibos al subestimar su mérito legal negándoles hasta su calidad de principio de prueba por escrito, error que utilizó el Tribunal para determinar en el análisis probatorio del proceso, considerando, con incuestionable quebranto de la ley sustantiva, que no procedía por esterilidad probatoria el estudio de la simulación demandada. "Tratándose de demostrar entre los contratantes la existencia de una simulación —como lo ha dicho en numerosas decisiones la Corte—, cuando el contrato simulado o aparente consta por escrito, se deduce de la doctrina que informa los artículos 1759 y 1766 del Código Civil y del segundo aparte del artículo 91 de la Ley 153 de 1887 sobre restricciones a la prueba testimonial, que la verdad de las declaraciones que en el instrumento ostensible hayan hecho los interesados es preciso destruírla oponiéndole una prueba de igual categoría o fuerza, que destruya aquella plena fe, tal como el pacto literal oculto, o la confesión del obligado o un principio de prueba por escrito, confesión o principio de prueba que entonces puede complementarse con testigos, presunciones e indicios, y con todo medio probatorio": (*Gaceta Judicial*, tomo XLIII, página 830).

Deducida en este caso la existencia del principio de prueba por escrito de la simulación, y con él la prosperidad del cargo contra la sentencia por violación legal, sólo falta que la Sala examine, ya como Tribunal de instancia y para motivar su resolución de reemplazo, si los autos suministran otros elementos probatorios que sumados a los recibos sean suficientes para fundar la completa certidumbre sobre la realidad del mutuo encubierto. Y encuentra que en torno de este principio de prueba literal se pueden agrupar con perfecta ilación y coherencia los siguientes hechos indiciarios del contrato oculto:

a) En el lapso corrido de 1928 a 1933 la demandante Margarita García celebró como arrendadora contratos de arrendamiento de la casa que aparece vendiendo a "A. Noguera & Cía." por medio de la escritura número 401 de 17 de febrero de 1927, y como tal recibió la renta del arriendo y se hicieron por su cuenta reparaciones y mejoras en el inmueble. (Declaraciones testimoniales de Agustín Donado y Manuel Villodres, folios 2 y 6 del cuaderno 3; Heliodoro Escalante, folio 2, cuaderno 4; Lorenza de Cervantes, folio 2, cuaderno 15).

b) Al tiempo de firmarse el precitado instrumento público en la Notaría de Barranquilla, Margarita García, al escuchar su lectura formuló observaciones y protestas sobre la compraventa que iba a firmar, a las cuales respondió Aristides Noguera, Gerente de la sociedad, que eso era lo mismo que si se hiciera una simple escritura de hipoteca y que en esa forma tenía establecidas la casa sus operaciones. (Testimonios de Enrique Camilo, Reveira y Miguel García, folios 2 y 5 del cuaderno 6).

c) En el año de 1937 Roberto Chavarro fue a la oficina de "A. Noguera & Cía." a proponer compra por la casa y allí el Gerente de la sociedad le manifestó que la sociedad sólo era administradora y que para el precio debía entenderse con Margarita García. (Declaraciones de Lizardo Barraza, Roberto Chavarro y Pedro Miranda, folios 3, 7 y 8 del cuaderno 10).

d) Diez operaciones en forma de contrato de compraventa con pacto de retroventa aparecen celebradas por la sociedad "A. Noguera & Cía." con diversas personas y sobre distintos fundos de 1918 a 1940. (Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Barranquilla, folio 2 del cuaderno 11).

Cuando estos diversos actos jurídicos que en relación con la casa aparece ejecutando Margarita García había expirado ya el plazo de un año estipulado en la escritura número 401 para que ella ocupara la casa como arrendataria e hiciera uso de la facultad de retrocompra que se pactó. Si las relaciones jurídicas de ella con la sociedad "A. Noguera & Cía." se agotaron desde el 17 de febrero de 1928, puesto que no hay nuevo contrato de arrendamiento entre ellos ni en el celebrado hay facultad para el arrendatario de subarrendar, ¿cómo se explica que la sociedad permitiera la ejecución de tales actos, consolidado ya su dominio, y por qué la compañía continuó expidiéndole recibos a la demandante aun en tiempo en que la casa aparece ocupada por otra persona como arrendataria?

En las respuestas a estas interrogaciones está implícito el incuestionable mérito de estas pruebas indiciarias. La conjugación coherente del valor demostrativo de estos hechos muy significativos y elocuentes es base suficiente para la convicción judicial en el sentido de que la compraventa de que da cuenta la escritura número 401 de 17 de febrero de 1927 sólo se celebró aparentemente para encubrir un contrato de préstamo que fue el que oculta y realmente vinculó a los contratantes, y que se quiere hacer prevalecer con esta demanda de simulación relativa.

Esta especie de convenciones, denominadas y defendidas por algunos tratadistas como negocios fiduciarios, son sin duda constitutivas entre nosotros, según lo tiene establecido la doctrina jurisprudencial, de casos perfectos de simulación relativa, mediante la cual una persona, para garantizar un préstamo transfiere como vendedor el dominio de su cosa a su acreedor, pero manteniéndose en la tenencia de ella para lo cual se adjunta un contrato de arrendamiento y se pacta accesoriamente la facultad de recompra. Es este negocio de ocurrencia frecuente a que acuden los prestamistas para evitarse las incertidumbres y embarazos del cobro, pero totalmente injustificado e irregular desde el punto de vista de las instituciones jurídicas porque ofreciendo éstas el tipo de contrato eficaz y seguro para contener la realidad económica y de derecho de la operación planeada, como es el mutuo hipotecario, no hay razón para querer utilizar instituciones legales destinadas por su naturaleza y esencia a finalidades económicas diversas. El uso irregular y desviado de los medios jurídicos determina frecuentemente resultados contraproducentes, porque buscando innecesariamente mayores garantías se corren los naturales riesgos que corresponden a las situaciones simuladas, al querer dar a la compraventa la naturaleza jurídica imposible de contrato de garantía. Tal es el concepto general que corresponde a la sanción legal, que no es sólo la pena sino la recompensa en validez y firmeza que resulta de transgredir la ley o ajustar y arreglar a sus mandamientos y organizaciones la ejecución de los actos jurídicos.

Revelada a través de la prosperidad de esta acción de simulación la auténtica realidad contractual que debe regir las relaciones jurídicas entre los contratantes como si lo únicamente celebrado entre ellos hubiera sido un contrato de mutuo con intereses, carece de fundamento y razón la declaración de la sentencia de primer grado que "dando la mutuaria en garantía de la deuda, el siguiente inmueble (singulariza por sus linderos la casa aparentemente vendida)." La prevalencia del contrato de mutuo se justifica porque los elementos que ha revelado la prueba sirven para configurarlo completamente; pero no sucede lo propio con el contrato accesorio y solemne de hipoteca que parece haber declarado el Juzgado del Circuito y que no es posible en ninguna forma tenerlo como celebrado entre las partes, porque además de su solemnidad, es claro que la omisión de tal contrato accesorio de garantía fue uno de los objetivos buscados con la simulación. El contrato de hipoteca no puede deducirse a través de interpretaciones, ni existen hipotecas tácitas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el 20 de octubre de 1941, y en su lugar confirma la del Juzgado 3º Civil de ese Circuito, de fecha 25 de noviembre de 1940, con la reforma de que el crédito mutuario a favor de "A. Noguera & Cía., Sucesores. Limitada" a cargo de Margarita García no tiene ninguna garantía real y que la sociedad demandada deberá restituir también los frutos civiles de la casa desde el 19 de diciembre de 1933 hasta el día de la entrega. Sin costas.

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

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

Transporte.—Acción de perjuicios.

Sea tan sólo en virtud de las disposiciones generales, sea por las especiales de cada contrato confirmatorias de aquéllas, la falta del cumplimiento puntual de las obligaciones de una de las partes contratantes determina en principio una acción de perjuicios en la otra parte contratante; pero esto no significa que precisamente haya habido perjuicios; de suerte que quien ejercita esa acción tiene que demostrar haberlos sufrido, suministrando así la materia indispensable para un decreto de indemnización. De ahí, por ejemplo, que en el caso especial del artículo 1617 del Código Civil sobre indemnización de perjuicios en obligaciones de pagar una suma de dinero, el acreedor no tenga necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses, por bastar el hecho del retardo. A contrario sensu **predica esta disposición que sí hay esa necesidad en los demás casos. Cabe advertir que lo que entonces sucede es que, reputando el legislador que el dinero ha de dar esos frutos, encuentra en el retardo el lucro cesante y, por lo mismo, establece la presunción del perjuicio, la que hace inoficioso exigir más pruebas. No es, pues, que se abstenga de exigirlas. Tampoco infirma el antedicho concepto la disposición del artículo 1599 de ese Código, en cuanto no vale al deudor alegar que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor, porque aunque en lo general se tiene la pena como una apreciación antelada del perjuicio convenida por las partes, la cláusula penal no pierde su calidad de garantía de la obligación principal a que accede, ni la de sanción, ni menos la de acuerdo de voluntades que ha de regir con la fuerza consiguiente (artículo 1602 ibidem), sin más salvedad que las cortapisas que en sus casos establece como limitaciones equitativas el artículo 1601 de esa obra. Si, por lo visto, ha de demostrarse el perjuicio sufrido para que, dando causa, materia y base a la indemnización, pueda prosperar la demanda para indemnizarlos, es claro que cuando esa prueba falta, la solicitud no se puede acoger por el sentenciador.**

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Va a decidirse el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla de 7 de diciembre de 1942, confirmatoria de la de 3 de marzo de ese año en que el Juzgado 1º Civil de ese Circuito absolvió al demandado en el juicio ordinario de Juan E. de las Salas contra la Compañía del Puerto y Terminal de Barranquilla, S. A., sobre las prestaciones que pasan a expresarse como cumple a aquel recurso.

En mayo de 1939 los actuales litigantes acordaron la conducción de los obreros de la Compañía entre esa ciudad y el Terminal, en forma permanente, así: Salas la haría en los dos camiones de su propiedad y la Compañía le pagaría este servicio a razón de $ 12 diarios. Salas pondría los camiones necesarios caso de ser insuficientes aquéllos, y por esto se le pagarían $ 8 por día y camión adicional. Después convinieron que, a partir del subsiguiente junio, ese servicio se pagaría así: con $ 6 por cada uno de los dos camiones de Salas y, en su caso, con un aumento por cada hora extraordinaria, el que la Compañía dice que fue de quince centavos y Salas que de setenta y cinco. Esta convención rigió hasta el 31 de octubre del mismo año (1939) en que la Compañía hizo saber a Salas que había contratado ese servicio con otra persona.

Salas declara haber recibido los referidos $ 12 diarios y el aumento por horas extraordinarias a razón de $ 0.15; pero dice que con esto no quedó a paz y salvo la Compañía con él, porque le quedó debiendo y le adeuda aún todas las prestaciones correspondientes a su calidad de empleado de ella que vino a ser en fuerza de las modificaciones pactadas a partir de junio, como son las horas de trabajo extraordinario en días comunes, las nocturnas, los domingos, así como la cesantía y la indemnización correspondiente al despido intempestivo, tal como mandan la Ley 10 de 1934 en su artículo 12 y el artículo 10 de la Resolución ejecutiva número 1º de ese año dictada en desarrollo de las Leyes 83 de 1923 y 73 de 1927.

Juzgado y Tribunal conceptuaron que el contrato fue de transporte y no hallando, por tanto, en Salas la calidad de empleado, le negaron sus peticiones, fundadas todas en ella.

De ahí que la demanda de casación acuse por aplicación indebida de los artículos 2070 del Código Civil y 271 del Código de Comercio y por falta de aplicación de los artículos 12 y 19 de la citada Ley 10 de 1934, así como por error en la interpretación de la demanda y en la apreciación de las pruebas con quebranto de los artículos 604 a 607, 645, 697 y 730 del Código Judicial, 91 y 93 de la Ley 153 de 1887 y, con ello, de los artículos 1602, 1063 y 2066 del Código Civil.

Razona así en suma: es verdad que inicialmente se celebró un contrato de transporte, como lo describe en sus primeros hechos la demanda, al referirse al modo como comenzaron las relaciones de Salas con la Compañía; pero no es menos cierto que posteriormente se convino algo distinto que colocó esas relaciones contractuales sobre un pie que ya no correspondió al de transporte sino al arrendamiento de servicios, por lo cual Salas, dejando de ser el empresario de transporte que había sido en mayo, vino a ser de junio en adelante un empleado de la Compañía con las consiguientes prerrogativas legales cuya efectividad demanda.

Para el recurrente es errónea la interpretación del libelo, porque el Tribunal ve expuesto en él un solo contrato, cuando en realidad fueron los dos ya dichos. Las pruebas de cuya apreciación se queja son la inspección ocular de 6 de noviembre de 1941 y la confesión hecha allí por quien en esa diligencia representaba a la Compañía, así como las relaciones de pagos semanales que obran en autos. El error consiste, según el recurrente, en que con estos elementos se acredita que a Salas se le pagaban un jornal y horas extras, semanalmente, no obstante lo cual se le desconoció su calidad de empleado y se le tuvo por empresario de transporte.

Llama la atención hacia el hecho de que la movilización de sus obreros era para la Compañía, dentro de sus planes, algo secundario, siendo así que el objeto de esa empresa eran las obras de canalización de las Bocas de Ceniza y de construcción de un puerto marítimo en Barranquilla, y en manera alguna erigirse en empresario de transporte de obreros; y que para Salas, de su lado, el móvil determinante de la segunda época de su contrato fue el de formar parte del tren de empleados de la Compañía. Advierte, como confirmación de que él carecía de iniciativa y obedecía las instrucciones de la Compañía, que "Salas no escogía la ruta, la hora, la clase de carga ni el número de pasajeros", y concluye dando por demostrado que éste, "por la manera como se le remuneraba y por la naturaleza de la actividad que dentro de la organización de la empresa le correspondía realizar, estaba sometido a la sociedad demandada desde el doble punto de vista jurídico y económico"; de suerte que lo existente entre ellos dos es "un contrato de trabajo, puesto que aparece entre el patrón y el obrero una relación de dirección, de subordinación, los vincula un lazo de dependencia."

Se considera:

Dando por sentado que, como ahora dice el recurrente, la demanda presente dos contratos distintos y sólo plantee el de transporte para el mes de mayo y señale el de trabajo para los meses restantes a que el pleito se refiere, y dando por sentado que en la apreciación de pruebas se incurriera en el error de no reconocer que la remuneración se pagaba semanalmente a razón de un peso diario con la adición antedicha por horas extraordinarias, y colocando el razonamiento sobre la base de estos hechos tales como el recurrente los afirma, no llega la Corte tampoco a la conclusión de que Salas se trocase en empleado de la Compañía, dejando de ser transportador. Y con esto queda dicho que no acepta ninguno de los cargos de violación de leyes sustantivas formulados por el recurrente.

En efecto: las relaciones contractuales entre los actuales litigantes duraron del 5 de mayo al 31 de octubre de 1939, y en todo ese lapso fueron unas mismas las circunstancias que determinan la naturaleza del contrato y que le fijan su esencia. La finalidad fue la conducción de los obreros en los dos camiones de propiedad de Salas, la misma siguió siendo la ruta de junio en adelante que había sido en mayo; desde el principio, según lo declara el libelo de demanda y lo comprueba lo pertinente del proceso, el pago se hizo semanalmente y a razón de $ 12 por día, puesto que tanto da decir doce como decir dos veces seis, lo que se advierte porque las relaciones semanales indican aquella cifra y el relato del demandante habla de $ 6 por cada uno de sus dos camiones.

No sobra tener presente que no se acreditó ni alegó nada que indique que la empresa asumía la propiedad o los riesgos o el sostenimiento de esos camiones, los que eran y siguieron siendo a lo largo de aquel lapso, de propiedad de Salas, sin lugar a que la Compañía atendiese a su provisión de combustible, por ejemplo, o a sus repuestos y reparaciones, o al modo de administrarlos y usarlos, en sí.

El único cambio pactado fue el de que, en vez de acudir Salas a camiones adicionales extraños pagaderos a $ 8 diarios, en su caso, se estipuló un aumento por horas extraordinarias cuando las ordinarias no alcanzasen para que en sus

solos dos camiones quedase completa la conducción diaria de los obreros. De paso se anota que los mismos comprobantes que acreditan la estipulación de este aumento acreditan también que él fue de los quince centavos afirmados por la Compañía y que ella los pagó.

Bien se ve que esa simple alteración en el precio, como estipulación accidental que es, no puede producir la transformación, sostenida por el demandante, de un contrato no alterado en nada de lo que mira a su esencia y a su naturaleza.

Como bien observa el recurrente, la finalidad cardinal y última de la Compañía eran las obras del Terminal y del Puerto antedichos, y no podría entenderse que asumiera la calidad de empresaria de transporte al contratar el de sus obreros, lo que vale como decir que el tener ella aquella finalidad última no puede considerarse como escollo para que contratara ese transporte. Por el contrario, esa finalidad le imponía los contratos necesarios como medio para lograrla, entre los cuales es de suponerse figurarían el de importación de maquinaria, compra de materiales, etc., sin que pudiera atribuírse por la sola compra la calidad de empleados de la Compañía a los respectivos vendedores. Entre esos contratos necesarios como medio para llegar al dicho fin figura el de transporte de que aquí se trata.

Contraída por Salas la obligación de conducir entre la ciudad y el Terminal en los camiones suyos a los obreros de la Compañía, es claro que quedó bajo la dependencia de ese pacto, lo que es muy distinto de haberse sometido a la dependencia de la Compañía en la forma que corresponde para decirse empleado u obrero de ella. A este respecto debe añadirse, por otra parte, que no sólo tuvo esta modalidad el contrato celebrado, lo que bastaría al estudiarlo en sí mismo, sino que tampoco hubo sobre ella cambio alguno al pasar del mes de mayo a los meses restantes, y que el recurrente mismo le reconoce al contrato la calidad de transporte en lo que le señala como primera época, o sea el mes de mayo.

No existiendo respecto de Salas las circunstancias requeridas por la citada Ley 10 en su artículo 12 para reputarlo empleado y a la Compañía su patrón, no cabe la prosperidad de pretensiones que requieren estas calidades *sine quibus non*, tal como la acción incoada se traza y fundamenta en el libelo. Por otra parte, todas las circunstancias referidas colocan el contrato dentro de la definición que da el artículo 2070 del Código Civil, según el cual "el arrendamiento de transporte es 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". Y por su lado en el artículo 271 del Código de Comercio se lee: "Son empresarios particulares los que, ejerciendo la industria de conductor, no han ofrecido al público sus servicios, y se encargan libremente de la conducción de personas o mercaderías a precios convenidos".

El Tribunal, en fuerza de lo dicho, aplicó debidamente estas disposiciones al caso del pleito y en la misma forma se condujo al dejar de aplicar la Ley 10 y disposiciones concordantes con ella. Las modificaciones que ésta introdujo a lo que el Código Civil dispone sobre arrendamiento, versan sobre el de los servicios inmateriales en la forma delimitada por el artículo 12 de aquélla, tántas veces citado, y entre los detalles antedichos resalta, para reconocer que no es el caso de esa Ley, el hecho de que Salas hacía aquel servicio en sus carros propios, papel muy distinto del que le habría correspondido si la Compañía lo hubiese llamado simplemente como chofer, simplemente pagándole su salario en esta calidad.

Al final del alegato el recurrente, a manera de petición subsidiaria e indicando que al menos debe casarse parcialmente la sentencia recurrida, dice que cualquiera que sea la calidad y nombre del contrato y, por ende, aún dentro del concepto de que es de transporte, la cesación intempestiva y unilateral determinó por sí perjuicios a cargo de la Compañía, por lo cual la súplica respectiva de la demanda ha debido acogerse y, negándola, el Tribunal quebrantó las pertinentes disposiciones legales.

Al respecto se observa: sea tan sólo en virtud de las disposiciones generales, sea por las especiales de cada contrato confirmatorias de aquélla, la falta del cumplimiento puntual de las obligaciones de una de las partes contratantes determina en principio acción de perjuicios en la otra parte contratante; pero esto no significa que precisamente haya habido perjuicios; de suerte que quien ejercita esa acción tiene que demostrar haberlos sufrido, suministrando así la materia indispensable para un decreto de indemnización.

De ahí, por ejemplo, que en el caso especial del artículo 1617, del Código Civil, sobre indemnización de perjuicios en obligaciones de pagar una suma de dinero, el acreedor no tenga necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses, por bastar el hecho del retardo.

A contrario sensu predica esta disposición que sí hay esa necesidad en los demás casos. Cabe advertir que lo que entonces sucede es que, reputando el legislador que el dinero ha de dar esos frutos, encuentra en el retardo el lucro cesante y, por lo mismo, establece la presunción del perjuicio, la que hace inoficioso exigir más pruebas. No es, pues, que se abstenga de exigirlas.

Tampoco infirma el antedicho concepto la disposición del artículo 1599 de ese Código, en cuanto no vale al deudor alegar que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor, porque aunque en lo general se tiene la pena como una apreciación antelada del perjuicio convenida por las partes, la cláusula penal no pierde su calidad de garantía de la obligación principal a que accede, ni la de sanción, ni menos la de acuerdo de voluntades que ha de regir con la fuerza consiguiente (artículo 1602 *ibídem),* sin más salvedad que las cortapisas que en sus casos establece como limitaciones equitativas el artículo 1601 de esa obra.

Si, por lo visto, ha de demostrarse el perjuicio sufrido para que, dando causa, materia y base a la indemnización, pueda prosperar la demanda para indemnizarlos, es claro que cuando esa prueba falta, la solicitud no se puede acoger por el sentenciador. Tal es el caso presente.

Estas consideraciones se formulan a mayor abundamiento, pues habría bastado para la negativa en referencia tener en cuenta que el eje y razón de todas las súplicas de la demanda es la referida calidad de empleado invocada por el demandante e inadmisible en ley.

El estudio que la Sala ha hecho del recurso implica que lo ha hallado procedente en sí. Esto obedece al giro que se dio a la controversia, según el cual se ha contendido sobre la clase de contrato, se halló en los fallos de instancia que él fue de transporte y sobre este pie, en esa situación judicial, dentro de los conceptos pertinentes se ha contendido también en casación, todo lo cual concurre a dar cabida y procedencia a este recurso.

La Sala hace esta advertencia, porque encuentra que en rigor la tramitación que debió darse a la demanda no fue la de un juicio ordinario, siendo así que se presentaba como problema de contrato de trabajo y que esto, a haberse seguido la actuación que correspondía, habría tomado una senda en la cual este recurso no procede, como se ha decidido y demostrado en repetidos fallos de esa Superioridad, entre ellos el de 17 de agosto último, no publicado aún en la *Gaceta Judicial,* y el de 31 de mayo de 1940 *(Gaceta Judicial,* tomo XLIX, páginas 504 a 510). También es de citarse el de 24 de junio de 1938, y el de 23 de septiembre de 1937 *(Gaceta Judicial,* tomo XLV, páginas 746 y 747).

A haberse ventilado en calidad de contrato de trabajo y, a pesar de considerársele así, se hubiera seguido el juicio ordinario, la Sala se habría abstenido de conocer del recurso por improcedente en demandas de esta clase, por más que indebidamente se le diese tal tramitación; pero la circunstancia de habérsele considerado *ab initio* como contrato de transporte y de habérsele tratado sobre este pie en las instancias, al punto de que la discusión cardinalmente versó en ellas y se condensa hoy aquí en cuál fue el contrato celebrado, es la que, estableciendo completa diferencia entre el presente caso y el decidido en las sentencias citadas de 17 de agosto de 1943 y de 31 de mayo de 1940, ha dado lugar al estudio del recurso que aquí se decide.

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 Barranquilla el siete de diciembre 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 Hinestrosa Daza, Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

Acción principal de reivindicación.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte, a ésta no le es dado variar la apreciación que de la prueba indiciaria ha hecho el Tribunal, sino cuando esa apreciación pugna con la evidencia acreditada en otra forma en el proceso.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Para la mejor comprensión de este negocio, conviene resumir algunos de los antecedentes en que se apoyó el demandante.

El 3 de mayo de 1938 José María Vásquez y Toro vendió a Carlos Ortiz y Judith Gaviria de Ortiz, cónyuges entre sí, las existencias del establecimiento denominado *Café Palacé*, situado en Medellín, por la cantidad de $ 1.210, pagadera el 3 de mayo de 1939.

Por escritura número 2942, del 2 de diciembre de 1938, de la Notaría Segunda de Medellín, Judith Gaviria de Ortiz vendió a Aura Vélez de Calle una casa situada en Medellín, por la cantidad de $ 7.850, pagadera así: $ 4.850, de contado; $ 1.500, valor de un crédito hipotecario que gravaba la casa que se hizo cargo de pagar la compradora, y $ 1.500 para pagar en dos contados de a $ 750 cada uno, con los plazos estipulados en dicha escritura.

Algunos días después, el 14 de diciembre de 1938, por escritura número 3043, otorgada en la indicada Notaría Segunda de Medellín, Lía Ortiz Gaviria, hija legítima de Carlos Ortiz y Judith Gaviria de Ortiz, compró al doctor Roberto Quintero otra casa situada también en Medellín, por $ 6.750, que la compradora pagó así: $ 4.000, de contado; $ 1.500, valor del crédito hipotecario a cargo de Aura Vélez de Calle y a favor de Judith Gaviria de Ortiz, de que antes se habló, crédito que fue traspasado al vendedor Quintero, y $ 1.250 con seis meses de plazo.

Considerando el acreedor Vásquez y Toro que Judith Gaviria de Ortiz había dado en préstamo a Lía Ortiz Gaviria los $ 4.000 que ésta pagó de contado al doctor Roberto Quintero, y los $ 1.500 del crédito hipotecario a cargo de Aura Vélez de Calle, que Judith Gaviria traspasó a Lía Ortiz y ésta a Quintero, también en pago de la casa comprada por Lía, adelantó en el Juzgado 2º del Circuito de Medellín un juicio ejecutivo contra aquélla, en el cual embargó y remató, por $ 385, como de propiedad de Judith Gaviria de Ortiz y a cargo de Lía Ortiz Gaviria, un crédito por $ 4.000 y otro por $ 1.500.

Con base en la respectiva diligencia de remate y en los hechos que se han dejado relatados, José María Vásquez y Toro presentó, el 15 de mayo de 1940, demanda ordinaria contra Lía Ortiz Gaviria, que fue repartida al Juzgado 4º Civil del Circuito de Medellín, en la cual pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

Que el demandante es dueño de una casa de adobes y tejas, con el terreno en que está construída, instalación de agua y luz, demás mejoras y anexidades, situada en Medellín, en la Carrera Ecuador, entre las Calles Cedeño y Jorge Robledo, alindada como en la demanda se expresa (la misma casa comprada por Lía Ortiz Gaviria a Roberto Quintero); y que la demandada, como actual poseedora de ese inmueble, está en la obligación de restituirlo al demandante, con todos sus frutos, naturales y civiles, etc.

Subsidiariamente solicitó que se declarara:

a) Que en el referido inmueble está representada la cantidad de $ 5.500 que Judith Gaviria de Ortiz aportó para completar el precio en que el doctor Roberto Quintero vendió el citado inmueble a la demandada, como consta en la escritura número 3043 atrás mencionada.

b) Que en razón del remate verificado ante el Juez 2º Civil del Circuito de Medellín el 15 de diciembre de 1939, la demandada Lía Ortiz Gaviria adeuda al demandante Vásquez y Toro la cantidad de $ 5.500 que debe pagarle, con sus intereses legales, dentro de seis días de ejecutoriada la sentencia.

Pidió, además, que se condene a la demandada en las costas del juicio.

Como causas de la demanda indicó el actor la circunstancia de haber contribuído Judith Gaviria de Ortiz con la cantidad de $ 5.500 para completar el precio de la casa comprada por Lía Ortiz Gaviria a Roberto Quintero; el haber dispuesto los cónyuges Ortiz-Gaviria de las existencias del *Café Palacé*, vendiéndolas a menos precio, con el propósito de no pagarle su crédito;

el haber enajenado la casa que poseían, con el mismo fin; el haber comprado con su valor otra casa su hija Lía, y la intención clara, manifiesta y evidente de perjudicarlo en sus intereses, con tales procedimientos.

En derecho apoyó la acción en los artículos 669, 751, 946, 947, 962, 2302, 2341, 2343, 2344 y 2488 del Código Civil.

Admitida la demanda y corrido el traslado correspondiente, la demandada propuso alguna excepción dilatoria, que fue declarada no probada, y luégo la contestó negando la mayor parte de los hechos, especialmente los referentes a que ella era deudora del demandante y de Judith Gaviria de Ortiz, y oponiéndose a la acción intentada.

Una vez terminada la actuación relativa a la primera instancia, el Juez *a quo* decidió el asunto el diez y nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta, así:

"No se hacen las declaraciones invocadas en la demanda. En consecuencia, se absuelve a la señorita Lía Ortiz Gaviria de los cargos formulados en libelo del quince de mayo de mil novecientos cuarenta.

Se condena en costas al actor".

Consideró el fallador de primer grado que no podía prosperar la acción reivindicatoria iniciada, porque el actor no demostró, en forma alguna, el derecho de dominio reclamado, e interpretando las peticiones subsidiarias de la demanda, encontró que la acción que aquél se propuso seguir fue la *pauliana*, que tampoco resultaba eficaz.

En los párrafos que a continuación se transcriben sintetiza el Juzgado los fundamentos de su fallo:

"Si se estudian cuidadosamente los términos en que está concebida la acción, se concluye fácilmente que estuvo en el ánimo del actor ejercitar la acción pauliana. Dicha acción es sustancialmente distinta a la acción de simulación, porque el fenómeno jurídico que da lugar a la primera es una enajenación verdadera, real y efectiva, que hace el deudor para defraudar a sus acreedores. En cuanto a la segunda, la venta que se hace es ficticia, y existe un convenio privado y oculto con un tercero, que obra en calidad de testaferro, depositario o simple hombre de confianza".

"Los efectos de la acción pauliana son idénticos a los de la nulidad. Si dicha acción se funda en el fraude cometido por el deudor; si tiene por objeto reparar los daños causados, y si tiende a dejar sin efecto un contrato o un acto jurídico, es una acción eminentemente personal, porque sólo puede reclamarse de las personas que por un hecho suyo han contraído las obligaciones correlativas".

"Obsérvese que al tenor del contrato de 3 de mayo de 1938 quienes se hallan obligados son los señores Carlos Ortiz y su esposa Judith Gaviria de Ortiz. Es decir, que la acción ha debido intentarse contra los deudores, por ser, como atrás se vio, esencialmente personal".

"Las peticiones de la demanda son incongruentes e inadecuadas, ya que debió pedirse la revocatoria del contrato y probarse, no sólo la mala fe del deudor, sino también la del tercero adquirente, al tenor del artículo 2491 del Código Civil".

De este fallo apeló el demandante, y subido el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y agotada allí la tramitación correspondiente al segundo grado, dicha entidad lo confirmó por sentencia fechada el veinte de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, y condenó en costas al apelante.

Se indica a continuación los fundamentos de la decisión del Tribunal.

En lo tocante a la acción reivindicatoria incoada, dice la sentencia que ni siquiera tiene apoyo en los hechos de la demanda y que el actor no ha alegado su carácter de dueño, y agrega:

"En esta instancia se encargó el apoderado del actor de hacer notar que la acción de dominio sólo tuvo por objeto obtener el registro de la demanda y sacar el inmueble del comercio para que el juicio no fuera ilusorio. La Sala reprueba este procedimiento, porque no está conforme con la seriedad que debe guiar los recursos que da la ley procedimental para hacer valer los derechos en juicio".

Dice luégo que en las peticiones subsidiarias es donde se revela la verdadera intención del actor, pero con tan mala suerte que de las condiciones que se requieren para la prosperidad de la acción, derecho, interés y calidad, ninguna aparece acreditada en autos.

La sentencia estudia las pruebas aducidas por el actor para demostrar que una cuota considerable del precio de la casa comprada por la demandada al doctor Roberto Quintero, o sea la cantidad de $ 5.500, fue suministrada por Judith Gaviria de Ortiz, de donde pudiera deducirse que aquélla es deudora de ésta por dicha cantidad, y concluye que esa suposición no tiene fundamento en los autos, por lo cual termina así:

"De lo anterior se deduce que falta la primera de las condiciones enunciadas para que prospere la acción, o sea el derecho por parte del demandante, que deba ser protegido, y no existiendo éste es innecesario estudiar si hay interés, o si el demandante tiene calidad de parte, los cuales en cierta forma están subordinados al primero".

Por último, dice la sentencia:

"Pero si el demandante lo que ha pretendido es establecer que hubo colusión entre la señora

Gaviria de O. y la demandada, para eludir el pago de la obligación que aquélla contrajo con él, como fácilmente se deduce tanto de los hechos de la demanda como de sus alegaciones en las instancias del juicio, fue fiel la interpretación que el fallo recurrido hizo de la demanda, en el sentido de que la acción deducida fue la pauliana, y entonces la acción debió intentarse contra las personas que fueron parte en el contrato o actos que se pretenden simulados, lo que no se hizo".

El recurso.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado del demandante, quien, en una muy extensa demanda, ajena a la técnica del recurso, la acusa, con apoyo en la primera de las causales que señala el artículo 520 del Código Judicial por ser, en su opinión, violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea, y por haber incurrido en errores de derecho y de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos.

El recurrente formula tres cargos, que en el fondo equivalen a uno solo, de violación de ley sustantiva, y señala como violados los siguientes preceptos legales: artículos 741, 1492, 1602, 1625, 1634, 1636, 1638, 1678, 1757, 1769, 2177, 2341, 2344, 2356 y 2488 del Código Civil; 19 y 421 del Código Penal, 606 y 697 del Código Judicial, y 4, 5, 8 y 13 de la Ley 153 de 1887.

Para demostrar los errores de hecho y de derecho alegados, enumera varias pruebas que en su concepto no tuvo en cuenta el Tribunal y con las cuales cree que se hallan plenamente demostrados los hechos fundamentales de la demanda.

Para poner de manifiesto cómo aprecia el recurrente el problema en estudio, se transcriben algunos de los párrafos más salientes y concretos de la demanda de casación.

"En el caso de autos se celebraron contratos que causaron perjuicio injusto a un tercero, como es el señor José María Vásquez y Toro, por personas de una misma familia que se coludieron para sustraer sus bienes al pago de una obligación justa y legítimamente contraída.

"El Tribunal, al dejar de considerar las pruebas que fueron allegadas al expediente, no tuvo en cuenta esa cuestión moral que domina hoy nuestro derecho.

"El artículo 2341 del Código Civil dice que 'el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley impone por la culpa o el delito cometido'.

"Aquí estamos, señores Magistrados, en frente de un acto que cae bajo la sanción, entre otras, de la disposición contenida en el artículo 421 del Código Penal, que dice: 'El que no siendo comerciante, se alzare con sus bienes o los ocultare o cometiere cualquier otro fraude, con el propósito de perjudicar a sus acreedores, incurrirá en arresto de un mes a tres años'.

"La señora Judith Gaviria de Ortiz ocultó sus bienes, poniéndolos en cabeza de su hija, con el propósito de perjudicar a su acreedor el señor Vásquez y Toro, y por consiguiente ha cometido el delito que define y sanciona la disposición transcrita del Código Penal.

"La obligación consagrada en el artículo 2341 se hace extensible también a la señorita Lía Ortiz Gaviria por mandato del artículo 2344 del Código Civil, que también señaló como violado por el Tribunal, que establece la solidaridad entre los que han cometido un delito o culpa, como en el caso presente, por haber tomado parte en la ejecución del hecho, al tenor del artículo 19 del Código Penal.

"También violó el mismo Tribunal, por no haberlo aplicado al caso de autos, el artículo 2356, cuyo primer inciso dice: 'Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta'. Huelga todo comentario a esta disposición, puesto que ha habido tánta malicia para sustraer, en la forma como fue hecha, los bienes de la señora Gaviria de Ortiz, que no se necesita un gran esfuerzo para llegar a la conclusión de que si el Tribunal hubiera tenido en cuenta esta disposición la sentencia habría sido condenatoria".

Por último, sostiene el recurrente que la iniciada no fue la acción pauliana, y que el Juzgado y el Tribunal pretendieron acomodar la demanda dentro de los moldes de esa acción, sin tener en cuenta que los artículos 4, 5, 8 y 13 de la Ley 153 de 1887 consagran doctrinas avanzadísimas de derecho civil, conforme a las cuales ha debido fallarse el negocio.

Estudio de los cargos.

Difícilmente puede venir al estudio de la Corte un juicio más carente de fundamentos jurídicos y en que se hayan iniciado las acciones más improcedentes y descabelladas que el presente.

En efecto, el demandante inicia una acción reivindicatoria, sin alegar ni demostrar, en forma alguna, su derecho de dominio sobre el inmueble que pretende reivindicar.

A juzgar por los términos del libelo inicial del pleito, los hechos fundamentales de él y las alegaciones posteriores, el actor se propuso, como lo entendieron el Juez y el Tribunal, ejercitar la acción pauliana, pero no lo hizo contra sus primitivos deudores, Carlos Ortiz y Judith Gaviria de Ortiz, quienes, según el demandante, dispusieron de sus bienes para no pagarle su acreencia, ni contra los compradores de esos bienes,

para que se rescindan los contratos respectivos, celebrados de mala fe y en perjuicio del acreedor, sino contra la señorita Lía Ortiz Gaviria, quien ninguna intervención tuvo en la realización de dichos contratos, y no obstante ese propósito, el actor no solicitó la rescisión de ellos, sino, conforme a la primera petición subsidiaria, que se declare que en la casa comprada por Lía Ortiz Gaviria al doctor Roberto Quintero está representada la cantidad de $ 5.500 que Judith Gaviria de Ortiz aportó para completar el precio de ella, hecho éste que tampoco resulta acreditado en autos.

Queda en pie, como base efectiva de la acción incoada, la segunda solicitud subsidiaria, en la cual pide el demandante que por virtud del remate verificado ante el Juez 2º Civil de Medellín el 15 de diciembre de 1939, la demandada Lía Ortiz Gaviria le adeuda a aquél la cantidad de $ 5.500 que debe pagarle, con sus intereses legales, dentro de seis días de ejecutoriada la sentencia.

Según los análisis que el Juez y el Tribunal hicieron de las pruebas aducidas por el actor en las instancias del juicio, no aparece demostrado que Lía Ortiz Gaviria le deba a Judith Gaviria de Ortiz las cantidades de $ 4.000 y $ 1.500 que como créditos a favor de ésta y a cargo de aquélla embargó y remató el actual demandante en el juicio ejecutivo que siguió contra Judith Gaviria de Ortiz. De consiguiente, en tal remate se le adjudicaron a Vásquez y Toro dos créditos supuestos, cuya existencia no se demostró en el aludido juicio ejecutivo, ni se ha comprobado en éste, y es evidente que no habiéndose acreditado que Lía Ortiz adeude las mencionadas cantidades, no puede condenársele a pagarlas a su demandante. Debe advertirse, además, que Lía Ortiz Gaviria no fue parte en el juicio ejecutivo mencionado.

El apoderado del recurrente ataca la sentencia del Tribunal porque la considera violatoria de la ley sustantiva, y cita como quebrantados varios artículos del Código Civil, del Código Penal, del Código Judicial y de la Ley 153 de 1887, todos los cuales quedaron enumerados atrás. Basta leer una a una y detenidamente dichas disposiciones, para concluir que la cita es completamente impertinente, pues ninguna relación tienen ellas con el caso de estudio. Por tanto, no pueden considerarse violadas por el Tribunal.

No obstante que el actor deriva sus derechos de un contrato, celebrado con personas distintas de la demandada, quien nada tuvo qué ver en la realización ni en el incumplimiento de lo pactado, considera violados varios de los artículos que regulan la culpa extracontractual, sin demostrar, de modo alguno, que aquélla haya cometido delito o culpa que la obliguen a indemnizar perjuicios al actor, y sin que se haya ejercitado siquiera la correspondiente acción sobre indemnización de perjuicios por esa clase de culpa.

Sostiene también el apoderado del recurrente que por haber dispuesto los deudores Carlos Ortiz y Judith Gaviria de Ortiz de los bienes que poseían, en perjuicio de su acreedor Vásquez y Toro, incurrieron en las sanciones que establecen los artículos 19 y 421 del Código Penal, los cuales violó el Tribunal por no haberlos aplicado.

A este reparo, completamente improcedente, observa la Corte, de un lado, que no está probado en autos que la demandada Lía Ortiz hubiera tenido participación alguna en los contratos celebrados por los cónyuges Ortiz-Gaviria, y, de otro, que si tales cónyuges se hicieron acreedores a las sanciones que los citados artículos imponen, no es este juicio la vía adecuada para exigirles la responsabilidad penal consiguiente, ni la indemnización de perjuicios a que hubiere lugar.

Por último, el apoderado del recurrente enumera, como antes se dijo, varias pruebas que no tuvo en cuenta el Tribunal, las cuales, en su concepto, sirven para demostrar que Lía Ortiz Gaviria era deudora de Judith Gaviria de Ortiz por la cantidad total de $ 5.500, crédito que hoy pertenece al demandante, por habérsele adjudicado en el remate público ya mencionado.

Tales pruebas son:

Las escrituras 2942 y 2043, en que constan, respectivamente, la venta que los cónyuges Ortiz-Gaviria hicieron de una casa a Aura Vélez, y la compra que Lía Ortiz Gaviria hizo de otra casa a Roberto Quintero. Ninguna prueba, ni siquiera indicial, arrojan esas escrituras para demostrar los derechos del actual demandante.

Los testimonios de Manuel J. Ramírez y Jaime Pérez. Estos señores no deponen sobre hechos reales de que hayan tenido conocimiento personal y directo. Tan sólo expresan conceptos que no pueden tenerse como prueba de las pretensiones del actor.

La diligencia de notificación de un auto ejecutivo a Judith Gaviria de Ortiz, que el apoderado del recurrente tomó por confesión es ésta. Aparece allí que la notificada dijo que no tenía cómo pagar la deuda que se le cobraba, y que no presentaba bienes porque no poseía ningunos. ¿Puede apreciarse esa notificación como prueba de que Lía Ortiz le debía? En manera alguna.

La escritura 831, del 27 de marzo de 1939, de la Notaría Segunda de Medellín, por medio de la cual Roberto Quintero declaró cancelado el crédito por $ 1.500 a cargo de Aura Vélez de Calle, que Judith Gaviria de Ortiz cedió a Lía Ortiz Gaviria y ésta a Quintero. Lo único que

prueba esa escritura, teniendo en cuenta su fecha y la del embargo hecho en el juicio ejecutivo seguido por Vásquez y Toro contra aquélla, es que cuando se embargó ese crédito ya había sido cancelado por Quintero.

Las posiciones absueltas tanto por Judith Gaviria de Ortiz, como por Lía Ortiz Gaviria, en las cuales cree el apoderado del recurrente que existen confesiones y graves contradicciones que sirven para demostrar que ésta sí debía a aquélla los $ 5.500 que con tánto ahínco persigue el demandante.

Estudiadas con cuidado y detenidamente tales posiciones, que en lo pertinente se hallan transcritas en la demanda de casación, no encuentra la Sala, como no encontró el Tribunal, prueba de los hechos alegados por el recurrente. A lo sumo puede haber en las contestaciones dadas por las absolventes pequeñas contradicciones, que ni siquiera constituyen indicios leves y que menos pueden servir para edificar una prueba plena de esos hechos. Además, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de la Corte, a ésta no le es dado variar la apreciación que de la prueba indiciaria ha hecho el Tribunal, sino cuando esa apreciación pugna con la evidencia acreditada en otra forma en el proceso.

Tampoco es posible admitir como prueba de los hechos alegados por el demandante las diligencias de notificación a Lía Ortiz Gaviria de los embargos que Vásquez y Toro hizo en el ejecutivo que siguió contra Judith Gaviria de Ortiz, diligencias en las cuales la notificada se limitó a manifestar que ya estaban cancelados los créditos de que se trataba, lo que no equivale, como equivocadamente lo sostiene el recurrente, a una confesión calificada, de que debía y pagó.

Aunque no era necesario hacer este minucioso análisis de pruebas, dada la improcedencia de las acciones incoadas, como antes se demostró, se ha hecho para abundar en razones y para no dejar sin rebatir todos los argumentos que contiene la demanda de casación.

De lo dicho se concluye que el recurrente no logró demostrar que el Tribunal violara la ley sustantiva, ni incurriera en errores de hecho y de derecho. Por tanto, no prospera el recurso, por no ser admisibles los cargos formulados contra la sentencia que se revisa, la cual no debe infirmarse.

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 proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha veinte de mayo de mil novecientos cuarenta y dos.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

REIVINDICACION

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Manuel y Lorenzo Moreno expusieron los siguientes hechos en que fundan su demanda ordinaria contra Aníbal Delgado:

"Hace más de treinta años, afirman los demandantes, que poseemos un lote de terreno ubicado en el paraje de Pumia y Papayal, jurisdicción del Municipio de Mocatán (antes Arenales y Belén de Umbría) y en el que pusimos mejoras como cafetales, platanales, pastos artificiales, cercas de alambre, casa de habitación, cañaduzales, etc.

"El lote del que se dicen poseedores y donde plantaron las mejoras. lo alinderaron en el libelo de la demanda.

El 14 de julio de 1938, Aníbal Delgado fue posesionado de una parte de ese terreno, que delimitan también los actores. Esa posesión le fue dada a Delgado como conclusión de un juicio de deslinde.

En virtud de lo anterior demandaron a Delgado para que con su citación y audiencia se declare que el lote de terreno mencionado es de los demandantes, quienes tienen al respecto mejor derecho que el demandado y que en tal virtud está obligado a restituírselo con todas sus mejoras.

Subsidiariamente que por haber sido privados de la posesión, está el demandado en la obligación de restituírles esa posesión, debiendo abonarles los frutos percibidos y por último, y también como subsidiaria, que por haber sido violada con la sentencia dictada en el juicio de deslinde la autoridad de la cosa juzgada, ese juicio de deslinde y sus sentencias respectivas están afectados de nulidad absoluta y no pueden surtir efectos legales en perjuicio de los demandantes y en tal virtud se les debe restituir la posesión y el dominio de dicho lote junto con sus frutos desde que se les privó de la posesión hasta el día de la restitución.

El Juez de Circuito de Apía negó las declaraciones impetradas en la demanda y absolvió en consecuencia al demandado de los cargos contenidos en el libelo. (Sentencia de 11 de octubre de 1939).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, la revocó e hizo en su lugar las siguientes declaraciones: 1ª "Los demandantes son dueños a título de colonos del lote de mejoras que reivindican; 2ª El demandado está en la obligación de entregarlo a los demandantes, junto con sus mejoras, tres días después de ejecutoriada la sentencia; 3ª El demandado debe restituír a los demandantes los frutos naturales y civiles, restitución en la que es considerado como poseedor de buena fe." (Sentencia de 18 de junio de 1942).

El demandado por medio de su personero interpuso recurso de casación y hoy pasa a decidirse.

La sentencia del Tribunal se funda en lo siguiente: El demandado presentó la escritura número 466 de 22 de noviembre de 1937 corrida ante el Notario de Mocatán, pero como los demandantes comprobaron una posesión de treinta años, en el terreno sobre que versa la reivindicación, que comprendiendo un lapso mayor el título de ocupación de los demandantes sobre el título inscrito del demandado, la acción instaurada por aquéllos debe prosperar.

Se acusa la sentencia por la causal primera del artículo 520 del Código Judicial y se señalan como violados los artículos 946, 950, 951, 952, 961, 964 del Código Civil que fueron infringidos por aplicación errónea, debido a que el Tribunal incidió en errores de hecho y de derecho en la apreciación de varias pruebas aducidas por el demandado y a que se refiere en el recurso.

La Corte considera:

El título que alegan los demandantes, es la ocupación y aseveran que el lote que reivindican es baldío, que a él entraron y en él plantaron mejoras.

El demandado, que está en posesión del lote, se ampara en títulos inscritos que son los siguientes: la escritura 466 de 22 de noviembre de 1937 de la Notaría de Mocatán y en la que consta la venta hecha por Flora Elisa Vélez de Correa a Aníbal Delgado C., de un lote de terreno dentro del cual está comprendido el que es materia de la reivindicación (fojas 12 a 14 del cuaderno principal).

Del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Apía (fojas 3 vuelta

a 7 vuelta del cuaderno 6º) aparecen las sucesivas y anteriores tradiciones de ese lote en esta forma: por escritura 466, la ya citada, Aníbal Delgado compró el lote a Flora Elisa Vélez; por escritura 145 de 21 de abril de 1935, de la Notaría de Anserma, Flora Elisa Vélez de Correa lo adquirió de Graciliano Quiceno; Quiceno lo hubo, en mayor extensión, por compra hecha a Julio Londoño R., por escritura 91 de la Notaría de Anserma, de 28 de febrero de 1924. Por escritura 195 de la Notaría de Anserma, otorgada el 3 de mayo de 1923, Julio Londoño y Graciliano Quiceno dividieron entre ellos el lote de "Pumia y Papayal"; Londoño y Quiceno adquirieron ese globo, por adjudicación que se les hizo de él en común y proindiviso. La sentencia aprobatoria de esa partición, fue dictada el 16 de noviembre de 1920 por el Juez de Circuito de Santuario y se registró el 22 de febrero de 1921.

El fallo del Tribunal de Pereira párte de la base de que comprendiendo la posesión de los demandantes un lapso mayor que el de los títulos del demandado, debe preferirse a aquéllos. En esto el fallador de segundo grado incurrió en doble error de derecho y error de hecho manifiesto, porque no tuvo en cuenta sino el título a que se refiere la escritura 466 ya citada, prescindiendo de los demás que se han relacionado y también por lo que sigue: Julio Londoño R., antecesor primitivo del lote que hoy posee y del que tiene título inscrito Aníbal Delgado, pidió el deslinde y amojonamiento de su propiedad con el lote ocupado por Manuel y Lorenzo Moreno. La diligencia de apeo se verificó el 16 de agosto de 1926; la parte demandada objetó la línea trazada por el Juez y entonces surgió el correspondiente juicio ordinario, el que fue fallado por el Juez del Circuito de Apía el 13 de marzo de 1928, y en el cual se negaron las pretensiones de los Morenos y se aprobó la línea trazada por el Juez, en la diligencia de apeo. Esa sentencia se declaró ejecutoriada por providencia de 21 de julio de 1928.

Cuando se fue a hacer la entrega, de acuerdo con el deslinde, los Morenos invocaron el derecho de retención, por tener mejoras plantadas en el lote que fue de Londoño. El Juez de Apía les negó ese derecho, por lo cual los Morenos apelaron al Tribunal de Pereira y éste, revocando el proveído del inferior, declaró que los Morenos tenían derecho a retener, de acuerdo con el artículo 739 del Código Civil, el lote en donde tienen sus mejoras, mientras no se les paguen o aseguren prévio correspondiente juicio sumario sobre avalúo de tales mejoras, y por la línea por donde las poseían, antes de verificarse la diligencia de deslinde".

En virtud de lo anterior se hizo en el Juzgado la consignación del dinero valor de las mejoras según la siguiente constancia, en el juicio sumario sobre pago de mejoras: "Hoy once de julio de mil novecientos treinta y ocho, presente en el Juzgado el señor Aníbal Delgado, manifestó que de acuerdo con el presente juicio consigna la suma de ciento cincuenta pesos ($ 150) por cuenta del señor Graciliano Quiceno, para que se lleve a efecto la diligencia de entrega. Presente el señor Manuel S. Moreno, recibió del Juzgado la expresada cantidad de ciento cincuenta pesos ($ 150). Para constancia firma. *José Pérez Mejía, Aníbal Delgado Z., Manuel S. Moreno H.—Santiago de los Ríos,* Secretario".

En virtud de este pago, el 14 de julio de 1938 se hizo la entrega del lote de terreno de acuerdo con el deslinde.

Los documentos antes relacionados y que son de claridad meridiana, corren a los folios 9 a 22 del cuaderno número 6, y tampoco los tuvo en cuenta el fallador de Pereira; hizo caso omiso de ellos y en esto incurrió en error manifiesto de hecho.

De lo anterior se concluye que entregado el lote y pagadas las mejoras, los Morenos perdieron desde el 14 de julio de 1938 la posesión de aquél y obtuvieron el pago de lo que eran dueños o sea de las mejoras únicamente.

Entonces, por este aspecto, y teniendo desde esa fecha la posesión el demandado y amparándose en títulos anteriores al 14 de julio, es obvio que tiene mejor derecho que los demandantes.

Pero no es sólo esto: el lote a que se refiere la reivindicación es el que fue entregado, como consecuencia del juicio de deslinde, y así se ve claramente de la demanda, especialmente de los hechos segundo y tercero. Sobre esa base se inició este juicio, de modo que no puede admitirse la observación, que en casación hace el apoderado de los demandantes, de que se trata de otro lote, porque los mismos actores, al iniciar la demanda partieron de un punto de vista, del extremo enteramente contrario.

Esa es la razón para que hayan pedido la nulidad del juicio de deslinde y de las sentencias.

Entre los demandantes y el demandado interfiere una sentencia, la dictada en el juicio ordinario, con motivo de la oposición al deslinde. Esa sentencia ampara al demandado.

El imperio de esa sentencia rige por cuanto no se ha presentado ninguna razón legal, que lo desvirtúe y si la intención de los demandantes ha sido la de obtener la nulidad del juicio ordinario, en que se convirtió el especial de deslinde, tampoco puede prosperar de acuerdo con el artículo 457 del Código Judicial, porque los actores fueron notificados e intervinieron en ese juicio.

El fallador de Pereira omitió el estudio sobre la situación jurídica de los Morenos después de

la entrega del lote y del pago de las mejoras como omitió el estudio y consideración de las pruebas presentadas por la parte demandada y que ya se relacionaron y tales omisiones lo llevaron a aplicar indebidamente las normas sustantivas a que se refiere el recurrente y a deducir, por ende, y a configurar una acción reivindicatoria a favor de los Morenos, en un lote de terreno, que ellos mismos consideran que es baldío, sobre el cual no presentaron títulos sino que pretendieron ampararse en una posesión, que les fue quitada, como consecuencia de un juicio desde 1938, posesión que entonces adquirió el demandado, quien está amparado por ella y por los títulos en que respalda su derecho de dominio.

Se llega, pues, a la misma conclusión del señor Juez de primera instancia, pero no por las razones que éste aduce en su fallo, en el cual tampoco se estudió el problema en toda su integridad.

Lo anterior quiere decir que la sentencia del Tribunal de Pereira debe romperse.

En virtud de lo expuesto, comprensivo de los motivos de casación y de la resolución de reemplazo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia recurrida y en su lugar *confirma* la del Juez de primera instancia, el de Circuito de Apía, pronunciada el once de octubre de mil novecientos treinta y nueve.

Sin costas ni en el juicio ni en el recurso.

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

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

RECURSO DE CASACION

En presencia de una demanda carente de las condiciones esenciales de técnica no puede entenderse que se ha formulado ni fundado el recurso. No basta, según doctrina constante de la Corte, alegar que el Tribunal apreció mal las pruebas sin especificar cuáles, pues como el recurso de casación no es una tercera instancia, no puede la Sala renovar el estudio de todo el proceso para resolver sobre su mérito probatorio en general. Es necesario que el recurrente precise las pruebas en cuya estimación juzgue que el sentenciador incurrió en error de derecho, o en error de hecho evidente.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Como hechos fundamentales de esta acción de filiación natural se han aducido los siguientes:

Arturo Bernal Granados mantuvo relaciones sexuales estables, aunque no con cohabitación, con Sabina Forero, en la vereda de Pascancho, de la jurisdicción de Zipaquirá, desde mediados de 1895 hasta fines de 1898 y de estas relaciones extramatrimoniales nació Alicia Bernal Forero en diciembre de 1896, quien ha tenido la posesión notoria de hija natural de su padre desde su nacimiento hasta 1915, por haber éste atendido a su subsistencia, educación y presentándola con tal calidad a sus familiares y amigos.

El mismo Arturo Bernal Granados mantuvo relaciones sexuales estables con Casilda Delgado o Galeano desde principios de 1903 hasta el año de 1918, con comunidad de habitación, en el Municipio de Zipaquirá, cosa que fue del dominio público. De estas relaciones nacieron cuatro hijos: Rafael, Daniel, Francisco y María de Jesús, cuyas fechas de nacimiento y lugar de bautizo se señalan, y quienes tienen la posesión notoria del estado civil de hijos naturales de Arturo Bernal Granados por haber cumplido éste, respecto de ellos, los mismos hechos ya mencionados con relación a Alicia Bernal Forero.

Arturo Bernal Granados murió en Nemocón el 23 de octubre de 1937, sin dejar ascendientes, ni descendientes legítimos, ni cónyuge. Conforme a su testamento, contenido en la escritura pública número 2574 de 26 de diciembre de 1923, Notaría 2ª de Bogotá, corresponden sus bienes a Luis Bernal Granados, hermano legítimo del muerto a quien instituyó como su único y universal heredero.

Con apoyo en estos hechos y en las disposiciones de la Ley 45 de 1936, los precitados Alicia Bernal Forero y Rafael, Daniel, Francisco y María de Jesús Bernal Delgado o Galeano, por medio de apoderado y ante el Juzgado del Circuito de Zipaquirá, demandaron en juicio ordinario a Luis Bernal Granados para que en la sentencia definitiva se declare que los demandantes tienen la calidad legal de hijos naturales de Arturo Bernal Granados, muerto el 23 de octubre de 1937; que por haber fallecido su padre natural sin descendientes ni ascendientes legítimos ni cónyuge lo suceden ellos como sus herederos en su calidad de legitimarios; que, en consecuencia, el testamento de Arturo Bernal Granados debe reformarse en el sentido de dejar sin valor ni efecto la institución de heredero universal a favor de Luis Bernal Granados para que se reparta la herencia entre los hijos naturales; que a los actores les corresponde el derecho para que se les adjudique la herencia de su padre natural y se ordene restituirles los bienes hereditarios con todos sus frutos, mejoras y aumentos; que el demandado, como albacea, está en la obligación de terminar en el ejercicio del cargo con obligación de rendir cuenta de su administración a los herederos, y, finalmente, que se le condene al pago de las costas procesales.

Trabada así la instancia y llevado hasta su final el trámite del grado, el Juzgado del Circuito, en sentencia que lleva fecha 11 de abril de 1939, absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda fundado en la razón esencial de que en esta especie de acciones de estado civil el único y exclusivo contradictor legítimo es el padre personalmente, o sus herederos cuando éste falleciere antes de proferirse la sentencia definitiva, de donde dedujo, habiendo fallecido en este caso el pretenso padre natural, improcedencia de la acción intentada.

Recurrió en apelación contra este fallo la parte demandante, por lo cual subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, donde se produjo, después de agotado el procedimiento de la segunda instancia, la sentencia definitiva del 23 de septiembre de 1942, en que se confirmó, con un voto disidente sobre puntos de la parte motiva, la sentencia del Juzgado del Circuito.

A pesar de coincidir en la fórmula decisoria del pleito, la fundamentación de los dos fallos de instancia es sustancialmente diferente. Consideró el Tribunal, como evidentemente es, que la acción esencial y predominantemente ejercitada en este juicio, al lado de la de petición de herencia y de la de reforma del testamento que son consecuenciales, es la acción de estado civil encaminada a obtener la declaratoria judicial de filiación natural paterna en favor de los cinco demandantes. El Tribunal rectifica la tesis fundamental de la sentencia del Juzgado en punto a improcedencia de la acción después de muerto el presunto padre, y propugna la solución opuesta, contra la doctrina reiteradamente sostenida aunque no unánimemente, por esta Sala de Casación en numerosos fallos. Sin embargo, esta cuestión doctrinal sobre interpretación de la Ley 45 no es el fundamento del fallo sometido a estudio en este recurso, porque la verdadera razón fundamental de la absolución del Tribunal se hace consistir en falta de prueba, ya de las pretendidas relaciones sexuales estables entre Arturo Bernal Granados y Sabina Forero y después con Casilda Delgado o Galeano, como respecto de la posesión notoria del estado civil de hijos naturales de los cinco demandantes. En capítulo intitulado "Pruebas de la filiación natural traídas al juicio" se hace en la sentencia un minucioso análisis en que están enumeradas y pormenorizadas todas las pruebas testificales aducidas en las dos instancias en demostración de los hechos fundamentales de la demanda, declaraciones de mera referencia en su mayor parte.

La insuficiencia de la prueba aducida por los demandantes, testimonial en su totalidad, es el único soporte y fundamento, como ya se dijo, de la sentencia definitiva de segunda instancia, contra la cual oportunamente recurrieron en casación personalmente los cinco que integran la parte actora.

Admitido el recurso que hoy decide la Sala por estar legalmente preparado, sólo Alicia Bernal Forero usó del término del traslado para fundarlo. Los demandantes Bernal Delgado o Galeano no se hicieron presentes en ninguna forma ante la Corte. La única recurrente, pues, cuyo interés circunscribe los límites y temas del recurso, ha presentado un memorial suscrito personalmente por ella, contenido en una breve hoja, en el que trata de formular su acusación contra la sentencia del Tribunal por violación de los artículos 4º, en sus numerales 4º y 5º, y 6º de la Ley 45 de 1936 "proveniente en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas".

No se conforma este libelo a los ineludibles requisitos formales y sustanciales que exige la ley orgánica del recurso de casación para poder utilizarlo como base de consideración y estudio, porque imputándose quebranto de ley sustantiva como consecuencia de errónea estimación probatoria, no se cita ni determina ni una sola de las probanzas que se consideran mal apreciadas, ni se hace la demostración del error de que se acusa la sentencia, como terminantemente lo impone la ley. En presencia de una demanda carente de las condiciones esenciales de técnica no puede entenderse que se ha formulado ni fundado el recurso. No basta, según doctrina constante de la Corte, alegar que el Tribunal apreció mal las pruebas sin especificar cuáles, pues como el recurso de casación no es una tercera instancia, no puede la Sala renovar el estudio de todo el proceso para resolver sobre su mérito probatorio en general. Es necesario que el recurrente precise las pruebas en cuya estimación juzgue que el sentenciador incurrió en error de derecho, o en error de hecho evidente. "Cuando la pretendida violación de la ley sustantiva se hace provenir de apreciación errónea o de falta de apreciación de pruebas, no basta afirmarlo simplemente como en este caso sucedió, para que la Sala avoque el análisis de las cuestiones de hecho del juicio con una nueva apreciación de las pruebas, porque el recurso de casación no se dirige a la revisión del pleito o controversia debatida en las dos únicas instancias que concede la ley, sino a examinar si dados los hechos tales como los consideró establecidos o demostrados el Tribunal, ha habido en la aplicación del derecho violación de alguna disposición legal sustantiva. Es indispensable para la procedencia de la demanda en estos casos, como lo ordena la técnica del recurso y como lo tiene reiteradamente repetido la jurisprudencia, que el recurrente alegue y demuestre, con la cita y determinación de la prueba correspondiente, que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciarla, esto es, que le atribuyó un mérito distinto del que legalmente le corresponde, o error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos, es decir, que sobre las pruebas o por haber omitido su apreciación, aceptó la verdad de un hecho cuya inexactitud aparece evidentemente del proceso." (*Gaceta Judicial*, tomo XLIX, página 299).

Les resta importancia y trascendencia a estas consideraciones fundadas en la ineptitud sustancial de la demanda de casación, que sin embargo son el motivo de esta decisión, la circunstancia de que aunque hubiera sido legalmente adecuada la formulación y demostración del cargo no hubieran podido prosperar tampoco las pretensiones de la actora recurrente, porque al decidir la Corte como Tribunal de instancia habría acogido una vez más su reiterada doctrina de que en la acción de declaratoria judicial de filiación natural paterna el único contradictor legítimo es el padre, como lo ha sostenido invariablemente por voto de mayoría en numerosos fallos, de los cuales el último lleva fecha 24 de mayo del año que cursa *(Gaceta Judicial,* tomo LV, página 301), en el que se citan las sentencias proferidas en el mismo sentido.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 23 de septiembre 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, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Hernán Salamanca.—El Conjuez, *Eduardo Rodríguez Piñeres.*—*Pedro León Rincón,* Secretario en propiedad.

Acción para el pago de una suma de dinero.

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

(Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola).

Antecedentes.

En el año de 1939 el señor Juan de Dios Franco, ciudadano ecuatoriano, comerciaba en la zona del litoral del Pacífico en la compra de tagua, producto que exportaba a la ciudad de Cristóbal de la República de Panamá, con destino a las casas compradoras del artículo y con quienes tenía concertado ese negocio; en desarrollo de estipulaciones convenidas, estas casas, para pagar las remesas que les fueran despachadas, remitían a Franco encomiendas cerradas, valores en pago que este señor recibía directamente en sus oficinas de Tumaco. Así las cosas, Franco avisó a la casa comercial "Escrucería e Hijos" de domicilio en Tumaco y Pasto y agentes de la Naviera "Hapag Llody" de Panamá que hace línea con los puertos de Colombia, que había ordenado a los compradores de tagua le enviaran por los barcos de la Naviera y por su intermedio las remesas a que hubiera lugar; y que a su vez les proponía que recibidas en los puertos de Tumaco, se las situaran en su sucursal de Pasto a su orden, todo mediante el pago de la respectiva comisión. La casa "Escrucería" aceptó el encargo y se comprometió a hacer las transferencias tan pronto llegaran las remesas a Tumaco.

Más tarde estipularon que una vez que los consignantes compradores introdujeran la encomienda en las agencias de la Naviera de Cristóbal y recibiera la casa "Escrucería" de Tumaco el aviso o notificación del caso, ésta situaría en Pasto fondos iguales al valor de la remesa a la orden de Franco, para que pudiera disponer inmediatamente del dinero. En esta forma, "Escrucería" anticipaba a Franco los fondos que se le enviaran de Panamá; bastábale aviso de que la agencia Naviera en Cristóbal había recibido y remesado la encomienda.

Algunos inconvenientes relacionados con la entrega anticipada se presentaron a la casa "Escrucería", y esto la decidió a notificar a Franco en carta de 20 de abril de 1939 entre otras cosas "que en vista de que usted dispone inmediatamente sobre estos abonos, como sucede ahora en este caso, ni el uno por ciento de nuestra comisión de traspaso cubre nuestros gastos en esta operación; pues, mientras que usted disfruta en seguida del valor de la orden, tenemos que situar los fondos correspondientes a Pasto y esperar todavía por lo menos una semana más hasta la llegada del envío de la Hapag Llody de Cristóbal. Por lo tanto, le suplicamos reclamar esos valores en Pasto con intervalo de algunos días después de haber recibido nuestro aviso por radio, a fin de poder seguir estas negociaciones. (Firmado) *Luis Escrucería e Hijos*".

Manifestando su conformidad, Franco contestó inmediatamente a la casa con este mensaje telegráfico: "Pagos pueden demorarlos prudencialmente. Interésame solamente aviso transferencia. (Firmado) *Judefranco*".

Con todo, Escrucería notificó para el mes de julio al señor Franco, "que por inconvenientes para saltar el dinero del buque al puerto, no podía continuar en esas transferencias y que sólo atendería la remesa que se hallare en camino". Y el señor Franco contestó en carta del mismo mes de julio, así:

"Quito, julio 14 de 1939.

"Señores Luis Escrucería & Hijos—Tumaco.

"Muy estimados amigos:

"En mi poder su atenta de julio 5 de la cual me es muy grato referir.

"Lamento verdaderamente lo que me dicen que por presentárseles dificultades para saltar el dinero no podrán continuar en estas transferencias, y que sólo atenderán a alguna remesa en camino. Actualmente solamente hay una remesa que recibirán el aviso de Cristóbal, el martes o miércoles, y por poco más o menos 4.000 pesos.

"Yo insinúo a ustedes ver la forma de continuar estas operaciones, para hacer algo ya que la tagua está muerta, y ustedes deben comprender la ardua labor que he tenido que desarrollar, para organizar este negocio, salvando cuanto inconveniente se presentaba, ahora mismo estamos conformes con que los pagos los haga su casa de Pasto, 8 y 10 días después de que ustedes me den el aviso, etc. Este pago último de 3.770 pesos, ustedes me dieron el aviso el primero y

fue cubierto el 11, ya ven que tienen ustedes tiempo para efectuar los *reembolsos desahogadamente;* así pues yo espero que ustedes reconsideren su resolución, para no perder tánta labor, yo creo que ustedes pueden ordenar que los *paquetes de dinero* les vengan rotulados como enviados, por los Transmares de Buenaventura, etc. En fin si ustedes no tienen una fuerza mayor, espero solucionen esto en la mejor forma, y me pongan un telegrama comunicándome su última resolución para proceder conforme.

"Sin más que saludarlos muy atentamente, se despide su amigo seguro servidor,

"J. de D. Franco"

Efectivamente los agentes de la Naviera en Cristóbal recibieron un último envío, un paquete, como dice el demandante, que por intermedio de la casa Escrucería de Tumaco debía llegar al destinatario Franco. Pero la Prefectura de Control de Cambios, tuvo conocimiento de que la importación de ese dinero se había hecho con violación de las disposiciones vigentes sobre control de cambios internacionales, y esto ocasionó la orden de decomiso de la encomienda, impartida por el Prefecto y la iniciación del sumario en averiguación del fraude denunciado. La casa Escrucería atendiendo la orden de la Prefectura entregó el paquete de dinero a la Administración de la Aduana de Tumaco, y allí se guarda hasta el momento el depósito provisional o en custodia por cuenta de aquel funcionario, en espera de la calificación del sumario en averiguación del hecho denunciado y que se inició contra los que resultaren responsables. Se anota sí, que antes de verificarse el secuestro y decomiso, la casa Escrucería había noticiado a Franco del envío que se le hacía de Panamá, y que, consecuente con el convenio celebrado, la misma casa dio aviso a su sucursal de Pasto para que allí se contabilizara la partida a cuenta corriente del expresado Franco, "para que al término prudencial, mientras la casa de Tumaco hacía los reembolsos desahogadamente, pudiera girar Franco sobre la respectiva cuenta."

Informado este señor de la suerte de la remesa y del curso del sumario, en su principio se abstuvo de iniciar reclamo alguno contra la casa Escrucería; pero el 25 de noviembre de 1939, resolvió girar contra ésta por el valor de la remesa en letra que obra al folio 58 del cuaderno número 1º, con resultado no satisfactorio, porque la casa se negó a aceptar la letra, alegando simplemente que no tenía en su poder fondos del girador para cubrirla. Acto seguido se sucedió el protesto mediante acta notarial en donde el girado dejó esta constancia: "El aviso a que nos hemos referido antes, fue escrito sin que se hubiera recibido el dinero y lo hicimos por el anuncio que nos dio la agencia de vapores 'Hapag Llody' de Cristóbal, de que esa suma venía en camino, como lo habíamos acostumbrado para facilitar al señor Franco anticipadas transacciones comerciales. Y cuando ya íbamos a efectuar la entrega de dicho dinero, recibimos orden escrita del señor Inspector Comercial del Oro de depositar esa misma cantidad de dinero a favor de la Prefectura en la Administración de la Aduana de este puerto, hasta nuevo aviso, como consta del recibo expedido por el Cajero de la mencionada oficina con fecha 2 de agosto de 1939".

El litigio.

Fundado en estos hechos y estimando Franco que la casa intermediaria estaba en la obligación de responderle por el valor de la remesa decomisada, optó por demandarla en juicio ordinario en la persona de su Gerente, para que con su citación y audiencia se hicieran en la sentencia estas declaraciones:

"Primero. Que los nombrados señores, Eduardo Escrucería, Luis S. Escrucería, Santiago Escrucería, Roberto J. Escrucería y Edmundo Escrucería, en su carácter de socios de la Compañía Comercial Colectiva, denominada *Luis Escrucería e Hijos,* domiciliada en la ciudad de Tumaco, están obligados mancomunada y solidariamente a pagar a mi representado, el señor Juan de Dios Franco, de las notas civiles indicadas, al día siguiente de ejecutoriada la sentencia definitiva que recaiga en este juicio, la suma de cuatro mil ciento nueve pesos oro con quince centavos moneda legal colombiana ($ 4.109.15) y el mayor interés comercial que devenga esta suma, desde el 7 de julio del año pasado, y que se estipula como corriente en esta plaza; los gastos del presente juicio y honorarios del abogado, regulados de conformidad a la Ley 62 de 1928, en sus disposiciones pertinentes.

"Segundo. Que los mismos socios de la Sociedad Colectiva Comercial, antes nombrada, en su carácter de miembros solidarios de la dicha Sociedad, están obligados mancomunada y solidariamente a pagar a mi representado, el señor Juan de Dios Franco, el valor de los daños y perjuicios civiles que le han inferido, en su carácter de socios solidarios de esa Sociedad, por no haber cumplido con la obligación de pagar a mi representado, la cantidad de dinero por la que se los demanda, al día siguiente de ejecutoriada la sentencia definitiva, que reclama éste asunto, de acuerdo a la suma que fijen peritos expertos, o a reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia."

Admitida la demanda se dio en traslado al representante legal de la sociedad demandada, quien contestó oponiéndose a que se hicieran las

declaraciones solicitadas y replicando a los hechos sustentantes de la acción, así:

"Llegadas nuestras negociaciones al despacho de la suma de dinero que cobra don Juan de Dios Franco, dinero que le fue remitido de Cristóbal, por el mismo conducto de las remesas anteriores, se le dio aviso de este hecho al señor Franco como a nuestra sucursal de Pasto, para los efectos de las anotaciones respectivas en la cuenta corriente del señor Franco, *que no podrían hacerse efectivas* sino una vez recibida la cantidad de dinero avisada.

"Pero resulta que enterada la Inspección Comercial del Oro del despacho de Cristóbal de ese valor para el señor Juan de Dios Franco en billetes colombianos, sin el aviso de introducción por su destinatario, ordenó inmediatamente la instrucción sumaria de este hecho, en la cual dictó el siguiente auto, que se negó a reponer: ".....c) Solicítase de la casa Luis Escrucería e Hijos de esta ciudad, la consignación inmediata en la Administración de la Aduana Nacional de esta puerto, en calidad de 'depósito en custodia' a favor de la Prefectura de Control y mientras se adelanta la investigación respectiva, de la suma de cuatro mil pesos moneda corriente, que el señor Santiago Escrucería introdujo al país, recibiéndolos del Capitán del vapor 'Cerigo' en su carácter de agente de la Hapag Llody en este puerto, procedentes de Cristóbal Z. del C. por cuenta del señor Juan de Dios Franco y sin el ajustamiento a las disposiciones legales sobre la materia y... (Firmado) *Ernesto Borda Rozo,* Inspector Nacional del Comercio de Oro'.

"Y en acatamiento a semejante orden indeclinable y forzosa, nuestra casa se vio obligada a dejar en depósito el despacho del dinero del señor Franco, en diligencia de 2 de agosto de 1939, que dice:

'*Recibo por $ 4.000.00.* El suscrito Cajero de la Aduana Nacional de este puerto, por el presente certifica haber recibido de los señores Luis Escrucería e Hijos de esta ciudad la suma de $ 4.000.00 (cuatro mil pesos moneda legal) de conformidad con el oficio número 87 de esta fecha del señor Inspector Nacional del Comercio de Oro, valor éste que queda en depósito según recibo número 235 y a la orden de la Prefectura de Control de Bogotá.—Tumaco, 2 de agosto de 1939.—(Firmado) *César Nanzi,* Cajero.'

"Todavía no se ha fallado el informativo, a que me refiero, que conoce en segunda instancia el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la Sección denominada Prefectura de Control, que funciona en la capital de la República; de forma que está aún pendiente, hoy en manos de la justicia del ramo, el despacho de la cantidad de dinero que se le ocurre cobrar a la casa 'Luis Escrucería e Hijos' comercial y judicialmente su dueño".

Sentencia acusada.

Trabada así la litis y recogidas las pruebas que las partes quisieron aducir, le puso fin el señor Juez a la primera instancia con su sentencia de fecha 21 de mayo del año pasado absolutoria del demandado, y que no hizo condenación en costas.

El oportuno recurso de apelación que contra esta sentencia interpuso el apoderado de la parte demandante, llevó el negocio al Tribunal Superior de Pasto donde se decidió el segundo grado del juicio en sentencia del 14 de diciembre del año pasado, en la cual se resolvió:

"Revócase el fallo recurrido y en su lugar se condena a la casa comercial 'Luis Ecrucería e Hijos', representada por sus socios demandados, a pagar al señor Juan de Dios Franco de nacionalidad ecuatoriana, la suma de $ 4.109.15 en monedas colombianas, tres días después de ejecutoriada esta sentencia; más los intereses corrientes de plaza como perjuicios a la rata que fijen los Bancos locales en el día que debió cubrirse la obligación, o sea el 7 de julio de 1939 y contados desde la misma fecha hasta el pago definitivo, liquidación que se hará al ejecutarse esta sentencia. (Artículo 553 del Código Judicial)".

Fundamento del fallo.

Apoya la Sala de Decisión del Tribunal su proveído, en estas apreciaciones que se toman de la parte considerativa:

"El problema debe mirarse desde el punto de vista de la provisión de fondos y de la operación de cambio con base en la letra número 01118 por $ 4.109.15 que no fue pagada. La provisión de fondos para poder disponer de ese dinero en la plaza de Pasto, se halla acreditada ampliamente con los documentos transcritos. En ellos la casa 'Escrucería' se constituyó deudora de esa suma que pusieron a disposición del señor Franco; la cargaron a su debe y al haber de este señor; para su calificación de deudores no es necesario remontarse a los orígenes de la primitiva convención celebrada entre el señor Franco y dicha casa comercial, por la sencilla razón de que cada operación comercial de recibo y traspaso de fondos a Pasto, debe mirársela como independiente una de otra, para poder apreciar sus efectos civiles, cosa distinta es y será para calificar las excusas del pago, la falta de éste, su extinción y demás consecuencias.

"El aviso telegráfico, la carta aquella, constituyen un verdadero título de crédito comercial en favor del señor Franco porque toda presta-

ción determinada que una persona debe cumplir en favor de otra puede ser objeto de una promesa jurídica; esa promesa consumada como acto comercial, puede exteriorizarse en forma oral o escrita; cuando es escrita, el documento que lo informa constituye el título de ese crédito y a la vez la prueba de la obligación adquirida por la persona promitente. La prestación, constitutiva de este título, tiene un valor patrimonial adquirido que debe respetarse en favor del acreedor; y el documento que contiene esa obligación, representa un valor económico invulnerable para el mismo acreedor y susceptible de disposición en la forma más adecuada que le parezca. Ese documento contentivo del crédito tiene un valor en sí y a la vez la prueba eminente del derecho nacido en favor del acreedor....."

"Teniendo como tuvo el señor Franco un título de crédito expedido por la casa comercial demandada, nada más obvio que considerarlo como *titular creditoris* de esta suma de dinero, con derecho consecuencial a poderlo disponer como a bien lo tuviera, como así lo tuvo al librar su letra de cambio referida que no fue cubierta y protestada en forma legal para exigir el pago. Letra de cambio y documentos aquellos titulares, que son suficiente prueba a la vez del deber, de la obligación de pagar y de la prestación de entregar la cantidad liquida de dinero puesta a la disposición del señor Franco por la casa comercial expresada".

Este es el único fundamento del fallo de segundo grado, que la parte demandada vencida en esta instancia acusa en el recurso de casación que oportunamente interpuesto ante el Tribunal y admitido por la Corte, va a decidirse, agotado como se halla el trámite legal correspondiente.

El recurso.

Se invoca para fundamentar el recurso la primera de las causales legales de casación que enumera el artículo 520 del Código Judicial, "por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, interpretación errónea e indebida aplicación; así como por apreciación manifiestamente errónea de las pruebas que obran en el expediente, motivos que llevaron al sentenciador a la violación de varias disposiciones sustantivas".

Divide el recurrente su demanda de casación en cuatro apartes, donde por separado anota numerosas disposiciones de los Códigos Civil, de Comercio y Judicial que considera infringidas por el fallo en razón, —dice en cada caso— de haber apreciado el sentenciador algunas pruebas del proceso con error manifiesto y dejado de estimar otras, motivos o circunstancias que llevaron al Tribunal a considerar que las partes, por razón del convenio de que se ha dado cuenta, estaban ligadas por un contrato de cambio, siendo que en realidad el vínculo que las unía era el proveniente de un simple mandato en la especie de comisión, consistente en la obligación de hacer la casa demandada traslado de los fondos de Franco de la plaza de Tumaco a la de Pasto tan pronto como la Naviera de Panamá le avisara que se había introducido la remesa.

Se señalan en síntesis, como violadas las disposiciones de los artículos 1602, 1622, 1494 del Código Civil; 331, 333, 383, 746, 798, 803 del Código de Comercio; 637, 645, 597, 606, 300 del Código Judicial; 128 de la Ley 46, y muchas otras que no es del caso citar.

Luégo de indicar el recurrente las pruebas que en su concepto fueron mal apreciadas, las que no tuvo en cuenta el Tribunal en la sentencia, y de señalar en cada caso las disposiciones sustantivas que considera infringidas, concluye:

"La simple lectura de estos documentos lleva a la conclusión ineludible que entre el señor Franco y la casa demandada se pactó un contrato de gestión mediante el cual la casa 'Escrucería', como comisionista se encargaba de recibir los paquetes de dinero que desde la ciudad de Cristóbal remitía a Tumaco al señor Franco la casa Hapag Llody; que al recibir el aviso de embarque o despacho de los paquetes de dinero 'Luis Escrucería e Hijos' debían comunicar a Franco y abonarles la respectiva suma en la cuenta corriente que al efecto le llevaban en Pasto para que él girara o dispusiera de esos fondos después de un término prudencial que permitiera a los comisionistas recibir en Tumaco los dineros que la Hapag Llody enviaran y trasladarlos a Pasto....."

"A causa del error manifiesto que cometió el Tribunal al no apreciar los elementos probatorios de que se viene hablando, consideró a las partes ligadas por un contrato de cambio cuando en realidad su vínculo jurídico se desprende de un contrato de mandato o comisión, por lo cual violó las disposiciones que regulan tal contrato y principalmente los artículos 331, 333, 383 del Código de Comercio que son especialmente aplicables a este pleito y que el Tribunal no aplicó, resultando consecuencialmente violado por la misma causa el artículo 746 de la misma obra, que define el contrato de cambio y aplica tal artículo cuando no debía hacerlo por ser ese contrato ajeno a las relaciones jurídicas de las partes en litigio".

Se considera el cargo.

El problema, dado su planteamiento en la demanda, queda reducido a resolver cuál fue la convención que ligó la voluntad de las partes de este litigio, cuáles las obligaciones que tomó la casa "Escrucería", cuáles las que correspondía

cumplir al demandante, qué riesgos debían cargarse a cuenta de la misma casa, y hasta qué punto comprometió ésta su responsabilidad en relación con el dinero, que recibido en Panamá, debía pasarse a Pasto a órdenes de Franco y que fue el decomisado por la Oficina de Control.

Se explica: Las estipulaciones del convenio no fueron anotadas por escrito; aunque fue una simple convención verbal la celebrada entre las partes, los autos la perfilan claramente mediante las distintas pruebas del proceso, cartas, telegramas, declaraciones, prueba confesional, etc.

La casa "Escrucería" de Tumaco no era propietaria de la empresa Naviera "Hapag Llody" de Panamá, ningún interés comercial directo tenía en ella, era únicamente su agente de aduana en Tumaco como encargada del recibo y despacho de los barcos; los negocios de la Hapag Llody en Panamá no la obligaban personalmente, no comprometían su responsabilidad como persona jurídica independiente; obedecía "Escrucería e Hijos" órdenes de la Naviera en relación con el despacho y recibo de los cargamentos, entrega de encomiendas, como agente o empleado de su dependencia, y nada más. Los compradores de la tagua, en desarrollo de convenios con el demandante Franco, en los que no intervenía ni intervino "Escrucería", debían enviarle sumas de dinero en paquetes, no en giros, por conducto de la Naviera y rotulados a la casa demandada para que de allí los retirara el destinatario cuando lo estimara conveniente. Era la Naviera un simple mensajero del envío con las obligaciones deducibles de esa calidad, seguridad de la encomienda, entrega oportuna, etc.; y la casa "Escrucería" por comisión de la Naviera hacía entrega de las mercancías y encomiendas que llegaran.

Ya se explicó, cómo posteriormente Franco había convenido con los agentes de la Naviera en Tumaco, que tan pronto como la "Hapag Llody" en Panamá avisara la introducción en aquellas oficinas de alguna remesa a su favor, "Escrucería" transmitiría ese aviso a su sucursal de Pasto, para que se contabilizara allí la partida a favor del destinatario, y éste pudiera girar sobre esos fondos al simple aviso del envío de Panamá.

Sin embargo, para la fecha de la remesa de estos autos, julio de 1939, Franco no podía disponer del valor de las remesas tan inmediatamente, cuando la Naviera de Panamá avisara o comunicara el envío, porque "Escrucería" habíale notificado, que para girar sobre sumas en Pasto, debía en adelante esperar a que llegara la encomienda a Tumaco y a que se hicieran los *reembolsos desahogadamente* para poder hacer los traslados convenidos. Y Franco aceptó expresamente esta modificación del anterior convenio en carta consultable a folio 56, en donde dice a "Escrucería": "Ahora mismo estamos conformes con que los pagos los haga su casa de Pasto 8 y 10 días después de que ustedes me den el aviso, etc..... ya ve que tienen ustedes tiempo para efectuar los reembolsos desahogadamente".

La remesa del pleito llegó a Tumaco, la recibió "Escrucería" pero fue decomisada por la Prefectura de Control. Sin embargo, cree Franco que la casa demandada está en la obligación de pagarle el valor de la encomienda, que se repite, tal como llegó a Tumaco fue entregada al funcionario que la reclamaba, en la investigación por haberse hecho su envío o introducción al país mediante fraude a las leyes de Control de Cambios. Y cree que sobre la casa demandada pesa la obligación que demanda, porque —dice— al darme aviso de la consignación en Cristóbal, desde ese mismo instante la casa "Escrucería" tomó sobre sí la obligación no sólo de hacer la oportuna transferencia a Pasto sino de responderle de la efectividad y pago de la encomienda misma pese a los riesgos de todo orden que corriere la remesa confiada a su cuidado.

Nada más inexacto que estas consideraciones. La casa "Escrucería" no tenía sino una sola obligación: transcribir el aviso que le hiciera la casa Hapag Llody, y llegada la remesa y hechos los reembolsos hacer la transferencia a Pasto. En consecuencia, si por algún motivo llegare a extraviarse la encomienda en poder de la Naviera no se hacía su agente en Tumaco, la casa Escrucería, responsable en forma personal de ese hecho, ni menos surgíale la obligación de pagar o hacer la transferencia, sencillamente, porque su responsabilidad, sus obligaciones, nacían sólo al momento de recibir la encomienda, en Tumaco de manos de los portadores Capitanes que siempre eran los de los buques de la Naviera Hapag Llody de Panamá.

Ahora, si como en el caso de autos, el dinero fue decomisado, allá los responsables del fraudulento envío; y eso es precisamene lo que se averigua en el sumario. A la casa "Escrucería" por lo que hace a sus relaciones civiles con el demandante Franco, ninguna responsabilidad puede deducírsele en el presente caso, ya que ésta no fue la entidad que introdujo la remesa en las oficinas de la Hapag Llody en Panamá; si su responsabilidad comenzaba ciertamente al momento de recibir la remesa, si la recibió y sin embargo no la entregó, la explicación es legalmente satisfactoria: está excusada de pagarla o entregarla porque intervino un hecho liberatorio de esa obligación, el mandato de la autoridad, que, por ser irremitible en este caso, vino a exi-

mirla de la obligación de hacer la transferencia o el pago que se demanda en este juicio.

De todo lo anterior se deduce que la casa Escrucería como simple encargada del recibo y entrega posterior de esa remesa, era sólo mandatario de Franco en la clase de comisionista intermediario obligado a cumplir y dar cuenta de su comisión, no otra, que remitir al comitente el dinero tan pronto como llegara a sus manos la encomienda. Ahora, si el dinero llegó y sin embargo no pudo remitirse a Pasto, fue porque medió fuerza mayor irresistible emanada de la orden del Prefecto de Control, hecho liberatorio de la obligación que correspondía cumplir al comisionista intermediario, porque la casa no podía desoír el mandato de la autoridad so pretexto de darle cumplimiento o preferencia a la obligación contraria que lo ligaba con el demandante.

Es, pues, fundado el cargo que se hace a la sentencia del Tribunal, en cuanto dicha entidad interpretó mal el contrato que ligaba a las partes en este litigio, por haber incurrido en errores de hecho y de derecho manifiestos en la apreciación de las pruebas en las cuales fundamentó la parte demandada su defensa. La sentencia debe casarse en consecuencia.

En razón 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, *casa* la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto de fecha catorce de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, y en su lugar *confirma* la de primera instancia de fecha veintiuno de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, proferida por el señor Juez Civil del Circuito de Tumaco.

Sin costas.

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

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

Acción petitoria de pago de una suma de pesos.

Sobra decir que quien recibe un dinero en préstamo es deudor y desde que lo recibe, sin que la fijación de término aplace esa calidad hasta el vencimiento. Está libre de la exigencia de la deuda mientras el plazo no se haya vencido, salvo casos excepcionales. Eso es todo. De ahí que lo pagado antes de vencerse el plazo no esté sujeto a restitución, a diferencia de lo que ocurre con la obligación condicional. (Código Civil, artículos 1542, 1552 y 1553).

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

En el presente juicio ordinario por pesos seguido por el señor James W. Crump contra el señor Raúl H. Méndez en el Juzgado 3º del Circuito de Barranquilla, la sentencia absolutoria de éste, pronunciada el 17 de abril de 1942, fue confirmada por el Tribunal Superior de allí en la de 14 de abril de 1943, de cuya casación, interpuesta por el actor y debidamente tramitada ya, va a decidirse.

Antecedentes.

El señor José Manuel Ariano, manifestando ser acreedor de la sociedad Raúl H. Méndez & Co., por préstamo que dice haberle hecho, de $ 4.000, con intereses, cedió tal crédito al señor Crump por valor recibido, otorgando al efecto, el 10 de octubre de 1940, el documento indicado por el artículo 33 de la Ley 57 de 1887 en su inciso 2º. Con este documento por base, previa la notificación al señor Méndez, formuló el cesionario la demanda inicial de este pleito en la que pide se condene al demandado como liquidador de aquella sociedad y responsable de su pasivo, a pagarle dicho principal en oro americano o su equivalente en moneda legal colombiana con sus intereses al 1½% mensual desde el 1º de enero de 1931 hasta el día del pago y las costas del juicio.

Méndez al contestar el 24 de enero de 1941, se opuso, repitiendo su manifestación de no existir tal crédito hasta cuando la cesión se le notificó, y presentó copia legal registrada de la escritura número 62 otorgada ante el Notario 1º de aquel Circuito el 13 de enero de 1930 en que consta que de la dicha sociedad se retiraron varios socios, de ellos José M. Ariano, declarando en su cláusula 2ª "que no tienen nada qué reclamar por la circunstancia de haber sido socios de ella ni por ningún otro título" (cuaderno 1º, folio 84).

Esta declaración fue la base y razón de ambos fallos de instancia por haberla reputado Juez y Tribunal como confesión de Ariano, anterior a la cesión.

El recurrente acusa de error en la interpretación de esa prueba con quebranto de los artículos 465, 470 y 508 del Código de Comercio y 1625, 1759 y 1765 del Civil. Estos cargos los formula, en suma, así: esa escritura se encaminó y concretó a consignar el retiro de dichos socios con el asentimiento de los restantes y, por lo mismo, la declaración de quedar a paz y salvo versa sólo sobre lo concerniente a las relaciones entre la sociedad y cada uno de aquellos declarantes como socios; de suerte que yerra el Tribunal al extenderla a un préstamo personal que a la sociedad había hecho el socio industrial Ariano, y yerra también al dejar de exigir el comprobante de haberse llenado los requisitos necesarios en razón de aquel retiro. De ahí deduce el quebranto de las citadas disposiciones del Código de Comercio, tanto por lo que hace al registro y publicación del extracto de esa escritura, cuanto porque con la negativa de la súplica de la demanda hace al socio industrial partícipe de las pérdidas. Siguendo su razonamiento, deduce igualmente de ahí el quebranto de los artículos 1759, 1765 y 1625 del Código Civil por el alcance, indebido en su concepto, que concede a aquella escritura, llevado al extremo de dar por extinguida la obligación de cuyo cobro se trata.

Se considera:

Las formalidades ulteriores que debían llenarse con motivo del retiro de los prenombrados socios, no pueden echarse menos en un pleito que no versa sobre nada atañedero a la constitución, terminación o marcha de la sociedad, sino sobre el pago de una suma de dinero de que uno de los otorgantes afirma serle ella deudora. Esa escritura vino a los autos con la contestación de la demanda en copia notarial debidamente ins-

crita en el registro. El sentenciador no podía menos de admitirla y de reconocerle su fuerza probatoria. (Código Judicial, artículos 630 y 636; Código Civil, artículos 2673 y 1759).

Esta es la establecida en los citados artículos 1759 y 1765, acerca de la cual debe advertirse que, como ya se dijo, el demandante obra como sucesor a título singular, por la referida cesión, de uno de los otorgantes de aquel instrumento público.

La alegación de que al declarar que la Compañía quedaba a paz y salvo con él no puede referirse sino a su cuenta por utilidades como socio industrial, es inadmisible ante la generalidad de los términos de que se valieron los declarantes, sin limitación ni salvedad, máxime si, en vez de circunscribirse a aquellas relaciones o a aquella señalada cuenta como, en su caso debieron hacerlo, agregaron lo que quedó aquí transcrito. Repítese que esa declaración de que los socios que se retiran nada tienen qué reclamar, la completan con estas palabras: "por la circunstancia de haber sido socios de ella *ni por ningún otro título*". (Subraya la Corte).

Otro argumento inaceptable es el de que no puede darse por incluida en esa declaración la deuda de que aquí se trata, porque para la fecha de la escritura había vencido su plazo. Sobra observar que quien recibe un dinero en préstamo es deudor desde que lo recibe, sin que la fijación de término aplace esa calidad hasta el vencimiento. Está libre de la exigencia de la deuda mientras el plazo no se haya vencido, salvo casos excepcionales. Eso es todo. De ahí que lo pagado antes de vencerse el plazo no esté sujeto a restitución, a diferencia de lo que ocurre con la obligación condicional. (Código Civil, artículos 1542, 1552 y 1553).

El Tribunal, encontrando en el proceso otorgada y aducida en debida oportunidad y forma aquella escritura pública, viendo que uno de sus otorgantes fue el cedente del actor y leyendo una declaración tan amplia y terminante como es la de la cláusula segunda aquí transcrita, no incurrió en error alguno al apreciar esa prueba y al hacerlo como lo hizo, es decir, encontrando en ella una confesión que impide reputar viva aún la obligación cuyo cumplimiento se demanda.

Estudiado el expediente con el detenimiento que es de rigor, es de reconocerse que lo dicho basta para rechazar los cargos formulados contra la sentencia del Tribunal. El recurrente acusa también por violación de las disposiciones legales relativas a la compensación; pero si bien el Tribunal expone reflexiones alusivas a este fenómeno, ello es que la absolución la pronuncia, no por obra de compensación con la deuda por mayor suma a cargo de Ariano y a favor de la sociedad desde que se le notificó la cesión ha invocado Méndez en su descargo y se esforzó en las instancias por comprobar, sino simple y decisivamente por lo ya visto aquí en relación con la escritura y su cláusula transcrita.

Por tanto, es impertinente dentro del recurso lo que se arguye sobre esa compensación, como lo sería detenerse la Sala en los innúmeros hechos, detalles y relatos que se han aducido, desviando a veces la atención de donde corresponde ponerla, en vista de demanda y respuesta, que es ante todo, la vigencia del crédito demandado. Así, por ejemplo, si Ariano fue generoso con la sociedad consiguiendo dinero en un banco para ella mediante hipoteca de una casa de él; y si la perdió, rematada en juicio de venta, porque la sociedad no atendió al pago de esa deuda; y si a él le pagó o nó sus utilidades la sociedad oportuna y debidamente; y si se justifican o nó tales o cuáles asientos en los libros de contabilidad de ella relativos a la cuenta de Ariano, todas estas cuestiones son sin duda otros tantos temas del mayor interés para una y otro; pero extraños a un recurso tan especial como el de casación, en que lo que se acusa y juzga es la sentencia de segunda instancia, como efectivamente se dictó y fundó.

Así pues, como en el presente caso ella se debe a la escritura pública tántas veces citada y a su apreciación por el Tribunal y ésta y la admisión de esa prueba no adolecen de error, y como, por otra parte, de este supuesto error es de donde se deriva el cargo pertinente, es claro que, al hallar la Sala así las cosas, el recurso no puede prosperar y que los demás cargos no pueden estudiarse como si fuesen pertinentes, por la decisiva razón de que no corresponden a nada que condujera a la absolución tal como el Tribunal la pronunció.

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 Barranquilla el catorce de abril del presente año.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

Acción de filiación natural.-Interpretación del artículo 571 del Código Judicial.-Investigación de la paternidad natural.

1.—La norma del artículo 571 del Código Judicial puede por una errónea interpretación o una indebida aplicación, desconocer derechos emanados de normas sustantivas y entonces dicha disposición, opera en casación, cuando, por la causa indicada, el derecho del renuente que ha pretendido hacer valer en juicio, queda desconocido. En otros términos, la aplicación del artículo 571 citado no puede ser motivo ni fundamento para decidir en el fondo de un litigio, y cuando esto se hace, se quebrantan las normas en que la parte demandada apoya su defensa, quebrantamiento que procede de la falta de aplicación al caso del pleito de tales normas, cuando es el caso. El artículo 571 del Código Judicial no tiene por sí eficacia para decidir sobre la controversia que ha dado lugar a un litigio y cuando se procede en contra de este principio y en él se funda un fallo, los derechos de la parte renuente quedan o pueden quedar desconocidos.

En materia de sanciones, como en asunto de nulidades, el criterio y la norma sobre el particular, según lo tienen establecido la jurisprudencia y la doctrina, son de carácter restrictivo y por eso el principio de analogía jamás tiene incidencia en esas materias. Quiere esto decir que el juzgador debe ceñirse estrictamente, cuando aplica una sanción, al texto de la norma que la impone, sin poder deducir nunca consecuencias que la hagan más severa; porque de no proceder así impondría el juzgador o agravaría una sanción que no quiso imponer ni agravar el legislador. Sobre el principio contenido en el artículo 562 del Código Judicial se halla configurado el 571 ibídem, que establece el derecho de reembolso a favor de la parte que ha hecho los gastos que le corresponden a la otra, y por vía de apremio preceptúa que la parte renuente será oída mientras no reembolsa a la otra. La parte renuente, en esa situación, queda expuesta a no poder aprovechar los trámites del juicio, como el de petición de pruebas, repreguntas a los testigos de la contraparte, presentación de alegatos, etc., pero nada más. No queda sometida a perder el pleito ni a que el juzgador prescindiendo de las pretensiones deducidas en el juicio, pueda dictar un fallo que sea desfavorable al renuente, únicamente por no haber hecho el reembolso a que está obligado. Si una disposición estableciera semejante cosa sería criticable desde el punto de vista de los principios que configuran la buena administración de justicia y pugnaría contra la equidad y aun contra la realidad de la verdad expuesta en un proceso; es también no sólo criticable sino inaceptable que no existiendo tal norma, se interprete un texto legal, como el artículo 571, dándole un sentido y una extensión que no cuadra ni a su espíritu ni a su letra y que viola la regla general de que toda interpretación de normas que impongan sanciones, es taxativa, regla que constituye una garantía para las partes y que es una línea de conducta inquebrantable para el Juez. Es muy distinto el que una parte no sea oída en un juicio, que el que sea sentenciada en su contra, por una omisión o renuencia. El artículo 571 sólo contempla el primer extremo, pero no el segundo, y ya la Corte, fijó el alcance de ese artículo en esta doctrina: "Cuando la ley procedimental impone la sanción de no poder ser oída la parte en un juicio, es obligación del respectivo funcionario abstenerse, en consecuencia, de oír a la parte que se halla en situación tan excepcional y grave; y si el funcionario cumple entonces ese deber, no cabe contra su proceder reclamo alguno, ya que, así las cosas, se está ante el cumplimiento de una ley, el que es obligado, por duro que ello parezca."

El declarar ejecutoriada una providencia en el caso del artículo 353 del Código Judicial, cuando la parte a quien corresponde no ha suministrado el papel sellado para el repartimiento del asunto, no es una sanción sino que constituye en el fondo la interpretación de que el apelante ha desistido del recurso propuesto. Lo mismo sucede en el caso del artículo 532 de la misma obra. En esos casos la providencia que declara ejecutoriada la del inferior o desierto el recurso de casación no es en realidad una verdadera sentencia sino una resolución que, sin entrar

en el fondo del asunto, deja en firme la del inferior, en el caso del artículo 353 o sin efecto la interposición del recurso de casación en el caso del artículo 532. Sólo en los casos de los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 381 ibídem puede dictarse sentencia condenatoria o contra las pretensiones del demandante como sanción clara y expresamente establecida por el legislador, por un acto negligente, descuidado o doloso de un litigante que retiene y no devuelve los autos. Pero ni aun en esos casos es mecánica la aplicación de la sanción sino que el juzgador debe estudiar las pretensiones deducidas de la demanda y considerarlas a la luz de las normas legales. De ahí que el numeral 2º citado preceptúa que la sentencia se dicta teniendo como ciertos los hechos fundamentales de la demanda si son susceptibles de ser probados por confesión.

2.—La investigación de la filiación natural, según apuntan Josserand, Planiol y Ripert y Colin y Capitant, debe ser sometida a reglas más restrictas que las que presiden la investigación de la filiación legítima. La presunción de paternidad que tan esencial es en la última, no tiene cabida en la primera, porque en ésta los elementos de la filiación natural no son solidarios y por eso se establecen siempre independiente y separadamente. La Ley 45 de 1936, como la ley francesa de 1912, vino no sólo a llenar un vacío sino a reparar una injusticia. Antes del estatuto de 1936 no existía en Colombia sino el caso de investigación a que se refería el artículo 68 de la Ley 153 de 1887, con lo cual, en la práctica, quedaba desamparado el hijo. La citada Ley modificó sustancialmente este estado de cosas y dio la categoría de precepto legal a un imperativo moral. Pero, como es obvio, y como se ha hecho en casi todos los países, restringió los casos de investigación y su prueba porque un criterio irrestricto sobre el particular y una investigación sin límites ni cortapisas producirían males funestos a la sociedad y podrían llevar a una familia elementos extraños a ella. La Ley 45 de 1936 debe interpretarse por lo tanto con ese criterio restricto, que cuadra no sólo con el espíritu y la letra de los textos, sino con la naturaleza misma del asunto y aquélla debe ser, por lo tanto, instrumento para corregir la injusticia de que se ha hecho mérito, pero no causa eficiente de abusos que comprometan y perturben los intereses sociales. Es un criterio moderado el que debe adoptarse, según expresión de Josserand al referirse a la ley francesa de 1912, que si por una parte garantice los derechos del hijo natural, por la otra evite los abusos a que puede prestarse su aplicación.

Al establecer el numeral 4º de la citada Ley lo que en ella se lee, se apartó en ese punto de la ley francesa de 1912 que establece que hay lugar a la investigación de la paternidad cuando ha existido concubinato notorio. Este concepto es más preciso y exacto que el aplicado por el legislador colombiano, quien sienta un principio más amplio y elástico y que suscita dificultades y problemas de hecho. La variación de criterio sobre el particular se explica porque siendo el concubinato la unión irregular pero entre personas solteras, y no reconociéndose en Francia la investigación de la paternidad respecto de los hijos adulterinos e incestuosos, al terminar con esas mismas diferencias el legislador colombiano, las cuales existían en el Código Civil, y al variar el concepto clásico de hijo natural, que es el habido entre personas hábiles para contraer matrimonio en el momento de la concepción del hijo, al permitir la investigación judicial de la paternidad, a los hijos habidos de toda clase de uniones irregulares, hubo de establecer al respecto un principio bien distinto. El concubinato se presenta en la generalidad de los casos como un matrimonio de apariencia e implica una vida continua entre los concubinos, aunque forzosamente no implica la vida en común. Pero sí es necesario, que, como lo apunta Josserand, las relaciones fuera de matrimonio sean continuas, regulares y notorias y sobre esa base ha configurado al respecto su jurisprudencia la doctrina francesa. Las relaciones sexuales estables, y de manera notoria, a que se refiere el numeral 4º del artículo 4º citado, entrañan un concepto más amplio que el del concubinato, tal como se le ha considerado siempre. Pero el legislador colombiano párte de la base de que en esas relaciones estables, aun cuando no configuren el concubinato, que, como lo dice el expositor citado, es ignorado por la ley, la madre haya guardado una conducta relativamente moral o sea de que fuera de la unión irregular con un hombre, no se haya unido con otros durante el tiempo en que pudo verificarse la concepción. Esa es una limitación a lo establecido en el numeral 4º, de donde se desprende que para los hijos mánceres es casi legalmente imposible obtener la declaración judicial de la paternidad, lo cual no depende de la ley, sino de situaciones de hecho. Puede decirse, por lo tanto, que si la Ley 45 permite la investigación de la paternidad en los casos que ella contem-

pla, que son taxativos y restrictos con mucha razón, párte de la base de la honestidad de la madre, en el caso del numeral 4º citado, como contempla hasta una honestidad absoluta, en los casos primero y segundo de dicho numeral.

Cuando entre las relaciones sexuales estables y notorias, en una unión irregular, interfiere el elemento de otras relaciones coetáneas e irregulares habidas por la madre natural, y esto se demuestra, la operancia del numeral 4º pierde toda su eficacia respecto de la declaración judicial de paternidad. Pero en ese caso es al presunto padre a quien corresponde la carga de la prueba, y eso se desprende claramente del inciso 2º del numeral 5º, que ha debido quedar más bien como inciso 2º del numeral 4º. En otros términos: la madre natural o el presunto hijo, deben establecer la existencia de las relaciones sexuales notorias y estables en la forma y con las condiciones expresadas en el numeral 4º quedando al presunto padre la defensa, la excepción, y, por lo tanto, la carga de la prueba, cuando han existido esas relaciones, consistente en demostrar que la madre tuvo comercio carnal con otro u otros hombres en el tiempo durante el cual se verificó la concepción.

Las reglas contenidas en los artículos 397, 398 y 399 del Código Civil son aplicables y deben aplicarse cuando se trata de establecer la posesión notoria del estado de hijo natural, y los actos del padre consistentes en proveer a la subsistencia, educación y establecimiento del que se pretende hijo natural deben ser permanentes, constantes y regulares, y además ostensibles y públicos siempre, porque ese es el medio indicativo que hace que los deudos, amigos o el vecindario en general reputen por esa serie de hechos, que el padre trata al hijo como tál.

Respecto de la parte final del artículo 6º de la Ley 45, o sea, la circunstancia exigida por esa norma, consistente en que los deudos y amigos del pretenso padre hayan reputado a una persona como hija de él, estima la Corte que debe interpretarse y aplicarse en la misma forma que la jurisprudencia y la doctrina han interpretado y aplicado la última parte del artículo 397 del Código Civil, o sea, que no basta la estimación, ni la expresión conceptual de los testigos al respecto, sino que es necesario que ella esté respaldada por los hechos, educación, sostenimiento y establecimiento del pretendido hijo. La apreciación de los testigos al respecto no es por sí sola la prueba de ese estado sino que debe ser la deducción, en virtud de hechos positivos, sostenimiento, educación y establecimiento, presenciados por esos mismos testigos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, octubre diez y seis de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

María Dioselina Ríos de Melo, ejercitando la acción de reconocimiento judicial de su calidad de hija natural de Vicente Jiménez R., consagrada por la Ley 45 de 1936, demandó al expresado Jiménez para que, con su citación y audiencia y previos los trámites de un juicio ordinario, se declarara que Vicente Jiménez R. tiene la calidad de padre natural respecto de María Dioselina Ríos de Melo; que por consiguiente aquel señor tiene respecto de la demandante todos los deberès y obligaciones civiles que la ley impone a los padres naturales y que la actora por lo tanto tiene todos los derechos, respecto de Jiménez, que la ley reconoce a los hijos naturales.

Apoyó su demanda en el hecho de haber existido relaciones sexuales estables y permanentes entre Jiménez y Elena Ríos, de las cuales nació la demandante y también en la posesión notoria del estado de hija natural de la demandante respecto a su presunto padre Jiménez R.

Este se opuso desde el primer momento a las peticiones de la demanda y negó los hechos fundamentales de ésta, alegando que si es cierto que tuvo relaciones sexuales con Elena Ríos, no fueron estables y permanentes y que además ésta llevaba una vida licenciosa y tenía relaciones con otros hombres. Impugnó además los asertos y pruebas sobre posesión notoria y al respecto en el debate se presentaron pruebas contradictorias. Por último, alegó su incapacidad para cumplir la función biológica de la fecundación.

El Juez de primera instancia, Civil del Circuito de Pereira, considerando que la demandante no demostró los hechos fundamentales de su demanda, negó las declaraciones impetradas por la actora y en consecuencia absolvió al demandado de los cargos de la demanda. (Sentencia de 24 de marzo de 1942).

Apelada por la parte vencida, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira se abstuvo de entrar en el fondo del negocio y la confirmó. (Sentencia de 10 de febrero de 1943).

El fundamento de esta decisión es el siguiente: En segunda instancia se pidió y se practicó un dictamen pericial, y el valor de los honorarios de los peritos fue pagado por la parte demandada. Ante el reclamo de ésta para el reembolso con la presentación de los recibos correspondientes, el Tribunal dictó el auto de fecha 17 de agosto de 1942 que corre al folio 32 vuelto del cuaderno

número 4 así: "Agréguense al expediente los recibos que ha presentado el demandado señor Vicente Jiménez R. para acreditar el pago hecho por él de los honorarios fijados a los peritos Salazar, Arango y Duque. El señor Jiménez R. tiene derecho a que la parte demandante le reembolse este valor, y mientras tanto ésta no será oída en el juicio". Este auto fue debidamente notificado y quedó en firme.

El fallador de Pereira, teniendo en cuenta que en la fecha en que pronunció la sentencia, la parte demandante no había hecho el reembolso que le correspondía, a la demandada y refiriéndose al auto de 17 de agosto que acaba de transcribirse, estimó que era el caso de aplicar el artículo 571 del Código Judicial y conceptuó que debe entenderse en el sentido no sólo de no oír al recurrente sino de declarar ejecutoriada la providencia.

Se expresó así: "Sobre un caso semejante dijo en pasada ocasión este Tribunal: 'El artículo 390 señala como sanción para el renuente la de que no se le oiga, y no oírlo es abstenerse de resolverle nada favorable, por lo que el superior no puede entrar a estudiar el fondo del negocio, limitando su actuación a declarar ejecutoriada la sentencia apelada. No dice expresamente la disposición del artículo que el superior declare ejecutoriada la providencia, pero ello hay que entenderlo así, porque la providencia del inferior debe quedar revestida de firmeza y de una manera clara' ".

En virtud de lo anterior el Tribunal en la parte motiva expresó que se abstiene de entrar al fondo del negocio, como consecuencia de la sanción procesal, confirmando la sentencia que fue apelada precisamente por la parte sancionada, y en la parte resolutiva confirmó la sentencia de primer grado.

El apoderado de la demandante hizo, después de proferida la sentencia, el reembolso correspondiente a favor del demandado y pidió que se le concediera el recurso de casación contra ella a lo que accedió el Tribunal.

Tramitado el recurso, pasa hoy a decidirse.

El recurrente, invocando la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, acusa la sentencia por ser violatoria de la ley civil, violación consistente en la errónea interpretación y aplicación indebida del artículo 571 del Código Judicial.

En primer término observa la Corte, que esa norma que contiene una sanción consistente en que la parte renuente a hacer el reembolso que le corresponde, no será oída en juicio mientras no lo haga, puede por una errónea interpretación o una indebida aplicación, desconocer derechos emanados de normas sustantivas y entonces dicha disposición, opera en casación, cuando por la causa indicada, el derecho del renuente que ha pretendido hacer valer en un juicio, queda desconocido. En otros términos, la aplicación del artículo 571 citado no puede ser motivo ni fundamento para decidir en el fondo de un litigio, y cuando esto se hace, se quebrantan las normas en que la parte demandada apoya su defensa, quebrantamiento que procede de la falta de aplicación al caso del pleito, de tales normas, cuando es el caso. El artículo 571 del Código Judicial, no tiene por sí eficacia para decidir sobre la controversia que ha dado lugar a un litigio y cuando se procede en contra de este principio, y en él se funda un fallo, los derechos de la parte renuente, quedan o pueden quedar desconocidos. Una sentencia sólo puede fundarse sobre las normas que regulan el ejercicio de la acción incoada, teniendo en cuenta las pruebas aducidas al debate y considerando la relación jurídica procesal, que se formó por la demanda y su contestación y en general todos los demás factores que configuran en cada caso la acción y el litigio en sí mismo considerado. Esa es la razón por la cual los artículos 470 y 471 del Código Judicial enseñan que las decisiones judiciales deben ser motivadas, que deben constar de dos partes, la motiva y la resolutiva, en la primera de las cuales se estudia la cuestión de derecho y de hecho y se expresan las disposiciones legales y las razones de justicia o de equidad que constituyen los fundamentos de la decisión; esa es la razón también por la cual enseña esa norma que las sentencias deben dictarse en consonancia con la demanda y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes, principio éste que trasciende y configura la causal segunda de casación consagrada por el artículo 520 del Código Judicial.

La norma de conducta que el artículo 472 del Código Judicial, da a los funcionarios del orden judicial, al proferir sus decisiones, está indicando también que un fallo de fondo debe versar sobre los puntos sometidos en la demanda a la decisión del Juez.

Lo anterior hace ver que la Corte debe entrar en el fondo del asunto y que el cargo propuesto da margen y base para un estudio en casación.

En materia de sanciones, como en asunto de nulidades, el criterio y la norma sobre el particular, según lo tienen establecido la jurisprudencia y la doctrina, son de carácter restrictivo y por eso el principio de analogía jamás tiene incidencia en esas materias. Quiere lo anterior decir, que el juzgador debe ceñirse estrictamente, cuando aplica una sanción, al texto de la norma que la impone, sin poder deducir nunca consecüencias que la hagan más severa, porque de no proceder así, el juzgador impondría o agravaría una sanción, que no quiso imponer ni agravar el legislador.

Sobre el principio contenido en el artículo 562 del Código Judicial, que cada parte debe pagar los gastos que se causen en la práctica de las diligencias que solicite y contribuir a prorrata al pago de los gastos comunes, se halla configurado el artículo 571 ibidem que establece el derecho de reembolso a favor de la parte que ha hecho los gastos que le corresponden a la otra, y por vía de apremio preceptúa que la parte renuente no será oída mientras no reembolse a la otra. La parte renuente, en esa situación, queda expuesta a no poder aprovechar los trámites del juicio, como el de petición de pruebas, repreguntas a los testigos de la contraparte, presentación de alegatos, etc., pero nada más. No queda sometida a perder el pleito ni a que el juzgador prescindiendo de las pretensiones deducidas en el juicio, pueda dictar un fallo, que sea desfavorable al renuente, únicamente por no haber hecho el reembolso a que está obligado.

Si una disposición que estableciera semejante cosa, sería criticable desde el punto de vista de los principios que configuran la buena administración de justicia y pugnaría contra la equidad y aun contra la realidad de la verdad expuesta en un proceso, es también no sólo criticable sino inaceptable que, no existiendo tal norma, se interprete un texto legal, como el artículo 571, dándole un sentido y una extensión, que no cuadra ni a su espíritu ni a su letra y que viola la regla general de que toda interpretación, de normas que impongan sanciones, es taxativa, regla que constituye una garantía para las partes y que es una línea de conducta inquebrantable para el Juez.

Es muy distinto el que una parte no sea oída en un juicio, que el que sea sentenciada en su contra, por una omisión o renuencia. El artículo 571 sólo contempla el primer extremo, pero no el segundo, y ya la Corte, en sentencia que cita el mismo fallador, fijó el alcance de ese artículo, en la siguiente doctrina: "Cuando la ley procedimental impone la sanción de no poder ser oída la parte en un juicio, es obligación del respectivo funcionario abstenerse, en consecuencia, de oír a la parte que se halla en situación tan excepcional y grave; y si el funcionario cumple entonces ese deber, no cabe contra su proceder reclamo alguno, ya que, así las cosas, se está ante el cumplimiento de una ley, el que es obligado, por duro que ello parezca".

Al interpretar el fallador de Pereira el artículo 571 citado, dándole un alcance y extensión que no tiene, violó el derecho de la parte demandante, lo cual quiere decir que el cargo hecho en casación debe prosperar.

La orientación contemporánea de la jurisprudencia y de la doctrina se encamina hacia la realidad, de modo que el derecho no quede sacrificado ni por las fórmulas, ni por ciertas circunstancias accidentales, y aun de carácter legal, que no son de la esencia del mismo ni configuran su existencia. Por eso los términos sacramentales, que caracterizaron las acciones de la ley en el Derecho Romano, que trascendieron a la Edad Media y que llegaron hasta fines del siglo XVIII no existen actualmente, en el sentido en que existían en esa época o sea que su invocación no es ni necesaria, ni menos esencial, para la validez de un acto jurídico o para que prospere la intención de una demanda o para que influya en la decisión de un litigio. Por eso también las leyes de carácter fiscal no se aplican en el sentido de relacionarlas con la esencia del derecho sino como arbitrios del Estado, de modo que satisfecho éste de lo que por un acto deben pagar los contribuyentes, la justicia deduce, cuando es el caso, las prestaciones que, se desprenden de esa relación jurídica, sin poder hacer caso omiso de ella, ni menos anularla, por la falta del pago de un impuesto. Los impuestos fiscales, de todo orden, miran a satisfacer las necesidades del Erario Público, pero no a dar validez a los actos y contratos ni tampoco a limitar la libertad contractual, por lo mismo que todo acto jurídico nace y se forma con independencia de todo criterio fiscal.

Son tres conceptos distintos: el de no ser oído un litigante, el de declarar ejecutoriada una providencia y el de condenar a una parte o desechar sus pretensiones, cuando ha incidido un hecho que según la ley debe tener esa consecuencia.

El no ser oído un litigante mientras no reembolse los gastos que ha hecho el otro y que le corresponden a éste, es un apremio para que cumpla con esa obligación de equidad, pero que no puede trocarse en una sanción que desconozca su derecho. Tal es el alcance del artículo 571.

El declarar ejecutoriada una providencia en el caso del artículo 353 del Código Judicial, cuando la parte a quien corresponde no ha suministrado el papel sellado para el repartimiento del asunto, no es una sanción sino constituye en el fondo la interpretación de que el apelante ha desistido del recurso propuesto. Lo mismo sucede en el caso del artículo 532 de la misma obra.

En esos casos la providencia que declara ejecutoriada la del inferior o desierto el recurso de casación, no es en realidad una verdadera sentencia sino una resolución que, sin entrar en el fondo del asunto, deja en firme la del inferior, en el caso del artículo 353 o sin efecto la interposición del recurso de casación en el caso del artículo 532.

Sólo en los casos de los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 381 ibídem puede dictarse sentencia condenatoria o contra las pretensiones del demandante como sanción clara y expresamente establecida por el legislador, por un acto negligente, descuidado o doloso de un litigante que retiene y no devuelve los autos. Pero ni aun en esos casos es mecánica la aplicación de la sanción sino que el juzgador debe estudiar las pretensiones deducidas de la demanda y considerarlas a la luz de las normas legales. De ahí que el numeral 2º citado preceptúa que la sentencia se dicta teniendo como ciertos los hechos fundamentales de la demanda si son susceptibles de ser probados por confesión.

La interpretación y aplicación del artículo 571 que el Tribunal de Pereira dio en el caso de autos, es muy semejante a lo que preceptúa el numeral 1º del artículo 381 del Código Judicial, que establece una de las sanciones contra el litigante que no devuelva el expediente, lo cual hace ver, una vez más, lo inaceptable de esa interpretación y aplicación.

No siendo por lo tanto jurídica ni legal la base y fundamento de la sentencia recurrida y debiendo ser casada, procede la Corte a dictar la sentencia de instancia, que debe reemplazar la del Tribunal, para lo cual considera:

El criterio que debe imperar, en acciones de declaración judicial de la paternidad natural debe ser severo y restricto, en cuanto a la apreciación y examen de las pruebas, por lo mismo que en asuntos de esta naturaleza la decisión es trascendente puesto que siendo demandado el padre, la sentencia que declara la filiación tiene efectos *erga omnes*. No es por lo tanto cualquiera prueba la aceptable o pertinente, sino únicamente las consagradas en los casos del numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, a cada uno de los cuales corresponde una prueba distinta y que debe estimarse con criterio restricto y severo de que ya se ha hecho mérito.

La investigación de la filiación natural, según apuntan Josserand, Planiol y Ripert y Colín y Capitant, debe ser sometida a reglas más restrictas que las que presiden la investigación de la filiación legítima. La presunción de paternidad que tan esencial es en la última, no tiene cabida en la primera, porque en ésta los dos elementos de la filiación natural no son solidarios y por eso se establecen siempre independiente y separadamente.

La Ley 45 de 1936, como la ley francesa de 1912, vino no sólo a llenar un vacío sino a reparar una injusticia. Antes del estatuto de 1936 no existía en Colombia sino el caso de investigación a que se refería el artículo 68 de la Ley 153 de 1887, con lo cual, en la práctica, quedaba desamparado el hijo. La citada Ley modificó sustancialmente este estado de cosas y dio la categoría de precepto legal, a un imperativo moral. Pero como es obvio y como se ha hecho en casi todos los países, restringió los casos de investigación y su prueba porque un criterio irrestricto sobre el particular y una investigación sin límites ni cortapisas, producirían males funestos a la sociedad y podrían llevar a una familia elementos extraños a ella.

La Ley 45 de 1936, debe interpretarse por lo tanto con ese criterio restricto, que cuadra no sólo con el espíritu y la letra de los textos, sino con la naturaleza misma del asunto y aquélla debe ser por lo tanto, instrumento para corregir la injusticia de que se ha hecho mérito, pero no causa eficiente de abusos que comprometan y perturben los intereses sociales. Es un criterio moderado el que debe adoptarse, según expresión de Josserand al referirse a la ley francesa de 1912, que si por una parte garantice los derechos del hijo natural, por la otra evite los abusos a que pueda prestarse su aplicación.

En el caso de autos, la demandante explícitamente invoca los numerales 3º y 4º del artículo 4º de la citada Ley 45 e implícitamente el numeral 5º y esto se desprende de su demanda. De modo que debe estudiarse la cuestión por esos tres aspectos.

La actora para acreditar que se halla en el caso 3º de dicho artículo presentó una tarjeta postal, en cuyo reverso se lee lo siguiente: "Para mi nena Dioselina. Su papaito Vicente. Mayo 11 de 1927". (Foja 14 del cuaderno número 2).

El demandado Vicente Jiménez negó ser suya esa dedicatoria y negó asimismo que le hubiera enviado a Dioselina dicha tarjeta.

Ante este desconocimiento de ese escrito se pidió y decretó el examen grafológico del caso y dos de los peritos, los señores José Salazar y Salazar y J. Enrique Duque, después de un estudio comparativo de la firma de Jiménez, que aparece escrita en la tarjeta, con las firmas de dicho señor que aparecen en varias escrituras públicas, corridas en la Notaría de Pereira muy cercanas a la fecha que aparece en la tarjeta, conceptuaron que no fue la misma persona la que escribió la dedicatoria de la tarjeta y la que suscribió dichas escrituras.

El otro de los peritos llegó a la conclusión contraria, pero examinados todos esos dictámenes encuentra la Corte mejor fundado el de los dos nombrados que el del Sr. Gonzalo Arango H.

En vista de esto, de la negativa rotunda del demandado, no sólo como se dijo respecto de la dedicatoria y firma de la tarjeta sino de su mismo envío, y teniendo en cuenta lo preceptuado por el numeral 3º ya citado, concluye la Corte que la demandante no ha demostrado, al respecto, su afirmación. Tal numeral exige carta u

otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad, o sea que de ella pueda deducir el juzgador, sin perplejidades ni dudas de ninguna clase, el reconocimiento que por ese escrito ha hecho el padre natural respecto de su hijo. No puede ser, pues, una carta o escrito vago, y que se preste a diversas interpretaciones sino que por el contrario de él debe emanar una confesión nítida. Si por una parte tal manifestación o confesión no surge con la nitidez del caso del escrito de la tarjeta, por la otra no está establecido plenamente, y no lo está plenamente, porque la prueba que resulta del cotejo es imperfecta, que Vicente Jiménez hubiera escrito la dedicatoria en dicha tarjeta. No existe a este respecto, además, ninguna otra prueba que indique siquiera que el demandado escribió tal dedicatoria.

De donde resulta que con apoyo en el precitado numeral 3º no puede declararse judicialmente la paternidad.

El numeral 4º del artículo 4º de la Ley citada establece que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad en el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo haya nacido después de 180 días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los 300 días siguientes a aquel en que cesaron.

El legislador de 1936 que se inspiró en la ley francesa de 16 de noviembre de 1912, fruto de dilatado estudio y técnicamente configurada, se apartó en esta parte de dicha ley, que establece que hay lugar a la investigación de la paternidad cuando ha existido concubinato notorio.

Este concepto es más preciso y exacto, que el empleado por el legislador colombiano, quien sienta al respecto un principio más amplio y elástico y que suscita dificultades y problemas de hecho. La variación de criterio sobre el particular, se explica porque siendo el concubinato la unión irregular pero entre personas solteras, y no reconociéndose en Francia la investigación de la paternidad respecto de los hijos adulterinos e incestuosos, al terminar con esas mismas diferencias, el legislador colombiano, diferencias que existían en el Código Civil, al variar el concepto clásico de hijo natural, que es el habido entre personas hábiles para contraer matrimonio en el momento de la concepción del hijo, al permitir la investigación judicial de la paternidad, a los hijos habidos de toda clase de uniones irregulares, hubo de establecer al respecto un principio bien distinto.

El concubinato, se presenta en la generalidad de los casos como un matrimonio de apariencia e implica una vida continua entre los concubinos, aunque forzosamente no implica la vida en común. Pero si es necesario, como lo apunta Josserand, que las relaciones fuera de matrimonio sean continuas, frecuentes, regulares y notorias y sobre esas bases ha configurado al respecto su jurisprudencia la doctrina francesa.

Las relaciones sexuales estables, y de manera notoria, a que se refiere el numeral 4º del artículo 4º citado, entrañan un concepto más amplio que el del concubinato, tal como se le ha considerado siempre.

Pero el legislador colombiano párte de la base de que en esas relaciones estables, aun cuando no configuren el concubinato, que como lo dice el expositor citado, es ignorado por la ley, la madre haya guardado una conducta relativamente moral o sea de que fuera de la unión irregular con un hombre, no se haya unido con otros durante el tiempo en que pudo verificarse la concepción.

Esa es una limitación a lo establecido por el numeral 4º, de donde se desprende que para los hijos mánceres, es casi legalmente imposible obtener la declaración judicial de la paternidad, lo cual no depende de la ley, sino de situaciones de hecho. Puede decirse por lo tanto, que si la Ley 45 permite la investigación de la paternidad, en los casos en que ella contempla, que son taxativos y restrictos y con mucha razón, párte de la base, de la honestidad relativa de la madre, en el caso del numeral 4º citado, como contempla hasta una honestidad absoluta, en los casos primero y segundo de dicho numeral.

Cuando entre las relaciones sexuales estables y notorias, en una unión irregular, interfiere el elemento de otras relaciones coetáneas e irregulares habidas por la madre natural, y esto se demuestra, la operancia del numeral 4º pierde toda su eficacia respecto de la declaración judicial de paternidad. Pero en ese caso es al presunto padre a quien corresponde la carga de la prueba, y eso se desprende claramente del inciso 2º del numeral 5º, que ha debido más bien quedar como inciso 2º del numeral 4º. En otros términos: la madre natural o el presunto hijo, deben establecer la existencia de las relaciones sexuales notorias y estables en la forma y con las condiciones expresadas en el numeral 4º quedando al presunto padre, la defensa, la excepción, y por lo tanto la carga de la prueba, cuando han existido esas relaciones, consistente en demostrar que la madre tuvo comercio carnal con otro u otros hombres en el tiempo durante el cual se verificó la concepción.

Aplicados los principios anteriores al caso de autos resulta lo que sigue:

La demandante nació el 2 de mayo de 1919, fue bautizada con el nombre de María, y como hija natural de Elena Ríos. Es conocida social-

mente, según se expresa en la partida, con el nombre de Dioselina o María Dioselina. (Foja 6 del cuaderno 1, partida de origen eclesiástico, emanada del Cura Párroco de Pereira).

En el hecho primero de la demanda se expresa que Vicente Jiménez R. y Elena Ríos mantuvieron relaciones sexuales y estables y permanentes, por más de un año, antes del 2 de mayo de 1919, y en el hecho segundo se afirma que a consecuencia de tales relaciones y transcurridos más de 180 días desde que se iniciaron, Elena Ríos concibió y dio a luz una hija el 2 de mayo de 1919.

El nacimiento de María Dioselina en el día señalado en el hecho 2º de la demanda, está plenamente acreditado, pero el demandado sostuvo en la litis, que durante la época en que pudo verificarse la concepción, si es cierto que tuvo relaciones sexuales con Elena Ríos, también lo es que ésta las tuvo con otros hombres, pues era una mujer pública.

La demandante para demostrar su aserto y acreditar que se halla en el caso del numeral 3º adujo en primera instancia las declaraciones de Damiana Orozco y Pedro Ríos, mas estos testigos si es cierto que declaran que Vicente Jiménez estuvo viviendo con Elena Ríos, no dicen cuánto tiempo duraron esas relaciones. "Ni me consta cuándo fue que tuvieron tales relaciones, que por lo que yo supongo y se podía deducir perfectamente, eran relaciones amorosas", dice la Orozco. "Me consta personalmente que los señores Vicente Jiménez R. y Elena Ríos, tuvieron relaciones sexuales estables, con comunidad de habitación y permanentes, hace alrededor de veinte años, no recordando cuánto duraron dichas relaciones ni en qué fecha precisa se llevaron a cabo", dice el testigo Ríos.

Con estas dos declaraciones, es obvio que no puede demostrarse el extremo a que se refiere el numeral 4º del artículo 4º citado.

A estas declaraciones, recibidas en primera instancia y para acreditar su defensa o su excepción, opuso el demandado en primera instancia también las declaraciones de Pedro Orozco, Pedro Luis Rivera y Fernando Mejía E. Declaran los tres que por el conocimiento que tuvieron de Elena Ríos les consta que llevó en Pereira, cuando habitó en esa ciudad, por un lapso aproximado de dos años, vida licenciosa y que vivía en los barrios de mujeres públicas, de esa ciudad, primero en el que se denominaba "El Chochal" y luégo en "La Cumbre". Los testigos Rivera y Mejía declaran, el primero que la época en que vivió la Ríos en Pereira llevando vida licenciosa comprende el año de 1919 y que en esa época era frecuentada por hombres, entre ellos el declarante; declara el segundo casi lo mismo agregando que frecuentó a la Ríos unos 180 días antes del nacimiento de Dioselina.

Todos los tres testigos citados declaran además que no existieron relaciones estables y permanentes entre Vicente y Elena sino que aquél frecuentaba a ésta, como los demás.

En segunda instancia las declaraciones presentadas por la demandante, respecto del punto que se estudia, adolecen de la misma vaguedad y defectos de las presentadas en primera.

Las declaraciones que sobre el particular presentó el demandado corroboran lo que los testigos de éste declararon en la primera instancia y de todo ese conjunto de pruebas sobre el particular, se desprende: a) Que Elena Ríos abandonó la casa de sus padres; b) Que llevó una vida licenciosa, en Pereira, entre los años de 1918, 1919 y quizá algún tiempo más; c) Que tenía trato carnal en esas épocas con varios hombres, y d) Que cuando nació Dioselina la abandonó, yéndose para otro Departamento, donde murió.

Considerando todas esas declaraciones a la luz del derecho probatorio y teniendo en cuenta los artículos 697 y 702 del Código Judicial, se concluye lo siguiente: No está plenamente establecida la existencia de las relaciones estables y notorias habidas entre Elena Ríos y Vicente Jiménez R., a que se refiere el numeral 4º citado y dentro del lapso que ese numeral exige. Por otra parte, a juicio de la Corte, el demandado estableció la excepción a que se refiere el inciso 2º del numeral 5º, de modo que aun admitiendo la existencia de esas relaciones en los términos del numeral 4º, no prosperaría la petición de la demandada al respecto, porque la presunción que emana de tal numeral ha sido destruída con la demostración de la defensa de que se ha hecho mérito. Las declaraciones de la parte demandada son precisas, las de la demandante son vagas y el hecho declarado por los testigos que citó el demandado, respecto de la vida libre y las relaciones sexuales de Elena Ríos, con otros hombres, durante la época en que se verificó la concepción de Dioselina Ríos, no ha sido desvirtuada.

Se concluye entonces que el caso contemplado por el numeral 4º, no está demostrado y por lo tanto la intención de la demanda fundada en aquél, no puede prosperar.

El numeral 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 establece que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo y el artículo 6º enseña en qué consiste esa posesión.

En eso también el legislador colombiano se apartó de la ley francesa de 1912, que no admite esa posesión para el hijo natural. En su lugar establece dicha ley que la declaración judicial

de la paternidad puede tener lugar cuando se demuestre que el padre ha sostenido y educado al hijo. Ni antes de la Ley de 1912, ni después de ella, la jurisprudencia y la doctrina francesas han admitido la posesión notoria del estado civil de hijo, para el natural.

El legislador colombiano, como se dijo, sí estableció la posesión notoria, como causa para declarar judicialmente la filiación natural y enseñó en el artículo 6º en qué consiste esa posesión, que la tomó del artículo 397 del Código Civil que se refiere a la posesión notoria del estado de hijo legítimo, suprimiendo lo relativo a la presentación del hijo, como tál, a los deudos y amigos del padre.

Pero lo anterior no obsta, para que el mismo criterio restricto que se emplea y que ordena la ley emplear, para la demostración de la posesión notoria del estado de hijo legítimo, no se emplee también para la demostración del estado de hijo natural, porque si así no fuera, si hubiera más amplitud en el segundo caso, resultaría el absurdo que señala Josserand y que determinó a la jurisprudencia y al legislador francés a no admitir como prueba, la posesión del estado de hijo natural, a saber, que entonces sería más fácil la demostración de este último estado, que procede de una unión irregular, al que se deriva de la unión regular del matrimonio protegido, garantizado y aun estimulado por la ley.

De lo anterior se deducen, entre otras, estas conclusiones: 1ª) Que las reglas contenidas en los artículos 397, 398 y 399 del Código Civil que establecen el modo de probarse la posesión notoria del estado de hijo legítimo, son aplicables, y deben aplicarse cuando se trata de establecer la posesión notoria del estado de hijo natural, y 2ª) Que los actos del padre consistentes en proveer a la subsistencia, educación y establecimiento del que se pretende hijo natural, deben ser permanentes, constantes y regulares, y además ostensibles y públicos siempre, porque ese es el medio indicativo que hace que los deudos, amigos o el vecindario en general, reputen, por esa serie de hechos, que el padre trata al hijo como tál.

En relación con lo primero es preciso al respecto un conjunto de testimonios fidedignos que establezcan de un modo irrefragable esos actos, de manera que no es cualquiera prueba, no son cualesquiera testimonios los eficaces al respecto. La eficacia probatoria en ese caso no resulta sino de ese conjunto de testimonios, que no se pueden contrarrestar, porque ese es el significado del vocablo *irrefragable,* y que se impone al juzgador sin dejarle la menor duda o vacilación al respecto.

En relación con lo segundo, se observa que los actos esporádicos, como una ayuda de vez en cuando, al pretenso hijo o a su familia, y hasta cierta benevolencia en el trato, no autorizan para declarar al respecto la posesión notoria del estado de hijo natural. Es necesario al respecto que tales actos no se presten a interpretaciones ambiguas o dudosas, porque puede acaecer que aquéllos sean movidos por la caridad, por la filantropía, por la benevolencia, por el espíritu desprendido y abierto de quien los ejecuta. Es necesario sobre el particular, que de estos actos, por su continuidad, permanencia, cuantía y aun celo por ejecutarlos, se desprenda una confesión o reconocimiento implícito de la paternidad. Sería no sólo peligroso sino hasta perjudicial, para las personas desvalidas, interpretar de otro modo esa norma, porque podría conducir en ocasiones, a la abstención de actos generosos, que favorecen siempre a esas personas.

Aplicados los principios anteriores y teniendo en cuenta el acervo probatorio allegado por ambas partes al debate, la Corte observa en primer término: Es no sólo poco probable sino también contradictorio que un pretenso padre natural que niega desde el primer momento la calidad de tál, que opone y prueba una defensa como la consagrada en el inciso 2º del numeral 5º citado, lo cual impone un debate verdaderamente doloroso y que fuerza al juzgador a romper los velos que encubren la vida privada e íntima de las personas, para sacar de él como en el presente caso, conclusiones dolorosas, es poco posible y hasta contradictorio, repite la Corte, que en esas condiciones un pretenso padre natural ejecute los actos constantes, permanentes y repetidos, que constituyen la posesión notoria del estado civil y que como se ha dicho equivalen a una confesión implícita de la paternidad.

No obstante lo anterior y desde luégo que se han aducido pruebas encaminadas a demostrar la constitución de ese estado, la Corte debe entrar a analizarlas.

Se viene en conocimiento, de las declaraciones aducidas por la parte actora, que muy pequeña la niña Dioselina, hoy la demandante, fue abandonada por su madre y en tal virtud la tomaron bajo su cuidado Angelina Bedoya y su hija Sofía. No está comprobado plenamente que Vicente Jiménez proveyera de manera permanente al sostenimiento de esa menor. Aparece asimismo de esas declaraciones que la precitada niña se ausentó con Sofía para el Departamento del Tolima de donde al cabo de los años regresó casada con el señor Luis Melo. No está comprobado ni que el demandado la hubiera sostenido o provisto a su subsistencia y educación, en ese lapso relativamente largo de ausencia, ni que hubiera ayudado a su establecimiento, cuando se casó con el señor Melo.

Lo único que se desprende de esas pruebas es la de que en algunas ocasiones, muy pocas por cierto, y cuando Dioselina regresó casada a Pereira, Jiménez le prestó algún relativo y escaso apoyo, de cuantía verdaderamente pequeña. Algunos de los testigos deducen de esto, que Dioselina es hija de Vicente y otros no hacen tal deducción. Así los testigos Pedro María Gómez, Mercedes Jaramillo, Adela Castaño declaran que no les consta que Vicente hubiera reconocido a Dioselina como a su hija ni la hubiera tratado como tál, lo cual contradice lo declarado por otros testigos presentados por la misma parte demandante, pero esos testimonios son más bien inferencias. El testigo Agustín Prieto, también citado por la demandante, declara que por haber vivido en la casa de ésta le consta que Jiménez reconoció como a su hija a Dioselina pero que no proveyó a sus gastos de educación y establecimiento, pues casi todos éstos los sufragó el declarante. Casi a renglón seguido el mismo declarante afirma que no le consta que Jiménez reconociera a María Dioselina como su hija natural.

Esta declaración, que es la más precisa al respecto, no tiene ningún valor probatorio tanto por la contradicción del declarante como porque aunque no la hubiera, es inexplicable que quien reconoce a una persona como su hijo, no provea en absoluto a ningún gasto relacionado siquiera con su subsistencia.

De ese acervo probatorio, lo único que se saca en limpio, como ya se expresó, es el hecho de que en algunas contadas ocasiones Jiménez ayudó a Dioselina, ya facilitándole algunos artículos de su almacén, ya haciéndole alguna pequeñísima donación, $ 40, que según los autos fue el desembolso más alto que hizo.

No está establecido por otra parte que esas pequeñas ayudas, hubieran sido hechas en el concepto de que era el padre de Dioselina, y dada su cuantía y lo intermitente y aún raro de ellas, bien puede imputarse a benevolencia o generosidad del demandado, pues de ello hay alguna prueba en los autos, y al respecto se deduce que si por una parte el demandado Vicente Jiménez, músico retirado, comerciante establecido, ha llevado una vida privada no muy ceñida a las reglas de la moral, por la otra, ha predominado en él un espíritu relativamente generoso respecto de personas en desgracia. Así se ve de la declaración de Rosaura Gómez.

El hecho además de que una persona ayude a sufragar los gastos de alumbramiento de una mujer y aun tome interés durante la enfermedad de ésta, no son por sí solos indicativos de la paternidad de quien ayuda, por las razones que ya se expusieron.

No es necesario el estudio de las pruebas presentadas al respecto por el demandado, porque aun cuando no hubieran sido aducidas, con las presentadas por la demandante, no puede ésta comprobar su estado civil de hija natural derivado de una posesión notoria de ese estado en virtud de lo establecido por el artículo 6º de la Ley 45 citada y en concordancia con el artículo 399 del Código Civil. No existe el conjunto, o sea la reunión, de testimonios fidedignos con los cuales se establezca de modo irrefragable que Vicente Jiménez proveyó o ha proveído a la subsistencia, educación y establecimiento de Dioselina. Por el contrario, los pocos actos que ejecutó en ese sentido y que pueden sólo imputarse al concepto de subsistencia, de una ayuda de emergencia, pero no de educación y establecimiento, por sí solos, no son constitutivos de la posesión notoria del estado civil.

Respecto de la parte final del artículo 6º de la Ley 45 o sea la circunstancia exigida por esa norma consistente en que los deudos y amigos del pretenso padre hayan reputado a una persona como hija de él, estima la Corte que debe interpretarse y aplicarse en la misma forma que la jurisprudencia y la doctrina han interpretado y aplicado la última parte del artículo 397 del Código Civil o sea que no basta la estimación, ni la expresión conceptual de los testigos al respecto, sino que es necesario que ella esté respaldada por los hechos, educación, sostenimiento y establecimiento del pretendido hijo. La apreciación de los testigos, al respecto, no es por sí sola la prueba de ese estado sino que debe ser la deducción, en virtud de los hechos positivos, sostenimiento, educación y establecimiento, presenciados por esos mismos testigos.

Según lo acaba de expresar la Corte, los elementos constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hijo legítimo, son los mismos que integran ese estado, respecto del hijo natural y por eso los principios consignados en los artículos 397, 398 y 399 del Código Civil son aplicables a uno y a otro caso, en cuanto a la existencia de esos elementos, en cuanto a su prueba, en cuanto al tiempo.

Es por esto pertinente transcribir lo que al respecto ha sostenido la Corte, que es aplicable a ambos casos, por lo que ya se dejó expresado. En sentencia de 21 de agosto de 1942, aún no publicada en la *Gaceta Judicial*, y en el juicio ordinario iniciado por Julio Barrera Saba contra Elvira Barrera, la Corte se reafirmó en su constante doctrina al respecto y dijo lo siguiente: "Poseer un estado civil es gozar notoriamente del título y de las ventajas que la ley determina y asigna al mismo estado. Para el caso, el artículo 397 del Código Civil señala precisamente los elementos o hechos que esencialmente constituyen la posesión del estado civil de hijo legítimo, los cuales, irrefragablemente establecidos

y reunidos constituyen la posesión de ese estado o calidad que servirá de medio probatorio para establecerlo a falta de la prueba principal y de la supletoria directa sobre el hecho constitutivo. Esta disposición, reproduciendo propiamente los elementos tradicionales de *nomen, tractatus y fama,* dice que la posesión notoria del estado de hijo legítimo, consiste en que sus padres le hayan tratado como tál, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándole en ese carácter a sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como hijo legítimo de tales padres. Esta posesión, para que pueda legalmente recibirse como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos por lo menos (398), y deberá probarse en juicio mediante un conjunto de testimonios dignos de fe que la establezcan de un modo irrefragable (399). Esos caracteres de la posesión, determinados en el Código para cada caso especial, constituyen asimismo condiciones de esencia de esta última prueba supletoria del estado civil, detalladamente reglamentada en la ley. .....El análisis como prueba de la posesión de estado civil de estas exposiciones testificales, para las cuales la ley exige un especial valor demostrativo cuando quiere que la establezcan de un modo irrefragable, con pluralidad más numerosa de la ordinaria, revela las deficiencias sustanciales en forma que sólo sobrestimándola ilegalmente pudo tenerse como base de la convicción judicial. .....No basta, como se vio, dentro del conjunto de exigencias legales, demostrar el tratamiento de padre y madre con el hijo y la fama para tener por establecido el estado de que se trata; se requiere, además, establecer con el mismo mérito probatorio que los hechos en que consiste la posesión han durado diez años continuos por lo menos, que es el término mínimo en que la ley presume que puede formarse de manera aceptable la fama pública, y por ese aspecto la prueba que se estudia tampoco se acomoda a la norma legal, porque las exposiciones atrás insertas no dan base para tener por probada esta circunstancia temporal ni la de la continuidad, requerida también."

No está, pues, se repite, demostrada la posesión notoria del estado de hija natural de Dioselina Ríos respecto de Vicente Jiménez ni en cuanto a los elementos que la integran, continuidad, permanencia y notoriedad, ni en cuanto a los hechos en el modo indicado, ni en cuanto al tiempo. La acción de la demandante no puede por lo tanto prosperar o sea no puede declararse la paternidad judicial que ha impetrado.

Llega pues la Corte a la misma conclusión, aunque por razones muy diferentes, y previo el estudio y análisis que se ha hecho, a la que llegó el fallador de Pereira, y es doctrina sentada por la Corte, que en ese caso, es inoficioso casar la sentencia, y ésta es la única razón para no casar el fallo recurrido.

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

Sin costas ni en el juicio ni en el recurso.

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

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

Acción petitoria de que dos obligaciones distintas deben considerarse como una sola.—Incongruencia.

1.—Ha sido doctrina constante y reiterada de la Corte la de que no procede la causal segunda de casación en casos en que habiendo el Tribunal considerado la totalidad de las cuestiones y aspectos de la materia controvertida, ha decidido con fórmula absolutoria el litigio.

2.—Las disposiciones de los artículos 1618 y 1620 a 1625 del Código Civil no dan base, como jurisprudencialmente lo tiene establecido la Corte, al recurso de casación por el motivo primero del artículo 520, porque tales preceptos no consagran derechos y contienen simplemente reglas o consejos para una acertada interpretación contractual en busca de la verdadera intención de las partes, que es la norma predominante, en forma que a su quebranto no puede llegarse sino a través del desconocimiento de otros textos de la ley.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

El 1º de enero de 1929 Pedro Ignacio Uribe y Luis Felipe Ramírez celebraron un contrato de mutuo con interés, por medio del cual el segundo prestó al primero la suma de $ 16.000 por el término de 6 meses a partir de esa fecha y a la rata del 1½% mensual, según documento privado fechado ese día en Bogotá.

El día de año nuevo de 1931 celebraron los mismos otro contrato de mutuo, como consta en documento de esa fecha otorgado en esta ciudad, en el cual Uribe U. se declara deudor de Ramírez por la cantidad de $ 4.000 que devengan interés a la rata del 1½% mensual durante seis meses a contar de la fecha del documento.

Incumplidas por el deudor sus obligaciones mutuarias, con base en los precitados documentos y ante el Juzgado 6º Civil de este Circuito, Luis Felipe Ramírez inició contra Pedro Ignacio Uribe acción de cobro por la vía ejecutiva. Dictado e intimado al deudor el correspondiente mandamiento de pago, 12 meses después de hallarse en firme el auto ejecutivo, Uribe y Ramírez celebraron un convenio que hicieron constar en documento privado de fecha 1º de septiembre de 1937, en el cual, después de hacer referencia a los créditos mutuarios constantes en los documentos de 1º de enero de 1929 y 1931, por $ 16.000 y $ 4.000, respectivamente, a cargo de Uribe U. que corren en el ejecutivo cursante en el Juzgado 6º del Circuito, estipularon lo siguiente:

"*Cuarto.* Que para facilitar el pago de dichos créditos han celebrado amigablemente el siguiente convenio: a) El monto del valor de los créditos citados arriba se ha estimado en esta fecha por capital e intereses en la suma de $ 26.500 moneda corriente; b) Dichos $ 26.500 los pagará Uribe U. a Ramírez B. sin intereses, de los productos de la parcelación de la hacienda de *El Quipe* aludida, advirtiendo que dicha parcelación, ha sido iniciada ya por Uribe U.; c) Dichos productos de la parcelación, con exclusión de los gastos lógicos de la misma parcelación, le serán entregados íntegramente a Ramírez para ir abonando a la deuda de $ 26.500 hasta su cancelación total; d) El plazo máximo para dicha cancelación es el de dos y medio años contados desde la fecha de este documento en adelante, advirtiendo que Uribe U. debe pagar con dichos productos un mínimum de $ 10.000 moneda corriente, durante el primer año del plazo, y un mínimum durante el segundo año del plazo, es decir que durante los dos primeros años deben quedar cancelados por lo menos $ 20.000 de los $ 26.500 que monta la deuda; e) Si al final del plazo de los dos años y medio quedare algún saldo de la deuda a cargo de Uribe U. pagará éste a Ramírez B. por intereses el uno por ciento mensual (1%) sobre el valor de dicho saldo, hasta su cancelación; d) Los documentos en que consta la deuda primitiva quedarán sin cancelar en el Juzgado y servirán de garantía para el cumplimiento del presente contrato."

Con los productos de la parcelación de la finca *El Quipe* no se verificaron los pagos en la forma pactada en la convención transcrita, y con base en esa circunstancia Ramírez B. continuó su ejecución tal como la había iniciado, esto es, con prescindencia de las estipulaciones en ella consignadas. Excepcionó el ejecutado Uribe Uribe con el objeto de defender la convención del 1º

de septiembre de 1937 alegando que las obligaciones de ésta habían sustituido a las de los documentos de 1º de enero de 1929 y 1931, pero sus defensas no prosperaron, y en el fallo definitivo que recayó sobre el incidente de excepciones se ordenó seguir adelante la ejecución "con base en los documentos calificados al librarse los mandamientos de autos".

Perdido el incidente exceptivo, en que se declaró improbada la excepción de novación propuesta, Pedro Ignacio Uribe Uribe, por medio de apoderado y en libelo de fecha 12 de abril de 1940, repartido al Juzgado 1º de este Circuito, demandó a Luis Felipe Ramírez para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare que los contratos de mutuo celebrados entre actor y demandado, por $ 16.000 y $ 4.000 con sus intereses estipulados, que constan en documentos privados de fechas 1º de enero de 1929 y 1º de enero de 1931, respectivamente, otorgados en Bogotá, "quedaron convertidos o confundidos en una sola obligación por valor de $ 26.500 por capital e intereses devengados, mediante el contrato que esas mismas personas hicieron constar en el documento de fecha 1º de septiembre de 1937, otorgado en Bogotá"; que, consiguientemente, el actor solamente es deudor de esta última suma, sin interés alguno; que, en consecuencia, si al tiempo de ejecutarse este fallo hubiera terminado el juicio ejecutivo que cursa en el Juzgado 6º del Circuito con base en los dos documentos primitivos por remate de bienes y entrega al acreedor de suma superior a $ 26.500 el demandado está obligado a devolver al actor el excedente de esa suma, que hubiere recibido; que en los anteriores términos quedan revisadas y sin valor las sentencias de excepciones proferidas con fecha 7 de diciembre de 1938 y 23 de agosto de 1939, del Juzgado 6º y el Tribunal de Bogotá, en el ejecutivo de Ramírez contra Uribe, y, finalmente, que se condene al demandado al pago de las costas del juicio.

Corrido el traslado de la demanda, se opuso el demandado a las pretensiones del actor, y tramitado el primer grado del juicio el Juez del Circuito lo desató en sentencia del 2 de septiembre de 1941 en forma totalmente absolutoria y con costas a cargo del demandante.

Sentencia acusada.

Subido el negocio al Tribunal Superior de Bogotá por apelación interpuesta por el actor contra el fallo del Juzgado, después de tramitar la segunda instancia confirmó esa Superioridad la sentencia recurrida y condenó también en costas al actor.

Coincidiendo con el sentenciador de primer grado, estimó el Tribunal, en presencia de los términos no expuestos a confusión en que está redactado el convenio del 1º de septiembre de 1937, que no es fundada en derecho la solicitud de que se declare que las dos obligaciones mutuarias de 1º de enero de 1929 y 1º de enero de 1931 quedaron convertidas en la de $ 26.500 que sin intereses es la única que adeuda Pedro Ignacio Uribe, porque no puede jurídicamente configurarse una novación ya que las partes contratantes no expresaron su voluntad de novar, ni es posible deducir del texto de la convención su indudable intención en este sentido. No apareciendo la intención de novar, consideró el Tribunal, de acuerdo con el artículo 1693 del Código Civil, como coexistentes y válidas las dos obligaciones (las dos anteriores y la nueva), en la inteligencia de que la cancelación y vigencia de las dos anteriores quedaba subordinada al cumplimiento de lo pactado en la convención de septiembre, pues a esta conclusión lleva la expresa estipulación que se hizo de que los dos documentos que habían servido de recaudo ejecutivo quedaban sin cancelar en el Juzgado y se destinaban a servir de garantía de cumplimiento a las nuevas estipulaciones sobre pago.

El recurso.

Contra la sentencia definitiva de segunda instancia interpuso oportunamente el demandante el recurso de casación que hoy se decide por estar agotada su tramitación. Para fundarlo se han presentado ante la Corte en el término correspondiente dos demandas: una personalmente suscrita por el actor Uribe Uribe y otra por su apoderado. Los cargos que en estos dos libelos se formulan contra la sentencia del Tribunal son los que en seguida se enuncian y consideran:

a) *Causal segunda.* La sentencia del Tribunal es incongruente con las pretensiones deducidas en la demanda, porque en ésta se pide la declaración de que en el contrato de 1º de septiembre quedaron confundidas en una sola obligación las dos anteriores, por capital e intereses, y que este contrato es el que rige las relaciones de las partes, sin atacar la subsistencia de los mutuos primitivos, y el Tribunal, dejando de lado este pedimento, estudió y juzgó un caso de novación que nadie ha traído a debate judicial.

Se considera:

Los términos inequívocos en que están concebidos los pedimentos de la demanda, relacionados con los razonamientos expuestos en el fallo acusado, no prestan base al cargo por inconsonancia entre lo pedido y lo fallado, porque no resulta en manera alguna que la fórmula absolutoria con que se desató este litigio haya recaído sobre acción distinta o diversa materia de la que sometió la demanda a la decisión judicial.

Las consideraciones que la sentencia contiene sobre novación no puede decirse que versen so-

bre punto ajeno a la controversia (ultra petita), porque no cabe duda que a este fenómeno extintivo de obligaciones se refiere la demanda cuando pide la declaración de que las dos obligaciones mutuarias anteriores se convirtieron en la del 1º de septiembre de 1937, esto es, se mudaron en una nueva que representa la única y exclusiva obligación del deudor, por lo cual, si en el juicio ejecutivo hubiere prosperado el cobro de conformidad con los documentos en que constaban las antiguas obligaciones, debe devolverse el exceso. La sentencia de excepciones en el ejecutivo cuya revisión e invalidación es uno de los objetivos de este pleito, negó la existencia de la novación, de donde resulta también que ahora se ha planteado de nuevo esta cuestión, porque de nó, carecería de objeto y razón laorevisión demandada.

La intención incuestionable del actor, revelada en la demanda, es la de libertarse de las prestaciones a que se obligó en los documentos de 1º de enero de 1929 y 1931 a favor de su acreedor Ramírez y la realización de este propósito, que es la esencia jurídica de los modos extintivos de las obligaciones, se ha buscado por el medio jurídico de la novación, aunque no se haya mentado la palabra. Plantear el asunto diciendo que lo que se ha pedido es que las obligaciones mutuarias del actor se rijan por el nuevo contrato y no por los anteriores, es, con vocablos distintos, el planteamiento de la misma cuestión.

No interpretó mal la demanda, por tanto, el Tribunal al enfocar el pleito desde el ángulo de la novación. Estimó que para la existencia de ésta faltaba el *animus novandi*, que es elemento de su esencia, en este caso excluído expresamente por virtud de la estipulación que dejó vigentes y en calidad de garantía del pacto de septiembre las anteriores obligaciones, que no se quisieron extinguir. Pero estimó asimismo el fallador, en conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1693 del Código Civil, que las obligaciones primitivas, para garantizar el cumplimiento del nuevo convenio sobre pagos quedaban en suspenso para recobrar su plena eficacia dentro del juicio en que ya habían servido de recaudo ejecutivo si se incumplía lo pactado para facilitar su pago. Se contempló, pues, a la vez que el fenómeno de la extinción, para rechazarlo, el de la coexistencia de las dos obligaciones, para deducir, como se ha visto, las consecuencias legales a que conducía una acertada interpretación de la voluntad de los contratantes claramente expresada en las cláusulas del convenio.

Por lo demás, para desechar este cargo bastaría recordar la insistente doctrina de esta Sala conforme a la cual no procede la causal segunda de casación en casos como éste en que habiendo el Tribunal considerado la totalidad de las cuestiones y aspectos de la materia controvertida ha decidido con fórmula absolutoria el litigio.

b) *Causal primera. Primer cargo.* Violación de los artículos 1602, 1687, 1693, 1618, 1620, 1621, 1624 y 1625 del Código Civil, unos directamente por indebida aplicación y los otros como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal en la interpretación de la demanda y al apreciar los documentos de 1º de enero de 1929, 1º de enero de 1931 y 1º de septiembre de 1937, pues ninguno de estos elementos procesales "da pie para plantear cuestiones de novación ni de ningún otro medio de extinción de las obligaciones resultantes de los mutuos, cuestiones cuyo estudio fue el único objeto de su fallo".

Se considera:

Las razones que se dejaron enunciadas al estudiar el cargo por la causal segunda pueden traerse a este capítulo para desechar la imputación de error interpretativo de la demanda, que se hace consistir en haber hallado el Tribunal en este documento motivo y tema para sus consideraciones en torno de la novación, porque como ya se vio sobre el significado de los vocablos usados en la parte petitoria del libelo, es materia jurídica de la controversia el fenómeno de la novación, que aunque no denominado en la demanda, cobra actualidad de estudio en la sentencia porque ella lo contiene y propone en todos sus elementos esenciales.

Pero es que el Tribunal no estudió la novación sino para concluir que en este caso no tuvo ocurrencia porque la intención de los contratantes no fue en manera alguna extinguir las obligaciones anteriores ni su ánimo fue el de dar nacimiento a una obligación distinta. Excluído este modo de extinguir las obligaciones, la solución denegatoria de los pedimentos del actor a que llegó el sentenciador se funda en la interpretación y análisis que hizo de lo pactado en el documento del 1º de septiembre de 1937, conforme al cual las obligaciones mutuarias anteriores, sobre las que reposaba ya un mandamiento judicial de pago, apenas quedaron en suspenso pero habilitadas y capaces para continuar de acuerdo con ellas la ejecución pendiente si el deudor Uribe Uribe no cumplía lo convenido, con el objeto de facilitarle el pago precisamente pactado con lo que recaudara en la parcelación de su finca *El Quipe*. Que esta fue la interpretación en que se apoyó el Tribunal para no declarar que las relaciones entre actor y demandado debían regirse, a partir del 1º de septiembre por lo pactado en esta fecha, con prescindencia total de los documentos anteriores, lo demuestran los siguientes pasajes de su fallo:

"Si lo pactado en la nueva obligación no aparece cumplido por el deudor Pedro Ignacio Uribe, ya que en los autos apenas se acredita, dentro del primer año de su vigencia, 1937 a 1938, abonos parciales (folios 4 vuelto y 5, cuaderno número 3) que no alcanzan a lo pactado, que era un mínimum de $ 10.000, es concluyente ante la ley que las obligaciones anteriores se hallan vigentes; a no otro sentido lleva el haberlas reservado como garantía y por tanto hace imposible la declaración solicitada. El mismo demandante así lo debe comprender que no a otra cosa lo llevaba su incumplimiento, pues la no cancelación de los documentos y su reserva de garantía así lo suponía desde el momento en que se firmó la segunda obligación. Ahora, si el último contrato no se cumplió, los documentos anteriores que expresamente se dejaron sin cancelar conservan todo su valor y de consiguiente la primera petición de la demanda debe desecharse, lo mismo que las siguientes como consecuenciales que son."

Esta interpretación, en concepto de la Sala, consulta la intención de los contratantes fielmente reflejada en el tenor de lo expreso. La conclusión de que el convenio de septiembre quedó subordinado por la condición de su cumplimiento a la prosecución del juicio ejecutivo de acuerdo con los documentos calificados al librarse el mandamiento de pago, es la que imponen las reglas legales de hermenéutica contractual que mandan preferir el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto y la que aconseja interpretar, unas por otras, las diversas estipulaciones de un contrato. Cualquier solución que parta de la ineficacia o invalidación o transformación de las prestaciones consignadas en los documentos de 1º de enero de 1929 y 1931, dejaría completamente estéril la cláusula del contrato de septiembre en que se convino que los documentos en que constaban las deudas primitivas quedaban sin cancelar en el Juzgado y servían para garantizar el cumplimiento de lo que se convenía para facilitar el pago extrajudicial.

Por lo demás, las disposiciones de los artículos 1618, y 1620 a 1625 del Código Civil, que el recurrente señala como violadas por el Tribunal, no dan base, como jurisprudencialmente lo tiene establecido la Corte, al recurso de casación por el motivo primero del artículo 520, porque tales preceptos no consagran derechos y contienen simplemente reglas o consejos para una acertada interpretación contractual en busca de la verdadera intención de las partes que es la norma predominante, en forma que a su quebranto no puede llegarse sino a través del desconocimiento de otros textos de la ley.

Segundo cargo. Violación de los artículos 2469, 2479, 2483, 2484, 2485 y 2486 del Código Civil, correspondientes al Título 39 del Libro 4º, en que incurrió el Tribunal como consecuencia del error de hecho y de derecho cometidos en la interpretación del contrato contenido en el documento de fecha 1º de septiembre de 1937 al no ver en éste, como resulta de todo su contenido, una transacción celebrada entre Ramírez y Uribe sobre el litigio existente entre ellos en el Juzgado 6º del Circuito de Bogotá.

Se considera:

Ni el más leve soporte ofrece la realidad procesal a este cargo. La tesis de la transacción, traída a última hora al juicio con visible improcedencia, no enmarca dentro de las cuestiones propuestas por la demanda y su respuesta a la decisión de la justicia. Ni el objeto de la acción deducida en este pleito, ni los términos del contrato aludido, se refieren ni enderezan en ninguna forma a la terminación extrajudicial de un litigio pendiente. Esto, sin advertir que dentro de la técnica jurídica que corresponde a la transacción, equiparada en sus efectos a la cosa juzgada, es el papel de excepción cuando lo que se busca es impedir que se renueve un juicio sobre el mismo punto. Por otra parte, la falta total de antecedentes procesales en torno de esta cuestión le da a este aspecto de la transacción la calidad de medio nuevo en casación con su improcedencia e inadmisibilidad correspondientes.

No siendo más los cargos y resultando todos infundados, 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 7 de diciembre de 1942, que ha sido materia de este recurso de casación.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

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

Fulgencio Lequerica Vélez, Daniel Anzola, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hines trosa Daza, Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

Reivindicación.—Naturaleza jurídica de la acción de deslinde. Explicación del alcance de una doctrina anterior de la Corte.

La Corte estima que a su doctrina sobre que en las controversias de deslinde no se discuten ni se deciden cuestiones de dominio no puede dársele una extensión tan amplia, casi ilimitada, que llegue a excluír de las acciones de deslinde todo aquello que se refiera al dominio de los inmuebles sobre que versan. Ciertamente el fin principial de esas acciones es el fijar la materialidad del lindero o linderos respectivos, y señalarlos, en lo posible, con mojones o con cualquier otro signo que haga ostensible la línea de separación. Pero esta operación tiene por causa las discusiones entre propietarios vecinos, en lo tocante a la cabida o extensión de sus respectivos fundos, y como se dirigen a poner término a ese estado irregular de las relaciones de vecindad, es obvio que no pueden ser inoperantes. El derecho de deslindar los fundos es un atributo de la propiedad, como se deduce del artículo 900 del Código Civil. Por definición misma la acción de deslinde, especialmente en el caso de autos, implica e impone, no sólo la noción sino la prueba de la propiedad, que es el derecho real principal que aquí se contempla. Es indispensable ser dueño para poderla incoar, porque lo que con ella se persigue es la determinación de la extensión del dominio sobre el inmueble. Por donde se ve que el solo hecho de ejercerla plantea sobre el terreno el contenido espacial del título que acredita la condición de propietario. Y como la discusión se traba en relación con un predio contiguo cuya línea de separación es incierta, o dudosa, resulta necesario también que el juicio se ventile con el propietario de éste, porque el dominio es derecho real, y, como tal, hace preciso que lo atañadero a él se discuta con su titular. De ahí que la Corte haya decidido que el juicio de deslinde tiene virtud suficiente para interrumpir civilmente la prescripción adquisitiva del dominio, y que para explicar su aserto se haya expresado así: "Aunque el juicio de deslinde no tiene por objeto, de manera directa, discutir la propiedad, no puede intentarse sino en razón de ello o de quien tenga un derecho real, en forma tal que la acción de deslinde viene a ser un modo especial de ejercicio del derecho de dominio sobre la zona cuya propiedad se discute por las partes y que, por esa circunstancia, quieren deslindarse." (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, 539, 2ª). De ahí también la doctrina consignada en el número 68 del tomo 3º de la Jurisprudencia de la Corte). En los pleitos de deslinde, precisamente por la incertidumbre de los límites, se deja al Juez que los investigue, compruebe y señale. Tal es la doctrina del artículo 869 del Código de Procedimiento Civil.

Es, pues, de rigor concluír que si bien las controversias de deslinde no pueden tener el fin de las de reivindicación que sirven para recuperar los predios cuya posesión se ha perdido, que es lo que la Corte ha consagrado como su doctrina constante, sin embargo no son ni pueden ser absolutamente ajenas a puntos o extremos en que la propiedad tenga juego. No son declarativas, pero sí atributivas del dominio, y ello basta para evidenciar lo que se viene diciendo y para establecer cómo lo que en ellas se decida acerca de la extensión de los fundos no puede ser enteramente baldío.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Reinaldo Melo promovió en el año de 1931 juicio especial para deslindar su predio *Monteverde*, ubicado en jurisdicción de Anolaima, del de *Caprea*, situado en el mismo Municipio.

Dirigió su acción contra Pedro Antonio Castañeda Parra y sus hermanos —los mismos que son demandantes en el presente— como propietarios de *Caprea*.

Practicado el apeo, mediante las laboriosas diligencias de que dan cuenta los documentos del cuaderno número 3 de este expediente, los expresados Castañedas Parras objetaron la línea señalada, por considerar que era la que debe separar su predio del de Melo. El juicio ordinario a que dio origen esa oposición fue desatado por sentencia que se ejecutorió y se registró, negando las pretensiones de quienes lo incoaron y dejando, en consecuencia, en firme la línea fijada en el deslinde.

Algún tiempo después los mismos Castañedas, por medio de apoderado, iniciaron este juicio,

en el cual plantean acción reivindicatoria contra Reinaldo Melo, a fin de que se le condene a restituírles, con sus frutos, el globo de tierra que determinan en su demanda, la cual, según los hechos que enumera, se sustenta, en síntesis, en que tal globo lo hubo su padre, José Tadeo Castañeda, por compra a Isidoro Sarmiento, consignada en la escritura número 316, de 7 de agosto de 1876, otorgada ante el Notario de Facatativá, y en que por haber fallecido José Tadeo y su cónyuge Lucía Parra de Castañeda, sin haberlo enajenado, les corresponde por herencia.

El demandado no convino en la acción, opuso las excepciones de cosa juzgada y prescripción adquisitiva y denunció el pleito a la sucesión ilíquida de su vendedora, María de Jesús Suárez de Terán, representada por el Municipio de Anolaima, heredero universal de esta señora, y por Abraham N. Pinto, albacea de la misma.

El Juez de primer grado falló la litis declarando no probadas las excepciones y absolviendo al demandado de los cargos que se le hacen, sin condenar en costas. Pero el Tribunal de Bogotá, a cuyo conocimiento llegó el asunto por apelación, revocó la decisión del inferior y en su lugar decretó las peticiones de la demanda, bien que no en favor de los cinco Castañedas Parras que suscriben el libelo, sino únicamente en favor de Magdalena, Blanca Isabel y Ana Carlina.

El recurso

Este fallo del Tribunal, que lleva fecha veintitrés de junio de mil novecientos cuarenta y dos, es el objeto del presente recurso de casación, interpuesto por el demandado y por el citado Municipio de Anolaima. Ambos lo fundaron oportunamente ante la Corte y hoy se procede a decidirlo, para lo cual se estudian a continuación los cargos respectivos.

Primer cargo. Violación directa del artículo 473 del Código Judicial, por errónea apreciación de las pruebas.

Se sustenta diciendo que en el juicio de deslinde de los fundos de *Monteverde* y *Caprea,* la parte de los Castañedas presentó como base y fundamento de sus pretensiones la escritura número 316, de 7 de agosto de 1876, pasada ante el Notario de Facatativá y mediante la cual la finca *Caprea* fue adquirida por José Tadeo Castañeda, causante de los citados Castañedas Parras; que como consecuencia del debate trabado alrededor de ese título para determinar su contenido territorial, el Juez fijó la línea que se especifica en la respectiva acta de la diligencia de apeo como límite o confín de los dos predios; que no obstante haberse vuelto a discutir a través del mismo título en el juicio de oposición que subsiguió al de deslinde, tal línea quedó vigente o en firme, por cuanto la demanda de contradicción fue negada en la sentencia que finalizó la causa, la cual se ejecutorió y se registró en la oficina y en el libro correspondiente; que a pesar de esto la acción reivindicatoria planteada en la presente litis se apoya en la citada escritura número 316 y se dirige a obtener que se condene a Reinaldo Melo a entregar a sus demandantes una zona de terreno que en el deslinde se reconoció y declaró parte integrante de su fundo *Monteverde,* y que como el sentenciador acogió esa intención, su pronunciamiento quebranta la disposición legal mencionada, que consagra los efectos de la cosa juzgada, ya directamente, ya por efecto de errores de hecho y de derecho en la apreciación de la referida escritura y de las decisiones proferidas en los juicios de deslinde.

Por éstas —dice uno de los recurrentes— "se estatuyó que uno y otro predio, de acuerdo con los títulos expresados, llegan hasta la referida línea, es decir, que se tocan en ella y que por lo tanto ninguno puede sobrepasarla porque invadiría al otro." Ahora bien —agrega— en la presente acción se persigue la declaración de que una parte de *Monteverde,* delimitado en aquellas actuaciones por la línea citada, pertenece a *Caprea,* lo cual implica, como sin dificultad se comprende, la variación de tal línea en el sentido de extenderla hasta comprender el terreno de la reivindicación. Por esta vía torcida de la reivindicación se intenta, pues, en puridad de verdad, la variación y modificación de la raya fijada en el deslinde, ya que en éste la discusión versó sobre el contenido territorial de los títulos de que se ha hecho mérito y que lo que ahora se pretende es la declaración de que ese contenido que allí se estableció no es el que corresponde."

"Trátase, en efecto —dice el otro recurrente— de saber en este pleito si el título escriturario que se invocó en la demanda comprende como de propiedad de los actores el terreno que se reinvindica; es decir, trátase de conocer cuál fue el terreno comprendido en este título, que es la escritura número 316, de 7 de agosto de 1876, por la cual Sarmiento vende a Tadeo Castañeda un globo de tierra montuoso. La sentencia acusada lo averiguó y concluyó por la afirmativa. Esa averiguación se había hecho ya en el juicio de deslinde iniciado el 13 de mayo de 1931 por los mismos demandantes de este juicio contra el mismo demandado, y la investigación concluyó por la negativa. Luego hay dos sentencias contradictorias, la última de las cuales debe anularse para obedecer el precepto de orden público consagrado por el artículo 473 del Código Judicial, y anularla es casarla."

Segundo cargo. Aunque uno de los recurrentes lo desarrolla en dos capítulos separados, se resumen éstos en uno, por versar sobre la misma

materia y por haberlo presentado así el otro recurrente, quien coincide con las ideas de aquél y lo extiende, además, a otros elementos del proceso que considera simultáneamente mal apreciados.

Se hace consistir en errores de hecho y de derecho en la estimación de las declaraciones de testigos en que el sentenciador se fundó para la determinación, en cuanto al objeto, de la escritura número 316, en la de este mismo instrumento y en la de las copias de los fallos y actuaciones en la acción de deslinde de que se ha hecho mérito, de lo cual los recurrentes deducen la violación directa de los artículos 601, 690, 693, 697 y 702 del Código Judicial, e indirectamente de los artículos 946 y 950 del C. C.

Los extensos razonamientos que ambos recurrentes hacen alrededor de las tesis que plantean pueden resumirse así:

El Tribunal infiere la identidad del terreno demarcado en la demanda con el que determina la escritura 316, de los testimonios rendidos ante él por Juan Vargas, Braulio Romero y Manuel Pulido, y de los que en la primera instancia se recibieron a Enrique Castro A., Eustaquio Rubiano R., Angel María González, Luis Jorge Rodríguez y Luis Jiménez Acosta, y basado en esa premisa desató la litis en la forma en que lo hizo, esto es, decretando la reivindicación.

Pero las declaraciones de la primera instancia carecen de fuerza probatoria, no sólo por su falta de verosimilitud según lo demostró detalladamente el Juez que en este grado del juicio falló, sino también, y principalmente, como que es motivo que impide el que siquiera se éntre a considerarlas, porque fueron recibidas antes de notificarse la providencia que ordenó su recepción, ya que así la prueba resulta practicada sin citación de la parte contra quien se adujo y, por ende, con omisión de las fórmulas tutelares del derecho de esa parte.

En lo tocante a las declaraciones producidas en la segunda instancia, los recurrentes las tachan de vagas o imprecisas, contradictorias e ineficaces por lo tanto, para sustentar las conclusiones del fallo, y hacen sobre el particular las explicaciones correspondientes.

Por lo demás, afirman que la prueba testimonial, como lo sostiene la decisión de primera instancia, no es la idónea para demostrar esta clase de hechos y que "aun cuando el Tribunal, con el argumento empírico de que no está expresamente excluida por la ley, desechó esos razonamientos", es lo cierto que la tesis del Juez está respaldada con las doctrinas de la Corte, sostenidas en los fallos que en lo pertinente copian.

Tercer cargo. Se relaciona con la repulsa del sentenciador a la excepción de prescripción opuesta en la contestación a la demanda, y se formula diciendo que el fallo acusado, al pronunciarse al respecto, violó los artículos 2512, 778 y 2521 del Código Civil, como consecuencia de un error manifiesto de hecho en la apreciación de la prueba de posesión dada por el demandado.

Cuarto cargo. Se formula con base en la segunda de las causales de casación enumeradas en el artículo 520 del Código Judicial, pero como, dado su planteamiento, su éxito apenas afectaría parcialmente el fallo, y en cambio los cargos que se hacen con fundamento en la causal 1ª sí lo hieren en su totalidad y han de prosperar, según se verá adelante, se prescinde de su enunciación.

Estudio de los cargos.

Se considera:

Con apoyo en el concepto, varias veces emitido por la Corte, de que en las controversias de deslinde no se discuten ni se deciden cuestiones de dominio, el sentenciador, desechando la excepción de cosa juzgada, acogió la acción de reinvindicación, pues sostiene que las decisiones aceptadas en el deslinde que se siguió entre las partes que militan en esta causa, no pudieron definir lo que aquí se ha planteado por los Castañedas en orden a la propiedad de la zona de terreno en disputa.

Empero, la Corte estima que a aquel concepto no puede dársele una extensión tan amplia, casi ilimitada, que llegue a excluír de las acciones de deslinde todo aquello qué haga relación al dominio de los inmuebles sobre que versan. Ciertamente el fin principal de esas acciones es el fijar la materialidad del lindero o linderos respectivos, y señalarlos, en lo posible, con mojones o con cualquier otro signo que haga ostensible la línea de separación. Pero esta operación tiene por causa las discusiones entre propietarios vecinos, en lo tocante a la cabida o extensión de sus respectivos fundos, y como se dirigen a poner término a ese estado irregular de las relaciones de vecindad, es obvio que no pueden ser inoperantes.

El derecho de deslindar los fundos es un atributo de la propiedad. Por eso la disposición que lo consagra —artículo 900 del Código Civil— preceptúa que "todo dueño de un predio tiene derecho a que se fijen los límites que lo separan de los predios colindantes." Por definición misma la acción de deslinde, especialmente en el caso de autos, implica e impone, no sólo la noción sino la prueba de la propiedad, que es el derecho real principal que aquí se contempla. Es indispensable ser dueño para poderla incoar, porque lo que con ella se persigue es la determinación de la extensión del dominio sobre el inmueble. Por donde se ve

que el solo hecho de ejercerla plantea ya una cuestión relacionada con el dominio, enderazada a localizar sobre el terreno el contenido especial del título que acredita la condición de propietario. Y como la discusión se traba en relación con un predio contiguo cuya línea de separación es incierta, o dudosa, resulta necesario también que el juicio se ventile con el propietario de éste, porque el dominio es derecho real, y, como tál, hace preciso que lo atañedero a él, se discuta con su titular. De ahí que la Corte haya decidido que el juicio de deslinde tiene virtud suficiente para interrumpir civilmente la prescripción adquisitiva del dominio, y que para explicar su aserto se haya expresado así:

"Aunque el juicio de deslinde no tiene por objeto, de manera directa, discutir la propiedad, no puede intentarse sino en razón de ello o de quien tenga un derecho real, en forma tal que la acción de deslinde viene a ser un modo especial de ejercicio del derecho de dominio sobre la zona cuya propiedad se discute por las partes y que, por esa circunstancia, quiere deslindarse". (Casación, XLIX, números 1957 y 1958, 539 2ª).

Y de ahí también que con bastante anterioridad a esto hubiese sostenido la tesis siguiente:

"Cuando en virtud de un deslinde entre dos predios una zona de terreno queda incorporada en uno de ellos, y no obstante la retiene el colindante, el dueño de la zona incorporada tiene derecho a intentar acción reivindicatoria". (Jurisprudencia de la Corte Suprema, tomo 3º, número 68).

En los pleitos de deslinde, precisamente por la incertidumbre de los límites, se deja al Juez que los investigue, los compruebe y los señale. Por eso al reglamentarlos, el Código de Procedimiento Civil ordena:

"Trasladado el Juez con su Secretario y los peritos, en su caso, al sitio disputado, impuesto de los documentos presentados por las partes y de los que éstas exhiban en el acto de la diligencia, recibidas las declaraciones y oído el dictamen pericial, señala los linderos y hace poner mojones en los lugares en que ello sea necesario para marcar ostensiblemente la línea divisoria." (Artículo 869, Código Judicial).

En presencia de lo expuesto es de rigor concluir que si bien las controversias de deslinde no pueden tener la finalidad de las de reivindicación, que sirven para recuperar los predios cuya posesión se ha perdido; que es lo que la Corte ha consagrado como su doctrina constante, sin embargo no son ni pueden ser absolutamente ajenas a puntos o extremos en que la propiedad tenga juego. No son declarativas, pero sí atributivas del dominio, y ello basta para evidenciar lo que se viene diciendo y para establecer cómo lo que en ellas se decida acerca de la extensión de los fundos no puede ser enteramente baldío.

Ahora bien: en el caso actual consta que en el año de 1931 se llevó a efecto el deslinde y amojonamiento de las fincas de *Caprea* y *Monteverde*, en el juicio de esa especie que se siguió entre las mismas partes que militan en esta litis. Consta también que la línea señalada en la diligencia de apeo fue objetada por la parte de los Castañedas, y que en el juicio ordinario a que la oposición dio lugar, tal línea quedó vigente o en firme, porque en la sentencia que decidió en defintiva la causa fue negada la pretensión del contradictor. Y aparece igualmente que fue base de la defensa de los Castañedas en esas disputas, y por ende objeto de estudio y decisión de los Jueces que las fallaron, la escritura número 316, de 7 de agosto de 1876, de la Notaría de Facatativá. Por tanto, la intención de los Castañedas, apoyada en lo que reza y demuestra ese título, no puede considerarse totalmente desvinculada de aquellas decisiones que adoptaron la línea en referencia.

Ahora se pretende por los mismos Castañedas reivindicar una zona que necesariamente implica la variación de esa línea, en el sentido de extender más allá de la misma su propiedad, cercenando la del demandado Reinaldo Melo; es decir, que por medio de este juicio se intenta ventilar nuevamente lo que fue materia del especial y del ordinario a que dio lugar la acción específica de determinación de límites varias veces mencionada. Y para sacar avante sus puntos de vista, invocan, como título del dominio que alegan, la misma supracitada escritura número 316, pues sostienen que la alindación del terreno que en ella se describe abarca o comprende la zona del pleito, la misma, se repite, en vista de su importancia, que en el apeo y en el ordinario de contradicción que le subsiguió se reconoció o declaró como parte integrante de la heredad del señor Melo. Así aparece con claridad de los hechos fundamentales de la demanda y a todo lo largo de los autos.

El Tribunal, partiendo de la base errónea, por lo exagerada, de que las controversias de deslinde carecen de toda influencia en las cuestiones de dominio que puedan trabarse sobre la zona disputada por las partes en ellas, acogió esta pretensión de los Castañedas. Olvidó así, pues, que lo que se ha traído a debate en este pleito es la misma relación jurídica desatada en asunto controvertido entre los mismos que aquí litigan; y como el nuevo examen que se intenta no está autorizado por la ley, se concluye que es fundado el cargo por viola-

ción del artículo 473 del Código Judicial, que consagra, como efecto de la cosa juzgada, el principio de que una vez fallada en definitiva una controversia no puede llevarse de nuevo ante los Tibunales de justicia, salvo los casos del recurso de revisión y de que por disposición legal expresa pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial.

Bien conocido es el principio de que las sentencias han de ser relativas no sólo respecto de las personas sino de los elementos que en tecnicismo procesal se llaman cualidades de la causa, y que, entre otras, consisten en las cuestiones planteadas en el libelo de demanda. De ahí que uno de los límites que en la litis-pendencia se establecen, es la *causa petendi*, o sea el hecho jurídico de donde se hace derivar el objeto de la demanda. Y ese hecho jurídico es el mismo en ambos litigios: la pretensión de los Castañedas de que con la escritura 316 de 1876 acreditan su dominio sobre el terreno que reclaman. ¿Qué fue, en efecto, lo que se debatió y juzgó en el deslinde? La localización, o determinación sobre el terreno del fundo que describe el título que para reivindicar aquí exhiben los Castañedas, o sea la citada escritura del año 76. Luego el aceptar la procedencia de esta acción, dirigida a variar tal localización o determinación, es volver a estatuir sobre lo que fue materia de aquel juicio, seguido, se repite una vez más, entre las mismas partes. La identidad del asunto, o sea de la acción, es, pues, algo que salta a la vista, ya que el derecho que se persigue o alega es uno mismo en su naturaleza, en su objeto y en el título de la demanda, es decir, en el hecho jurídico en que ésta se funda.

Por lo demás, ya la Corte, en sentencia de 27 de octubre de 1938, señaló el derrotero que sobre el particular ha de seguirse, en estos términos: "La excepción de cosa juzgada es el medio técnico creado por el legislador con el fin de hacer efectiva la sanción con que la ley protege las sentencias firmes, la cual consiste en considerar el fallo de tal manera decisivo que excluye por completo toda posibilidad de examinarse de nuevo el negocio e igualmente cualquiera nueva decisión sobre la misma relación jurídica frente a los que han sido partes, sea por la misma autoridad judicial que dictó el primer fallo, sea por otra diferente. Son dos los fundamentos de esa excepción, ambos prácticos y negativos: finalizar definitivamente los procesos y evitar contradicciones entre las sentencias. No obstante lo dicho, la fuerza de la excepción de cosa juzgada, lejos de alcanzar una categoría absoluta, se halla limitada tanto objetiva como subjetivamente. Por el aspecto del objeto, consistente en la relación jurídica sobre la cual versa la decisión judicial, el criterio para indentificarlo es éste: cuando el derecho ha sido confirmado o negado en un pleito, la identidad de objeto se evidencia si en el nuevo proceso se controvierte el mismo derecho, aun cuando ello se haga para lograr el reconocimiento de una consecuencia que no fue discutida en el primer juicio. Siempre que por razón de la diferencia de magnitud entre el objeto juzgado y el del nuevo pleito se haga oscura la identidad de ambos, ésta se averigua por medio del siguiente análisis: si el Juez, al estatuir sobre el objeto de la demanda contradice una decisión anterior, estimando un derecho negado o desestimando un derecho afirmado por la decisión precedente, se realiza la identidad de objetos. No así en el caso contrario, o sea cuando el resultado del análisis dicho es negativo." (XLVII, número 1942).

En el caso actual, es patente que la sentencia acusada, al acoger la acción incoada y ordenar, en consecuencia, la entrega a los demandantes de una porción de terreno que en el deslinde se asignó al predio del demandado, contradice esta decisión, y consiguientemente, quebranta la fuerza de la cosa juzgada, tanto de modo directo como por efecto de errónea apreciación de los elementos del proceso que se dejan examinados, y por lo mismo, debe ser infirmada.

Para fallar en instancia, se tiene en cuenta que como el fallo de primer grado desechó las excepciones opuestas, debe ser revocado para reconocer, en su lugar, la existencia de la de cosa juzgada que se deja estudiada.

En tal virtud, 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 en este asunto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha veintitrés de junio de mil novecientos cuarenta y dos, *revoca* la de primer grado, pronunciada por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Facatativá el veintinueve de febrero de mil novecientos cuarenta, y en su lugar, *decide:*

Está probada la excepción de cosa juzgada opuesta por la parte demandada. En consecuencia, absuélvese a dicha parte de los cargos que se le formularon en el libelo con que se inició el juicio.

Sin costas en el recurso ni en las instancias.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Acción petitoria de que determinada persona es hija natural y no legítima de otra.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Alejandrina Romero G., obrando en su calidad de representante legal de su menor hija natural Clara María Romero, presentó, el ocho de octubre de mil novecientos treinta y siete, demanda ordinaria contra Alejandrina Forero, que fue repartida al Juzgado 4º Civil de este Circuito y en la cual pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

Que Alejandrina Forero no fue legítimamente casada con Emelino Latorre, por lo cual carece de valor y efecto la declaración que en su favor se hizo, como cónyuge sobreviviente, dentro del juicio de sucesión del mencionado señor Latorre.

Que la demandada, ni como cónyuge sobreviviente, ni por otro concepto, tiene derecho alguno sobre los bienes herenciales dejados por Latorre.

Que Clara María Romero es hija natural de Emelino Latorre y en su calidad de tál y como única heredera, tiene derecho a que se le adjudique íntegramente el haber herencial dejado por éste, con exclusión absoluta de la demandada.

Que en caso de oposición se le condene en costas.

Admitida la demanda y corrido el traslado correspondiente, la demandada contestó oponiéndose a la acción intantada; negó unos de los hechos fundamentales y aclaró otros, y por separado presentó demanda de reconvención en que formuló varias solicitudes que por no ser objeto del recurso de casación es innecesario reproducir aquí.

Una vez agotada la tramitación de primer grado, el Juez del conocimiento pronunció la sentencia de fecha seis de marzo de mil novecientos cuarenta, por medio de la cual resolvió favorablemente todas las peticiones de la demanda principal, absolvió a la parte demandante de los cargos de la contrademanda y condenó a la demandada en las costas del juicio.

En virtud de apelación interpuesta oportunamente por la parte demandada, subió el asunto al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, entidad que después de darle la tramitación correspondiente pronunció la sentencia de fecha diez de junio de mil novecientos cuarenta y dos, en la cual resolvió:

"I—Clara María Romero es hija natural de Emelino Latorre y en ese carácter le corresponden en la sucesión de éste los derechos que le otorga la ley.

"II—Se niegan las demás súplicas contenidas en la demanda principal de Alejandrina Romero Garay, así como las de la demanda de reconvención de Alejandrina Forero.

"III—No se hace especial condenación en costas.

"IV—Queda en estos términos reformada la sentencia apelada, de fecha seis de marzo de mil novecientos cuarenta, del Juzgado cuarto Civil de Bogotá."

El Tribunal fundó su decisión en que está plenamente demostrado en autos que Emelino Latorre y Alejandrina Forero habían contraído matrimonio eclesiástico, en artículo *mortis* de aquél, en el año de 1909. Dicha convicción la apoyó en que al proceso se trajo copia auténtica de la partida que la Curia Primada ordenó inscribir en los libros respectivos, mediante el juicio eclesiástico que allí se siguió al efecto, y en que tal matrimonio aparece, además, comprobado con las declaraciones de los testigos presenciales Bernardo Díaz, Jesús Elías Martínez y Heliodoro Huertas, corroborados por el dicho de Adolfo Castro, Teodoro Acero y María Elena Vargas.

A la vez, no encontró demostrados los hechos fundamentales de la contrademanda, por lo cual negó las peticiones de ésta.

El recurso.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el curador de la menor demandante Clara María Romero, recurso que ha-

biendo sido concedido y más tarde admitido en la Corte, se pasa a decidir hoy, por hallarse legalmente preparado.

El recurrente, con apoyo en el artículo 520 del Código Judicial, le formula al fallo acusado cinco cargos que enuncia así:

I. "La sentencia viola los artículos 12 de la Ley 57 de 1887, 50 de la Ley 153 de 1887, 113 y 115 del Código Civil, al aplicarlos indebidamente, como consecuencia del error de derecho consistente en dar pleno valor probatorio a las declaraciones de Bernardo Díaz, Jesús Elías Martínez, Heliodoro Huertas, Adolfo Castro, Teodoro Acero y María Elena Vargas, que no relatan hechos, limitándose a simples apreciaciones."

II "La sentencia incurre en error de hecho evidente en la apreciación de los testimonios aducidos por la parte demandada, al otorgarles mérito pleno en orden a la prueba del consentimiento matrimonial. En consecuencia violó, por indebida aplicación, los artículos 12 de la Ley 57 de 1887, 50 de la Ley 153 de 1887, y 113 y 115 del Código Civil."

III "La sentencia viola, por infracción directa, los artículos 395 y 1758 del Código Civil, e interpreta falsamente los artículos 1759 y 1758 del Código Civil; y 596 del Código Judicial al negar todo mérito probatorio a los documentos auténticos aducidos por la parte actora para comprobar el estado de soltería de Emelino Latorre y Alejandrina Forero. Subsidiariamente la acuso por falsa interpretación del artículo 395 del Código Civil, puesto que restringió, sin ser el caso, el campo de aplicación de la prueba supletoria de documentos auténticos."

IV. "La sentencia, como consecuencia de error de derecho y de un error manifiesto de hecho en la apreciación de la prueba de confesión y testimonial aducida sobre enfermedad de Emelino Latorre, aplicó indebidamente los artículos 12 de la Ley 57 de 1887, 50 de la Ley 153 de 1887, 113 y 115 del Código Civil, e infringió por otra parte, el artículo 702 del Código Judicial."

V. "La sentencia acusada, al hacer mérito de un fallo del Tribunal Eclesiástico de Bogotá, revisorio de otro anterior, que ordena la inscripción de un acta de matrimonio, erró en el hecho y en el derecho, consecuencialmente infringió el artículo 11 (sic) de la Compilación Constitucional (2º de la Constitución de 1886), el 52 (21 del Acto legislativo de 1936), el 53 (22 del Acto legislativo de 1936), los artículos 1 y 146 del Código Judicial, y aplicó indebidamente e interpretó erróneamente el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, el 79 de la Ley 153 de 1887 y el 632 del Código Judicial."

En desarrollo de cada uno de estos cargos hace el recurrente extensas disertaciones, pero, como fácilmente se advierte al leerlos, la acusación se reduce a violación de ley sustantiva, ya por infracción directa, ya por interpretación errónea o aplicación indebida, ya como consecuencia de errores de hecho y de derecho en que, según aquél, incurrió el Tribunal.

Estudio de los cargos.

Se considera:

Se trata en este juicio, sencillamente, de saber si Emelino Latorre y Alejandrina Forero contrajeron matrimonio católico entre sí, o nó, en artículo *mortis* de aquél, el 14 de marzo de 1909. El Tribunal encontró y decidió que sí, fundándose en las pruebas de que adelante se hablará, pero el recurrente sostiene que la sentencia violó la ley sustantiva e incurrió en errores de hecho y de derecho al apreciar dichas pruebas.

Dice la sentencia:

"En este juicio no hay prueba de que el Párroco que se dice presenció el matrimonio de Emelino Latorre con Alejandrina Forero hubiese sentado en los libros a su cargo la respectiva partida de matrimonio, y precisamente por esa omisión las personas interesadas en él acudieron a la Curia Primada y mediante un juicio obtuvieron que ese alto Tribunal Eclesiástico ordenase la inscripción de esa partida, dando por cierto el hecho de la celebración de ese matrimonio."

La partida a que se refiere el párrafo anterior del fallo del Tribunal, visible al folio 16 y vuelto del cuaderno número 7, es del siguiente tenor:

"El infrascrito, cura Párroco de Nuestra Señora de Las Aguas, de Bogotá, certifica: Que habiendo buscado muy cuidadosamente la partida de matrimonio de Emelino Latorre con Alejandrina Forero, no fue hallada en los libros parroquiales en el período en que el doctor Darío Galindo regentó esta Parroquia, pero que en el Libro 7º, folio 296 y bajo el número 1030, se halla la siguiente partida que a la letra dice:

... .

'Sentencia del Tribunal Eclesiástico de Bogotá. En la Parroquia de Las Aguas, de Bogotá, a catorce de marzo de mil novecientos nueve, el señor Cura Párroco, Pbro. Dr. Dn. Darío Galindo, previos los requisitos canónicos, presenció el matrimonio que en artículo de muerte del contrayente contrajo el señor Emelino Latorre, bautizado en Chiquinquirá, Diócesis de Tunja, el día veinticuatro de julio de mil ochocientos setenta y cinco, hijo de Magdalena Latorre, con la señora Alejandrina Forero, bautizada en la Parroquia de Tabio el día veinte de septiembre

de mil ochocientos sesenta y cinco, hija de José Forero e Ignacia Quintero. Testigos, Miguel José y Soledad Aranza de Ramos. Notifíquese y cúmplase. Fidel León Triana. Pbro. Vice-provisor. Luis Jorge Tejeiro, Notario Eclesiástico. Firma la presente partida en virtud de la sentencia transcrita, en Bogotá, Parroquia de Las Aguas, a veintiocho de diciembre de mil novecientos treinta y siete. Doy fe. El Párroco, (Fdo.), Emilio Sotomayor L., Pbro.'

"Es fiel copia del original, expedida en Bogotá, Parroquia de Las Aguas, hoy dos de julio de mil novecientos cuarenta. Emilio Sotomayor L., Pbro."

Además, en el citado cuaderno de pruebas, al folio 11, se encuentra este certificado:

"El suscrito, Vicario General del Arzobispado de Bogotá, de acuerdo con el exhorto que precede, certifica que el señor Presbítero don Darío Galindo fue Cura de la Parroquia de Las Aguas, de esta ciudad, y que desempeñó tal cargo de diciembre de 1892 a febrero de 1915. En Bogotá, a veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta. Emilio Brigard Vicario General del Arzobispado."

Y al folio 15 vuelto del mismo cuaderno se halla este otro:

"El infrascrito, Notario Eclesiástico del Arzobispado, Secretario del Tribunal, en virtud de la precedente providencia del Ilustrísimo señor Provisor, certifica:

"Primero. Que el Tribunal Eclesiástico del Arzobispado de Bogotá, por sentencia definitiva de fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos treinta y siete, ordenó la inscripción en los libros parroquiales del archivo de la Parroquia de Las Aguas, de esta ciudad, del acta del matrimonio celebrado según los ritos de la religión católica, entre Emelino Latorre y Alejandrina Forero, el catorce de marzo de mil novecientos nueve.

"Segundo. En el juicio respectivo actuaron impugnando la partida en que consta dicho matrimonio, la señora Alejandrina Romero y su hija, la menor Clara María Romero, representada canónicamente por el señor doctor don Gualberto Rodríguez Peña.

"Tercero. Que la sentencia de que trata el punto primero fue declarada ejecutoriada por auto de fecha diez de febrero de mil novecientos treinta y ocho, y no se da, por consiguiente, contra ella recurso alguno. Dado en el Provisorato de la Curia Primada de Bogotá, a veintiocho de junio de mil novecientos cuarenta. Luis Jorge Tejeiro, Notario Eclesiástico."

De los documentos anteriores se deduce, sin lugar a duda, que de acuerdo con la legislación canónica está plenamente demostrado el matrimonio eclesiástico celebrado por Emelino Latorre con Alejandrina Forero y que contra la sentencia definitiva del Tribunal Eclesiástico que ordenó inscribir la correspondiente partida de matrimonio no hay recurso alguno.

De consiguiente, la autoridad civil no puede hacer otra cosa que respetar lo resuelto por la autoridad eclesiástica.

Sobre el particular dijo la Corte en sentencia de fecha 15 de diciembre de 1941, *Gaceta Judicial*, tomo LII, página 843:

"Según el artículo 16 de la Ley 153 de 1887 la legislación canónica es independiente de la civil y no forma parte de ésta, pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República. Existen casos en que esa legislación trasciende al campo civil y entonces generalmente el respeto a ella se consagra por medio de normas positivas. El artículo 12 de la Ley 57 de 1887 estableció la validez para todos los efectos civiles y políticos de los matrimonios que se celebren conforme al rito católico, y ésta es la primera proyección de la legislación canónica sobre el campo civil, o sea el matrimonio católico que produce efectos civiles."

"Reconocida la validez del matrimonio católico, era obvio que tenían que venir dos consecuencias: la primera, la forma como debe celebrarse, y esto es de la autoridad privativa de la Iglesia; y la segunda, el modo o medio de prueba de ese acto. En cuanto a lo primero, se halla el artículo 17 de la Ley 35 de 1888, artículo concordatario; en cuanto a lo segundo, se hallan los artículos 22 de la Ley 57 de 1887, y 79 de la Ley 153 del mismo año, que preceptúa que se tendrán y admitirán como pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos o matrimonios o defunciones de personas bautizadas, casadas o muertas en el seno de la Iglesia, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos Párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales."

"Reconocidos por nuestra legislación ambos matrimonios, el civil y el canónico, cada uno de ellos, según el caso, se celebra en la forma determinada por el legislador civil o por el legislador eclesiástico. El primero ante el Juez Municipal del domicilio de la mujer, mediante el lleno de ciertos requisitos; el segundo ante el Cura Párroco de la vecindad de la mujer, previas determinadas formalidades. Ni la autoridad eclesiástica tiene competencia o jurisdicción para intervenir en un matrimonio civil, ni fallar sobre su existencia en sí misma, validez o nulidad, ni tampoco el poder civil puede hacerlo respecto de los matrimonios eclesiásticos.

Son dos jurisdicciones distintas, que se entremezclan a ese respecto, de donde resulta uno de los aspectos de la independencia de las dos potestades y el respeto a la legislación canónica, que no forma parte de la civil."

"Si para el acto de la celebración del matrimonio existe lo anterior, también existe la diferencia en cuanto al modo de prueba de ese acto. El matrimonio civil tiene su prueba principal, que es la determinada por los artículos 364 a 367 del Código Civil, y el matrimonio católico la suya propia, que es la determinada por le ley canónica y que se concreta en el acta que levanta el Párroco respectivo."

"Son, pues, esas actas de origen distinto, de autoridades distintas, pero ambas tienen eficacia legal para demostrar un mismo hecho jurídico, como la muerte, o un mismo acto jurídico, como el matrimonio."

"No quiere decir lo anterior —y subraya esto la Corte— que esas actas, civiles o eclesiásticas, sean intocables: no. Esas actas, como cualquiera otra prueba, como una escritura pública, como un documento privado, pueden, por ejemplo, ser redargüidas de falsas, y entonces el debate planteado sobre este extremo sigue la regla general y cae bajo la jurisdicción de los Jueces civiles."

Pero hay más: el matrimonio de que se trata, plenamente probado con la partida de origen eclesiástico que se ordenó inscribir por sentencia definitiva del Tribunal Eclesiástico de Bogotá, que se halla ejecutoriada, conforme a los documentos copiados atrás, se encuentra también demostrado con la prueba supletoria que para mayor abundamiento se produjo en el juicio. En efecto, obran en autos las declaraciones de los testigos presenciales de la ceremonia matrimonial, señores Bernardo Díaz, Jesús Elías Martínez y Heliodoro Huertas, quienes concuerdan en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, y cuyos dichos se encuentran, además, reforzados por las exposiciones de Adolfo Castro, Teodoro Acero y María Elena Vargas. En la sentencia se hace un amplio, minucioso y acertado análisis de esas seis declaraciones, y se llega a la conclusión categórica de que con ellas se demuestra, de manera completa, la celebración del indicado matrimonio. Dicho análisis, que está hecho por el Tribunal de acuerdo con los preceptos legales que reglamentan nuestro sistema probatorio, hace innecesario repetir aquí el examen y estudio de las referidas declaraciones, y es suficiente decir, para rechazar, como se rechazan, los cargos de violación de la ley y de errores de hecho y de derecho alegados, que en concepto de la Sala el recurrente no logró demostrarlos, en modo alguno. Carece, por tanto, de interés y de importancia la contestación individual de cada reparo, porque aceptado por la Corte que está plena y doblemente probado en autos el matrimonio de Emelino Latorre y Alejandrina Forero, es forzoso concluir que la parte resolutiva de la sentencia acusada se halla "conforme con la verdad de los hechos y conforme a la ley sustantiva en el derecho." De consiguiente, no prospera la acusación que se le ha hecho y no es el caso de infirmar.

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 Bogotá, con fecha diez de junio de mil novecientos cuarenta y dos.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Reivindicación de derechos de cuota en unas minas. Compañías mineras.

1. Como lo ha dicho la Corte en numerosos fallos, interpretando el artículo 33 del Código de Minas, en casos como el del pleito se perfecciona el contrato de asociación con el solo requisito de que en el memorial dirigido a la Gobernación sobre denuncio de minas se expresen los nombres de los socios, cuando la mina se pretenda para varios, y la acción que cada uno representa. Y esto es así porque los contratos que en tales casos se celebran pueden ser verbales o constar en cualquier documento privado, dado que no se transmite un derecho in re, sino ad rem y por eso no tienen estricta aplicación los preceptos legales sobre inmuebles que cita el recurrente. (Artículos 785 y 2577, Código Civil).

2. En caso de alegarse incumplimiento por parte de un contratante la carga de la prueba corresponde a quien lo alega y sostiene haber cumplido o estar dispuesto a cumplir sus prestaciones. Así lo consagró la Corte, por vía de doctrina, en su fallo de casación del 22 de junio de 1940 cuando dijo: "La aseveración de que una persona no ha cumplido un contrato envuelve una negativa de carácter indefinido y, en ese caso, corresponde al que la hace demostrar cuáles obligaciones del contrato dejó de cumplir la parte de quien tal cosa se ha observado." (Gaceta Judicial, tomo XLIX, página 544).

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes:

1º En el año de 1921 el doctor Francisco Cardona S. y el doctor Jesús Gómez González avisaron y denunciaron dos minas de oro de aluvión situadas en el Municipio de Zaragoza, Departamento de Antioquia y conocidas con los nombres de "Pascualito" y "Buenavista", minas cuyos linderos constan en los respectivos títulos de adjudicación.

2º En el año de 1922 el doctor Jesús Gómez González celebró con don Fernando Restrepo R. un contrato que quedó consignado en carta que fue protocolizada en la Notaría 4ª del Circuito de Medellín el día dos de agosto de 1937, por medio de la escritura pública número 1872.

3º La carta mencionada y su interpretación viene a ser el origen y motivo de esta controversia y conviene transcribir su tenor literal a saber:

"Medellín, marzo 24, 1922.—Señor don Fernando Restrepo—Su casa—Muy estimado amigo: De acuerdo con lo que convinimos ayer, consigno en la presente carta los detalles de nuestro negocio, en relación con las minas de aluvión situadas en las márgenes del río Nechí, en los Municipios de Zaragoza, Cáceres y Margento. Yo he quedado comprometido a lo siguiente:

"I. Aprovechar en beneficio de usted y mío, en la proporción que aquí se indica, los estudios que yo he hecho sobre los aluviones de los expresados Municipios, procediendo a denunciar los lotes de mineral situados a las márgenes del río Nechí que estuvieren baldíos porque jamás hayan sido titulados y los que habiendo sido titulados en otra época estuvieren en abandono por el no pago de los impuestos legales, y avanzar los denuncios hasta obtener la adjudicación definitiva de las minas que se denuncien.

"II. A hacer cuanto fuere posible para obtener en opción de compra los aluviones aledaños a las riberas del expresado río Nechí, a fin de celebrar con relación a ellos, con compañías extranjeras que aspiren a esos minerales, operaciones de venta, aprovechando en beneficio propio el mayor valor que pueda obtenerse sobre el precio de la opción. Si no fuere posible obtener las opciones de compra se hará lo posible para obtenerlas en comisión para venderlas por cuenta de sus dueños, mediante el pago de un porcentaje liquidado sobre el precio de la venta.

"III. A ceder en mi nombre y a nombre del doctor Francisco Cardona, quien expresamente me ha autorizado sobre las minas 'Pascualito,' y 'Buenavista', aluviones situados en Zaragoza, sobre la ribera oriental del río Nechí, entre las quebradas Juan Vara y Buena Vista, en razón del aviso y del denuncio de dichos mine-

rales, de manera que esos denuncios quedan perteneciendo por terceras partes, al doctor Restrepo, a Cardona y a mí.

"(A) A darme por el trabajo ya hecho en averiguación del estado jurídico, de los minerales de Zaragoza, Cáceres y Margento y por la participación, en razón de un cuarenta por ciento, que llevará el señor Restrepo, en los denuncios y titulaciones que se hicieren de los minerales baldíos o abandonados, la cantidad de mil pesos oro, al contado. Por razón del pago de esta cantidad, el señor Restrepo adquiere el derecho de participar del cuarenta por ciento de los beneficios que se obtengan en los otros negocios sobre compraventa de minerales ajenos, situados en la región aludida, que gestione Gómez González, por su propia cuenta o por comisión de sus dueños.

"(B) A pagar el cuarenta por ciento de los gastos que se hagan en las titulaciones de las minas y en la gestión de los negocios de compraventa de minerales ajenos; es decir, a pagar el cuarenta por ciento de todos los gastos que el negocio ocasione, inclusive los gastos ordinarios de los viajes que yo tuviere necesidad de hacer por razón de este negocio. Es entendido que yo no cobro suma alguna por mi trabajo personal.

"(C) A cambio de la tercera parte que se le ha cedido al señor Restrepo en los denuncios de las minas "Pascualito" y "Buenavista", hará los gastos que se requieran para obtener la adjudicación de esas minas.

"En la espera de que usted halle esta carta en un todo conforme con lo que hemos convenido, me es grato repetirme de usted atento, seguro servidor y amigo,

"Jesús Gómez González."

—

El proceso.

El doctor Bernardo Echeverri —obrando como apoderado de la señora Clementina Delgado viuda de Restrepo— y de doña Doris de Uribe, de las señoritas Elena y Beatriz Restrepo Delgado y de los señores Fernando, Guillermo y Alberto Restrepo, demandó en escrito de 19 de julio de 1939, para la sucesión en parte ilíquida constituída por el matrimonio del señor Fernando Restrepo R. con la señora Clementina Delgado viuda de Restrepo, representada por ésta última señora, a la sucesión del señor doctor Jesús Gómez González, representada por los hijos legítimos de éste, señores Juvenal, María, Luisa, Pedro Nel, Sofía, Jorge E., María Romelia y Marco Tulio Gómez Agudelo, y a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida constituída por el matrimonio del doctor Gómez González con la señora María Luisa Agudelo y representada por ésta, en juicio ordinario, de mayor cuantía y pidió las siguientes declaraciones:

1º Que la sucesión del señor Fernando Restrepo R. y la sociedad conyugal de que él era socio, ambas en parte ilíquidas, y la sucesión ilíquida de doña Clementina Restrepo Delgado, representadas como queda dicho antes, son dueñas con relación al doctor Gómez González y a sus causahabientes de la sexta parte, o sea de cuatro acciones de veinticuatroava, en cada una de las minas de oro de aluvión denominadas "Pascualito" y "Buenavista" y cuya situación, linderos y títulos de adjudicación, se han citado en esta demanda;

2º Que la sucesión ilíquida del doctor Jesús Gómez González y la sociedad conyugal también ilíquida de que él era socio, representadas como se ha dicho antes, deben restituir a los herederos y a la cónyuge supérstite del señor Fernando Restrepo R. como representantes de las sucesiones mencionadas y de la sociedad conyugal de que éste formaba parte, una cuota de sexta parte en la propiedad de cada una de las minas de "Pascualito" y "Buenavista", ya mencionadas; y,

3º Que los herederos y la cónyuge supérstite del señor doctor Jesús Gómez González como representantes de la sucesión de éste y de la sociedad conyugal de que formaba parte, considerados como poseedores de mala fe, deben devolver o entregar a los herederos y a la cónyuge supérstite del señor Fernando Restrepo R. los frutos naturales y civiles que hayan percibido o que con mediana diligencia y cuidado hubieran podido percibir en relación con la sexta parte en el dominio de las minas de "Pascualito" y "Buenavista", desde las respectivas fechas de expedición de los títulos de adjudicación de tales minas.

Subsidiariamente demandó a las mismas entidades representadas por las mismas personas en acción personal, para que se le reconociera a la parte actora en forma que causara enajenación, un derecho de sexta parte en el dominio de cada una de las minas de "Pascualito" y "Buenavista", otorgando al efecto la correspondiente escritura de reconocimiento del derecho dentro del término y bajo las sanciones que se establezcan en la sentencia. Como consecuencia de esta acción también solicitó se condenara a la parte demandada al pago de los frutos naturales y civiles percibidos en relación con la sexta parte de cada una de las minas de "Pascualito" y "Buenavista" desde las fechas respectivas de los títulos de adjudicación.

El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín, a quien correspondió el conocimiento de este negocio, puso fin a la primera instancia en sentencia fechada el 29 de octubre de 1940, en

la cual resolvió no hacer las declaraciones solicitadas y absolvió, en consecuencia, a los demandados de los cargos que se les formularon. Sin costas.

La sentencia acusada.

Por virtud de apelación que interpuso la parte actora conoció del segundo grado de este proceso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, quien en sentencia de 4 de agosto de 1942 revocó la absolutoria de primera instancia y en su lugar falló este pleito negando las declaraciones principales relativas al dominio (primera, segunda y tercera de la demanda), pero haciendo las declaraciones subsidiarias impetradas, que reconoció en estos términos:

1º "Los señores Juvenal, María Luisa, Pedro Nel, Sofía, Jorge E., María Romelia y Marco Tulio Gómez Agudelo como representantes de la sucesión del doctor Jesús Gómez González y la señora María Luisa Agudelo, como cónyuge supérstite representante de la sociedad conyugal constituída entre ella y el doctor Jesús Gómez González, deben reconocer en forma que cause enajenación perpetua y en favor de la sucesión del señor Fernando Restrepo, de la sucesión de la señora Angela Clementina Restrepo y de la sociedad conyugal de Fernando Restrepo R. y Clementina Delgado, un derecho de sexta parte, cuatro acciones de veinticuatroava, en el dominio de cada una de las minas de 'Pascualito' y 'Buenavista', mediante el otorgamiento de la respectiva escritura pública."

2º "Los herederos del señor Gómez González y su cónyuge sobreviviente, como representantes de la sucesión y de la sociedad conyugal, deben restituír a los herederos y a la cónyuge supérstite del señor Fernando Restrepo R. los frutos naturales y civiles que hayan percibido en relación con la sexta parte de cada una de las minas 'Pascualito' y 'Buenavista', desde las fechas de adjudicación de tales minas. Sin costas."

Sostiene la sentencia del Tribunal que del texto de la carta de 24 de marzo de 1922 se desprende que no se trata de una mera oferta o policitación, sino de hacer constar las bases de un contrato de mandato ajustado el día anterior. Tal carta es auténtica, ya que en la contestación de la demanda los demandados aceptan que en los archivos de su causante Gómez González se encontró el duplicado de esa misiva. Sigue la sentencia que la defensa pone todo su conato en sostener que el contrato está resuelto, por no haber cumplido Restrepo las obligaciones contraídas; pero en concepto del Tribunal Restrepo cumplió con sus obligaciones presentes y estuvo dispuesto a cumplir las otras prestaciones sucesivas, porque en la titulación de minas pueden presentarse gastos por su naturaleza previsible, pero también otros de carácter imprevisible, y no hay constancia en los autos de que Restrepo se negara a sufragar unos y otros, ya que aparece comprobado que pagó la cuota inicial de mil pesos ($ 1.000.00) y que también atendió al pago de varios gastos para la adjudicación y titulación de las minas en litigio, como lo demuestran varios recibos agregados al proceso y reconocidos por el doctor Jorge Gómez, hijo y heredero de Gómez González y parte litigante en este juicio. Agrega el Tribunal que, por lo demás, la carga de la prueba corresponde a quien alega haber cumplido o estar dispuesto a cumplir sus obligaciones recíprocas.

Pero, agrega la sentencia, la acción real del demandante, la acción de dominio no prospera, porque la tradición de los bienes inmuebles se verifica por contrato solemne y como las minas ya están arjudicadas no es posible que una obligación personal de reconocer determinadas acciones en ellas se vuelva real e inmobiliaria, sin mediar pacto solemne.

Y concluye la sentencia que sí deben prosperar las acciones subsidiarias, sobre reconocimiento en forma que cause enajenación, a favor de los actores, de ese derecho a la sexta parte en las dos minas de "Pascualito" y "Buenavista", por tratarse de acciones personales en virtud de las cuales Gómez González estaba obligado a reconocer a Restrepo esa cuota parte en las referidas minas. Para cumplir esa obligación era suficiente con que Gómez González y Cardona, en el memorial elevado a la Gobernación, expresaran que tal cuota pertenecía a Restrepo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 33 del Código de Minas.

Estos son los puntos fundamentales del fallo acusado.

El recurso.

Se halla debidamente preparado el recurso de casación que interpuso la parte demandada.

Tres motivos aducen para atacar el fallo del Tribunal, dentro de la causal primera consagrada en el artículo 520 del Código Judicial, que pueden extractarse así:

1º Que el fallo debe infirmarse porque el Tribunal habla de contrato de mandato, cuando el pacto celebrado pudo ser de compraventa de una cuota parte de dichas minas, en caso de que la carta de 24 de marzo de 1922 fuere aceptada como demostrativa de tal contrato y no de una mera oferta. Por este concepto se violó la ley sustantiva al aplicar indebidamente las normas legales que regulan el mandato y dejar de aplicar, debiendo hacerlo, los textos legales relativos a la compraventa;

2º Que el contrato de venta celebrado, al versar sobre derechos inmuebles como son las mi-

nas, debió otorgarse por escritura pública como solemne que es y al acoger el Tribunal como prueba la carta mencionada violó directamente los artículos 656, 667, 1758, 1760 y 1857 del Código Civil; y

3º Que la carta presentada como prueba, aun siendo auténtica, sólo es un principio de prueba por escrito que no se ha complementado con otros elementos probatorios, por lo cual el Tribunal violó, por infracción directa, los artículos 1494 y 1495 del Código Civil; 696 y 702 del Código Judicial y 93 de la Ley 153 de 1887, ya que se trata de una obligación que, en caso de existir, excede de la cantidad de quinientos pesos ($ 500.00).

Estudio de los cargos.

Considera la Sala:

Primer cargo:

a) Coincide la Corte con el concepto emitido por el Tribunal de instancia de que la carta transcrita y cuya interpretación contractual es el origen de este pleito, no contiene una mera oferta o policitación, sino que ella tuvo por objeto primordial dejar sentadas en forma quirografaria las bases de una operación o negociación ya efectuada anteriormente entre los doctores Cardona y Gómez González, por una parte, y el señor Restrepo R. por la otra. A esta conclusión llega la Sala con la sola lectura de los términos iniciales de este documento, donde se estampan frases que demuestran la existencia anterior de la convención celebrada, tales como éstas: "De acuerdo con lo que convinimos ayer, consigno en la presente carta los detalles de nuestro negocio.....", "yo he quedado obligado a lo siguiente.....", "el señor Restrepo ha quedado obligado a lo siguiente.....".

Por lo demás, el doctor Cardona S., uno de los socios del signatario de la carta, en carta de fecha 5 de febrero de 1937 dirigida a la señora viuda de Fernando Restrepo R., debidamente reconocida por su autor, deja constancia de esta cláusula: "Su finado esposo don Fernando Restrepo nos facilitó al mencionado doctor Gómez González y a mí el dinero necesario para hacer la titulación de esas minas, con la condición de que le cederíamos ocho (8) acciones de las veinticuatro (24) en que están divididas cada una de esas minas, es decir, la tercera parte de ellas: ocho (8) en 'Pascualito' y ocho (8) en "Buenavista.'" Basta por ahora con esa cita de la carta del doctor Cardona S.

b) Si no se trata de una mera oferta o policitación, compete como primer paso para decidir esta controversia estudiar la naturaleza jurídica y el alcance que tenga la negociación contenida en la carta del doctor Gómez González.

Es indudable que la carta de Gómez González contiene cláusulas diversas que no pueden aceptarse e interpretarse con absoluta independencia y autonomía unas de otras, porque existe entre ellas una directa y precisa conexidad y relación no sólo personal sino real entre sus estipulaciones, como bien lo dice el Tribunal. Pecaría contra reglas elementales de sana hermenéutica pretender interpretar un vínculo contractual creado entre litigantes y contenido en numerosas estipulaciones haciendo una separación de éstas, en lugar de establecer la estrecha relación que necesariamente debe existir entre ellas.

Deduce de lo expuesto esta Sala que en la carta de 24 de marzo de 1922 se hallan las estipulaciones de dos contratos: uno de asociación para la adquisición, cateo, denuncio y laboreo de minerales y otro consecuencial de mandato, en virtud de los cuales Gómez González debía hacer estudios, exploraciones para el descubrimiento de vetas y de minerales en el río Nechí y luégo denunciarlas al poder administrativo hasta obtener en forma legal su adjudicación, posesión y titulación. Por su parte, Restrepo se comprometía a pagar la suma de mil pesos para reembolsar a sus asociados de los gastos ya efectuados, a abonar el 40% de los gastos que ocasionaran tales estudios y adjudicaciones y a cubrir el total de los gastos causados por el denuncio y titulación de las minas denominadas "Pascualito" y "Buenavista."

Aparece muy claro, por lo dicho, que el compromiso adquirido por Gómez González y su obligación de poner al servicio de esa sociedad sus conocimientos de la región minera para denunciar minas o comprarlas en opción, debiendo hacerlo por cuenta de los tres asociados, configuran también un contrato de mandato, ya que debía obrar a nombre de éstos en todas sus gestiones profesionales y luégo hacer los denuncios y el señalamiento de las acciones pertinentes, a nombre de los mismos. Al desarrollar esas actividades actuaba a la vez como socio y como mandatario o gestor de sus coasociados, para la adquisición de la riqueza minera.

De manera que las gestiones especialmente encomendadas a Gómez González para la compraventa de minerales ajenos, para estudiar la riqueza aurífera del Nechí, para avanzar los denuncios y continuar en los ya hechos de las minas de "Pascualito" y "Buenavista" constituyen un mandato, conforme a la definición del artículo 2142 del Código Civil; y el provecho que de estas gestiones de carácter social iba a derivar el mandatario mencionado no desvirtúa tal convención ya que el artículo 2146 de la misma obra estatuye que si el negocio interesa juntamente al que hace el encargo y al que lo acepta,

o a cualquiera de estos dos o a ambos y un tercero, o a un tercero exclusivamente, habrá verdadero mandato.

Se rechaza este primer cargo por improcedente.

Segundo cargo:

En este segundo cargo trata el recurrente de demostrar que, como el contrato hizo referencia a unas minas, la carta de 24 de marzo de 1922 no puede servir de elemento probatorio pleno, por tratarse de la venta de un inmueble como son las minas, que exigía el requisito de la escritura pública como elemento ad-solemnitatem.

Acepta la Corte que las minas son un bien inmueble. Pero el error del recurrente demandado estriba en considerar que se está en presencia de una compraventa de territorio minero, cuando ya viene dicho que no existe tal contrato sino los de asociación para el denuncio y laboreo de unas minas y el subsiguiente de mandato a uno de los socios. De existir venta de minas sí sería de rigor exigir ese requisito ad-solemnitatem del instrumento notarial, pero en el caso de autos no es necesario, porque como se ha dicho en numerosos fallos por esta Sala y por los Tribunales, al interpretarse el artículo 33 del Código de Minas, en casos como éste se perfecciona el contrato de asociación con el sólo requisito de que en el memorial dirigido a la Gobernación sobre denuncio de minas se expresen los nombres de los socios, cuando la mina se pretenda para varios, y la acción que cada uno representa. Y esto es así porque los contratos que en tales casos se celebran pueden ser verbales o constar en cualquier documento privado, dado que no se trasmite un derecho *in-re* sino *ad-rem* y por eso no tienen estricta aplicación los preceptos legales sobre inmuebles que cita el recurrente (artículos 785 y 2577 del Código Civil).

Razón sobrada, por los motivos expuestos, tuvo el juzgador de primer grado cuando halló un mandato en el contrato celebrado entre las partes y concretó su perfeccionamiento en estos términos:

"De suerte que los denunciantes doctores Cardona Santa y Jesús Gómez González, de conformidad con el artículo 33 del Código de Minas, han debido hacer sabedora a la Gobernación de Antioquia de la distribución de las acciones en las minas aludidas ('Pascualito' y 'Buenavista') antes de la expedición de los respectivos títulos, porque no haciéndolo faltaron al mandato que les confirió don Fernando, pues el compromiso de la cesión de la tercera parte en los denuncios en cada una de las minas de 'Pascualito' y 'Buenavista', siendo los denunciantes los referidos actores, implicaba para ellos un verdadero mandato, el cual podrían haber evacuado haciendo uso de lo dispuesto por el artículo 33 del Código de Minas."

Y razón cabal tuvo también el apoderado de la parte actora cuando al oponerse en casación a la infirmación del fallo de segundo grado sostiene que en el caso de las dos minas mencionadas, *único que está ahora sub-judice en este proceso,* no puede estarse en presencia de una compraventa hecha a Restrepo de una cuota parte de tal territorio minero, porque en toda compraventa es requisito esencial el precio y que éste sea determinado o determinable, conforme a los artículos 1864 y 1865 del Código Civil, pero no una cantidad aleatoria e indefinida como la que se estipuló de que Restrepo pagara el valor total de los gastos que ocasionaran el denuncio, adjudicación y titulación de esas dos minas.

De manera que los gastos que Restrepo se obligó a sufragar en su totalidad para obtener la adjudicación de las minas de "Pascualito" y "Buenavista" no son un precio que paga por una venta, sino el aporte que hacía al fondo social para atender esos gastos.

C) La parte recurrente se empeña en sostener que el contrato de venta celebrado está resuelto por ser bilateral y conmutativo y si Restrepo no ha cumplido la totalidad de sus prestaciones y no se allana a cumplirlas del modo y en el tiempo debidos, la otra parte tiene libertad para elegir entre la ejecución o la resolución. Alega, por tanto, la *exceptio non adimpleti contractus.*

Sea la oportunidad de repetir que no es esa la situación jurídica que se contempla en el proceso, porque el recurrente enfoca el contrato celebrado desde el ángulo errado de una compraventa y ya viene demostrado que no es ese el contrato que consta en la carta tántas veces mencionada. En la convención social Restrepo se comprometió a aportar la cantidad inicial de mil pesos, el 40% de los gastos efectuados para las exploraciones y estudios o adquisición de minerales y el total de los gastos para la adjudicación de las minas que son materia de esta controversia. En concepto del Tribunal, Restrepo cumplió con sus obligaciones inmediatas y siempre estuvo dispuesto a cumplir las otras prestaciones sucesivas que habían de nacer a medida que se desarrollaban los fines sociales; y la Corte no halla error manifiesto de hecho o error de derecho en esta apreciación, ni menos esos mismos errores en la justipreciación de las pruebas exihibas en los autos.

Al efecto, al pie de la aludida carta aparece el recibo suscrito por Gómez González, que da fe de la entrega de los mil pesos como cuota o

aporte inicial del pacto social, y ese recibo es auténtico por así testimoniarlo la prueba grafológica. Se agregaron al expediente numerosos recibos sobre pagos de diversas sumas para los gastos de la negociación y tales recibos no han sido objetados por la parte demandada, sino antes bien aceptados algunos de éstos por el doctor Jorge Gómez, hijo y heredero de Gómez González y parte litigante en este juicio.

De manera que aun cuando se tratara de un pacto bilateral y conmutativo como dice el recurrente, Restrepo cumplió sus obligaciones, sin que se le hubiera demostrado que se negara a sufragar algunos de los gastos sucesivos a que debía atender, según el tenor del compromiso adquirido en el contrato. Porque como bien lo dice la sentencia acusada en casación, "el deber de sufragar los gastos implicaba una serie de operaciones inciertas e indeterminadas en cuanto a su plazo, su cuantía, porque en la titulación de minas pueden presentarse gastos por su naturaleza previsibles y cuyo desembolso debe hacerse según el proceso administrativo o judicial vaya indicando, pero también hay un margen de gastos imprevistos."

Fuera de lo dicho, en caso de alegarse incumplimiento por parte de un cocontratante la carga de la prueba corresponde a quien lo alega y sostiene haber cumplido o estar dispuesto a cumplir sus prestaciones. Así lo consagró esta Sala, por vía de doctrina, en su fallo de casación de 22 de junio de 1940 cuando dijo: "La aseveración de que una persona no ha cumplido un contrato envuelve una negativa de carácter indefinido y, en ese caso, corresponde al que la hace demostrar cuáles obligaciones del contrato dejó de cumplir la parte de quien tal cosa se ha observado." *(Gaceta Judicial,* tomo XLIX, pág. 544).

No es fundado el cargo. Se rechaza.

Tercer cargo:

En este tercer motivo de tacha contra la sentencia sostiene el recurrente que la carta de Gómez González no alcanza a ser prueba del contrato porque no consta la aceptación de Fernando Restrepo R. y porque, a mucho decir, constituiría sólo un principio de prueba por escrito que debe complementarse con otras pruebas, según el artículo 93 de la Ley 153 de 1887.

Se considera:

La aceptación de Restrepo aparece clara y manifiesta con el cumplimiento que les dio a las prestaciones que se impuso. Se ha demostrado que pagó los mil pesos como cuota inicial y que más tarde entregó varias cantidades de dinero que le pidieron para otros gastos sucesivos, como consta en recibos aceptados por Jorge Gómez, no redargüidos de falsos y que constituyen plena prueba, al tenor del artículo 645 del Código Judicial. No es posible expresar en forma nítida e indubitable la aceptación de un vínculo contractual y las obligaciones en esa forma contraídas que con el fiel cumplimiento de las prestaciones y compromisos adquiridos en esa fuente.

Ahora bien, como se trataba de operaciones de carácter minero, y en lo que atañe a la cuestión *sub-judice,* de la adjudicación y titulación de dos minas cuyo valor o estimación no eran precisables entonces, la negociación carecía en realidad de cuantía determinada o siquiera determinable; por lo cual no tiene operancia en este caso la regla limitadora de la prueba que consagra el artículo 93 de la Ley 153 de 1887. Amén de que la carta de Gómez González no viene a constituir, como lo pretende el recurrente, un principio de prueba por escrito, sino la prueba plena y suficiente de la existencia de la negociación celebrada entre las partes, la que por su naturaleza es de carácter consensual y podía tener hasta la condición de verbal. Y si esto es así, no es procedente aplicar la regla del artículo 93, antes citado, que se considera como infringido por este aspecto probatorio.

Se rechaza el cargo por infundado.

Fallo:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 4 de agosto de 1942, que ha sido materia de este recurso.

Las costas serán de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, 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.

Acción de investigación de una paternidad natural.

Como lo ha dicho repetidas veces la Sala de Casación, muerto el pretendido padre carecen sus herederos de personería sustantiva para comparecer al juicio, por no ser legítimo contradictor en esta clase de juicios sino el padre. Esta tesis de la Sala, que ya constituye doctrina probable, viene sustentada aunque no unánimemente, en varios fallos de casación, entre otros los de fecha 26 de abril de 1940, 30 de junio de 1941, 22 y 30 de septiembre de 1942, 13 de noviembre del mismo año y 20 de febrero de 1943.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes:

El señor Héctor Osejo, bautizado con el nombre de José Eduardo Neftalí el 6 de abril de 1906, en demandas de fechas 21 de septiembre y 21 de noviembre de 1936 suplicó al Juez Civil del Circuito de Túquerres que, previos los trámites de un juicio ordinario, se le declarase hijo natural y con ese carácter heredero del señor Eliseo Osejo.

El señor Eliseo Osejo falleció en Túquerres el 8 de septiembre de 1939, es decir, unos días antes de presentarse la primera demanda.

Dirigió su acción el actor contra la señora María Quiñones viuda de Osejo y el señor Primitivo Osejo, viuda y hermano respectivamente del pretendido padre fallecido. La señora Quiñones de Osejo contestó el traslado manifestando que no se oponía a la acción intentada ni a las peticiones formuladas en el libelo. El otro demandado, Primitivo Osejo, no contestó el traslado pero en el curso del juicio ha venido impugnando abiertamente la acción y todas sus intervenciones se hallan encaminadas a contradecir las pretensiones del demandante, aun al sustanciarse este recurso de casación.

El Juez de conocimiento falló la primera instancia en sentencia fechada el 12 de septiembre de 1940, en la cual absolvió a los demandados y se abstuvo de hacer las declaraciones suplicadas. Funda su decisión absolutoria en la doctrina que sobre esta materia ha sentado esta Sala de Casación en su fallo del 26 de abril de 1940, cuyos argumentos no es necesario reproducir ahora. (Véase *Gaceta Judicial,* tomo 49, pág. 241).

Apelada esta providencia por el actor, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en fallo pronunciado el 27 de junio de 1942, revocó la sentencia de primera instancia y en su lugar declaró lo siguiente:

"1º Reconócese al señor Héctor Osejo M. el carácter de hijo natural del señor Eliseo Osejo, y a éste como su padre natural;

"2º El señor Héctor Osejo M. es el mismo individuo que respondió al nombre de José Eduardo Neftalí y que aparece como hijo natural de la señora Mercedes Muriel, y

"3º En dicha calidad tiene derecho de recoger la herencia de don Eliseo Osejo dentro de las reglas herenciales."

Recurso:

Contra este fallo de segundo grado, que tuvo un voto disidente en el Tribunal, interpuso recurso de casación el apoderado del demandado Primitivo Osejo, invocando la causal primera del artículo 520 del Código Judicial. Se pasan a enumerar los dos cargos formulados contra la sentencia de segunda instancia, a saber:

Primer cargo. Sostiene el recurrente que al no declarar la ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, infringió el sentenciador directamente, por error de interpretación, los artículos 403 y 404 del Código Civil, en relación con el 7º de la Ley 45 de 1936, por las razones que expone a espacio en su demanda de casación, que están contenidas y ampliamente expuestas en seis fallos de esta Corte de fechas 26 de abril de 1940, 30 de junio de 1941, 22 y 30 de septiembre de 1942, 18 de noviembre del mismo año, y 20 de febrero del año en curso.

Segundo cargo. Incidió el sentenciador en error de derecho en la apreciación de las pruebas decisivas del litigio, por las siguientes razones:

a) Porque en el proceso está la prueba de que Eliseo Osejo falleció en Túquerres el 8 de septiembre de 1939 y la primera demanda está fechada el 21 de los mismos mes y año;

b) Porque la posesión notoria del estado de hijo es apenas una de las causales que autorizan el ejercicio de la acción para que se declare judicialmente la paternidad natural, en juicio en que haya intervenido el padre;

c) Porque la legislación colombiana no tiene establecido el reconocimiento tácito de los hijos naturales, reconocimiento que a partir de la Ley 45 de 1936 puede hacerse en el acta de nacimiento, por escritura pública, por acto testamentario o por manifestación expresa y directa hecha ante un Juez;

d) Porque el documento de fianza que aparece suscrito con la firma de Eliseo Osejo no puede admitirse como prueba legal del reconocimiento de la paternidad natural;

e) Porque no constituye confesión el hecho de que la señora Quiñones de Osejo no hubiese contradicho la demanda, como lo aprecia el Tribunal, porque la demandada no ha afirmado un hecho personal, ya que no es a ella a quien se le atribuye la paternidad.

Estudio de los cargos.

A) Sostiene en este recurso la parte opositora que la acción incoada en este juicio no es la simple declarativa de filiación y de investigación de la paternidad natural, que establece el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, sino otra declarativa de haberse operado válidamente el reconocimiento voluntario y expreso de dicha filiación, a favor del actor Héctor Osejo M. y en vida del pretendido padre, como uno de los requisitos que señala el artículo 1º de ese Estatuto para que el nacimiento ocurrido en las condiciones expresadas en dicho texto legal haga adquirir toda su plenitud el estado civil de hijo natural.

Como consecuencia de esa tesis, alega que no es el caso de darle aplicación en este proceso a la teoría del legítimo contradictor, que según viene sostenido por esta Sala en numerosos fallos uniformes sólo puede serlo el pretendido padre, y fallecido éste antes de notificarse la demanda, no puede intentarse tal acción de investigación contra los herederos del supuesto progenitor, por carecer éstos en ese evento de personería sustantiva para comparecer en juicio.

Para resolver se considera:

Se suplicó en la demanda, en primer término, la siguiente declaración: "Que el extinto señor Eliseo Osejo es padre natural de Héctor Osejo M. y éste, por consiguiente, su hijo natural, por lo mismo su heredero en esa calidad."

Entre los hechos fundamentales de la acción se señalan estos dos:

"1º El señor Héctor Osejo M. es hijo natural de la señora Mercedes Muriel."

"7º En varios escritos emanados y firmados por el señor Eliseo Osejo M. confiesa éste que Héctor Osejo M., hijo de Mercedes Muriel, es su hijo y por lo mismo su padre."

Estima la Sala que dentro de tales elementos, integrantes del lazo de instancia, cabe ante todo como interpretación elemental y obvia de la intención del actor, el ejercicio de la acción de estado consagrada por el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, relativa a la investigación de la filiación natural y a la consiguiente paternidad de un pretendido padre, respecto de su supuesto hijo que no ha obtenido el reconocimiento legal y expreso en vida del padre y aspira a obtener una declaración judicial que sustituya, en tal evento, el requisito esencial del reconocimiento expreso y legal.

Al efecto, la súplica se limita a pedir a la justicia la declaración de que "Eliseo Osejo es padre natural de Héctor Osejo M. y éste, por consiguiente, su hijo natural...."

Los hechos fundamentales del libelo se hacen consistir en que "Héctor Osejo M. es hijo natural de la señora Mercedes Muriel" y en que "en varios escritos emanados y firmados por el señor Eliseo Osejo confiesa éste que Héctor Osejo M. es su hijo....."

De todo ese conjunto de elementos que configuran la naturaleza de la acción incoada y que determinan los límites y alcance de la cuestión jurídico-procesal sometida a la decisión del Organo Judicial se deduce con toda claridad que la acción intentada es la de investigación de una paternidad natural que no ha sido reconocida en forma legal, de manera expresa, por el pretendido padre. Se aspira precisamente a lograr por el medio coactivo de la justicia una declaración que sustituya ese vacío o deficiencia; y tanto es así que el debate probatorio se ha orientado en casi su totalidad con elementos demostrativos tendientes a evidenciar que Héctor Osejo M. ostenta la posesión notoria de esa calidad de hijo natural, uno de los casos que para conseguir tal declaración ante la justicia consagra el artículo 4º de la Ley 45, para que prospere la acción de investigación de la paternidad. De haberse impetrado únicamente una declaración judicial que reconociera esa situación jurídica ya creada a favor del actor, con fundamento en un renocimiento voluntario y expreso del pretendido padre, no era necesario alegar ni probar la existencia de la posesión notoria de ese estado civil, que sólo tiene oportunidad y es pertinente en un proceso cuando "hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural", según reza textualmente el citado artículo 4º. Bastaba entonces con exhibir la prueba legal de dicho reconocimiento y alegar esa única circunstancia.

Pero hay algo más: ningún intérprete mejor que el propio actor o su apoderado judicial para poder precisar la naturaleza de la acción incoada y el alcance de la declaración impetrada; y tanto el actor Héctor Osejo M. como su apoderado doctor César Cerón, en memoriales que obran a folios 50, 55 y 60 del cuaderno 1º y 2º del cuaderno II, expresan en forma textual en todos ellos que actúan en el ordinario "que se adelanta con acción de investigación de paternidad" y con esa fórmula fue conferido el poder al mencionado apoderado.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal que es materia de la casación enfocó y estimó el debate judicial ante todo, por el aspecto de una acción de investigación de la paternidad, como se desprende de sus acápites esenciales. En el párrafo de introducción dice textualmente que "pidió que en sentencia definitiva se decrete que su representado es hijo natural del que fue Eliseo Osejo, o sea que este señor fue el padre de su patrocinado, de conformidad con el artículo 4º de la Ley 45 de 1936." De manera que no apreció el lazo de instancia como si se suplicara una declaración fundada en un previo y expreso reconocimiento de Héctor Osejo M., sino que interpretó la intención de la parte actora en el sentido de que suplicaba una declaración de estado no reconocido; y de ahí provino que se detuviera a estudiar con todo espacio los elementos probatorios exhibidos para demostrar la posesión notoria de dicha filiación natural y sus consecuencias ante las pretensiones del demandante. Y si esto no fuera suficiente para sacar airosa la tesis que se viene sosteniendo, en otro paso de la sentencia acusada, la que trata precisamente de calificar y definir la naturaleza de la acción incoada, se expresó de esta manera el Tribunal:

"La acción incoada es la de reconocimiento de filiación natural, basada en la Ley 45 de 1936, *especialmente en el numeral 5º del artículo 4º*, ya que se sostiene que a favor del señor Héctor Osejo M. existe la posesión notoria del estado civil de hijo natural del señor Eliseo Osejo y toda la prueba recibida se encamina a demostrar los distintos hechos que se refieren a esa situación jurídica" (subraya la Corte).

Siendo esta la verdad y la realidad procesal debe prosperar el primer cargo presentado contra el fallo acusado y que se hace consistir en violación directa, por falta de aplicación, de los artículos 403 y 404 del Código Civil en relación con el artículo 7º de la Ley 45 de 1936, que les dio virtualidad y operancia en los litigios sobre investigación de la paternidad natural. Se funda este reparo básico en que muerto el pretendido padre carecen sus herederos de personería sustantiva para comparecer al juicio, por no ser legítimo contradictor en esta clase de litigios sino el padre. Esta tesis de la Sala, que ya constituye doctrina probable, viene sustentada aunque no unánimemente, en varios fallos de casación, entre otros los de fecha 26 de abril de 1940, 30 de junio de 1941, 22 y 30 de septiembre de 1942, 13 de noviembre del mismo año y 20 de febrero de 1943.

Consecuencia de lo dicho es que debe infirmarse la sentencia acusada, por haber infringido directamente los textos legales antes indicados y al entrar a actuar esta Sala como Tribunal de instancia, son suficientes las razones expuestas en esta motivación para declarar probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada y absolverla de todos los cargos formulados en el libelo de demanda.

Fallo:

En mérito de lo antes dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial el 27 de junio de 1942 y en su lugar *confirma* la proferida en este juicio por el Juez Civil del Circuito de Túquerres en 12 de septiembre de 1940.

Sin costas ni en las instancias ni en el recurso.

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

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

Acción de nulidad absoluta de un contrato de compraventa.

Como lo ha dicho ya la Corte "la presentación del concepto de simulación en la parte petitoria del libelo no autoriza al sentenciador para desconocer que lo solicitado allí mismo es la declaración de nulidad absoluta." En el caso a que alude el proceso llega la Sala a la conclusión "de que en la compraventa atacada faltaron, efectivamente, la causa real y el consentimiento, o sea, la intención de transferir y la de adquirir el dominio, lo cual quiere decir que el contrato adolece de nulidad."

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Ana Rosa y Elisa Londoño O. vendieron a Rosa María Urrego, por escritura número 21, del 18 de enero de 1938, de la Notaría de Frontino, la casa de dos pisos determinada en ese instrumento. El precio estipulado fue la cantidad de $ 1.500, que las vendedoras declararon haber recibido a su satisfacción, y entre las cláusulas del contrato se encuentra la siguiente:

"Que las vendedoras se reservan, a perpetuidad, hasta que la última muera, el derecho de uso y habitación en la casa vendida, sin pagar arrendamiento alguno, y la condición de construír, a su costa, el cerco medianero en la colindancia con Raquel Londoño y sus hijos, en la parte que a las vendedoras corresponde, o sea la mitad de su valor, y atender a las reparaciones que haya qué hacer en la colindancia con la Iglesia, y atender de preferencia al asunto aguas que humedezcan el muro divisorio."

Posteriormente, el 9 de junio de 1938, las vendedoras Londoños presentaron demanda ordinaria ante el Juez Civil del Circuito de Frontino, contra Rosa María Urrego, en la cual pidieron que se declare "que es nulo, de nulidad absoluta, y que carece de todo valor y efecto legales, por simulación y dolo y por falta de pago del precio estipulado en dinero", el contrato de compraventa antes mencionado; que se declare que la casa objeto del contrato es de propiedad exclusiva de las demandantes y que la demandada debe pagarles los daños y perjuicios que les ha ocasionado con el hecho fraudulento y doloso de intentar apropiarse indebidamente la referida casa, y que se la condene a pagar las costas del juicio.

Subsidiariamente pidieron se declare rescindido el contrato, por lesión enorme.

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, la demandada la contestó oponiéndose a las acciones intentadas y negando los hechos fundamentales, y una vez terminada la actuación corespondiente, finalizó el asunto en primer grado con la sentencia de fecha nueve de diciembre de mil novecientos treinta y ocho, cuya parte resolutiva dice:

"Es nulo absolutamente, por simulación, el contrato de compraventa de que da cuenta la escritura número veintiuno (21) otorgada en la Notaría de Frontino el día diez y ocho (18) de enero del corriente año, y en virtud de la cual las señoritas Ana Rosa y Elisa Londoño O. dicen vender a la señorita Rosa María Urrego la casa alinderada en la parte motiva de la demanda.

"No hay lugar a hacer las otras declaraciones.

"Sin costas."

El Juez hizo un minucioso análisis de la prueba indiciaria y testimonial aducida por las demandantes y encontró demostrada la simulación del contrato. En ello se funda su decisión.

En virtud de apelación interpuesta por ambas partes contra el fallo aludido, subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y esa entidad, después de terminada la respectiva tramitación, pronunció la sentencia de fecha diez y siete de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, por medio de la cual lo revocó y resolvió:

"No hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas en el libelo de demanda propuesta por las señoritas Ana Rosa y Elisa Londoño O. contra Rosa María Urrego.

"En consecuencia, se absuelve a la demandada de los cargos."

El Tribunal, teniendo en cuenta la doctrina sostenida por la Corte en lo relativo a la acción sobre simulación, apoyó su fallo en que habiéndose ejercitado aquí esa acción entre las mismas partes contratantes, ha debido traerse la prueba escrita, o por lo menos un principio de prueba escrito de la simulación impetrada, y en que, como no existe en autos, no puede prosperar la demanda y debe absolverse a la demandada de los cargos que se le formularon.

El recurso.

Contra dicha sentencia interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandante. quien, con apoyo en la primera de las causales que señala el artículo 520 del Código Judicial, le formula cuatro cargos así:

I. Es violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa de los artículos 740, 1502, 1523, 1524, 1740 y 1741 del Código Civil, por faltarle al supuesto contrato los elementos o requisitos esenciales que estos artículos exigen.

II. Es violatoria de la ley sustantiva, por interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 1766 del Código Civil.

III. Aplicó indebidamente el artículo 91 de la Ley 153 de 1887.

IV. Es violatoria de ley sustantiva "por cuanto el Tribunal se abstuvo de analizar y apreciar la prueba indiciaria presentada, so pretexto de que tal prueba era improcedente en el caso controvertido, lo que implica un error de derecho. En el capítulo anterior se demostró que no era exigible la prueba escrita, ni el principio de prueba por escrito, ni era posible la prueba directa de otra clase, de manera que hubo de apelarse a los otros medios probatorios que el Tribunal no tuvo en cuenta al revocar la sentencia de primer grado y negar las pretensiones de las actoras. Esos medios probatorios son los consagrados por los artículos 66 y 1768 del Código Civil, en armonía con el 665 del Código Judicial, que es de carácter sustantivo."

Acerca de cada uno de estos reparos hace el recurrente largas disertaciones y cita en apoyo de ellos varios pasajes de la sentencia pronunciada por la Corte con fecha 30 de octubre de 1941, para resolver un asunto semejante.

Estudio de los cargos.

Se considera:

Las demandantes pidieron que se declare la nulidad absoluta del contrato sobre que versa el juicio, "por cuanto en él ni nosotras tuvimos realmente la intención de vender nuestra casa, ni nuestra sobrina y supuesta compradora, la señorita Urrego, tuvo tampoco la intención efectiva de comprarla, ni menos ésta podía pagarnos, ni nos pagó, la cantidad de mil quinientos pesos oro que se hizo figurar en la escritura como precio de esa venta, por carecer ella de recursos pecuniarios para hacerlo, pues es notorio en este lugar que nuestra dicha sobrina ha sido siempre y es por extremo pobre y no puede disponer en cualquier momento dado de una cantidad de esta clase, aunque así se hubiera hecho aparecer en la escritura, que dábamos por recibida esa suma, y lo haya asegurado o afirmado con juramento la señorita Urrego al absolver ante su Juzgado unas posiciones pedidas por nosotras....."

En la sentencia citada en apoyo de su demanda de casación por el recurrente, por medio de la cual se resolvió un caso enteramente similar al que ahora se estudia, dijo esta Sala:

"Como a su solicitud sobre declaración de nulidad añade Cruz la de que el contrato es simulado, por carencia de causa real y falta de intención, tanto en él de transferir la propiedad como en Serna de adquirirla, ambas sentencias de instancia enfocaron el pleito hacia la simulación; de suerte que el Juzgado accedió a lo pedido porque la encontró demostrada, y el Tribunal llegó a la dicha conclusión negativa porque estimó que, tratándose de simulación, las pruebas acogidas por el Juez, por su origen en declaraciones de testigos, son inadmisibles en razón de faltar la prueba escrita o siquiera principio de prueba por escrito, indispensable al efecto de conformidad con los artículos 91 y 93 de la Ley 153 de 1887.

"El primero de los cargos que el recurrente formula contra la sentencia del Tribunal consiste en la violación de los artículos 740, 1502, 1524 y 1740 del Código Civil, en esta forma: el 740 requiere intención de transferir el dominio por una parte, y por la otra intención de adquirirlo; el 1524 exige causa real para la existencia de una obligación, y el 1740 establece la nulidad de todo contrato a que falta alguno de los requisitos prescritos por la ley para su valor, según su especie. Se violaron estas disposiciones porque se dejó de declarar la nulidad aquí demandada, a pesar de que en la compraventa en cuestión no hubo causa, ni esas intenciones, como desde su demanda el actor lo ha declarado.

"Complementa ese cargo con el de error de derecho en la apreciación de la prueba indiciaria que acredita sus afirmaciones de que acaba de hablarse, en cuanto se abstuvo de admitirlas, y con el de violación, por indebidamente aplicados, de los artículos citados de la Ley 153 de 1887 y del 1766 del Código Civil.

"La razón de ser del fallo absolutorio está, como ya se dijo, en el concepto de que, faltando la prueba escrita y no habiendo siquiera el principio de prueba por escrito de la contraestipulación conforme a la cual el aparente comprador hubiese de devolver su escritura, como comúnmente se dice, al aparente vendedor que según esa contraestipulación no dejó de ser dueño por haberse otorgado y registrado tal instrumento, no podía ser admitido ese vendedor putativo a exigir en juicio la declaración consiguiente, la que implica infirmación de lo que declaró en un instrumento público, y, por ende, de lo que sobre la fe que éste da contra los otor-

gantes establece el artículo 1759 de dicho Código y de lo que sobre alteración del instrumento estatuye el 1766. Situado el Tribunal en tal punto de vista, lógicamente echó menos ese principio de prueba por escrito, pues no halló que los otorgantes de un instrumento dado estén en la imposibilidad de preconstituír prueba de orden, o siquiera ese principio de prueba a que alude, como excepción, en su parte final el artículo 93 citado.

"Como se dijo, el Tribunal tomó por la senda de la simulación, vocablo que efectivamente figura en la demanda, porque ésta en lo pertinente al respecto pide la declaración principal con estas palabras: 'Que es nulo, de nulidad absoluta, por carencia de causa real, esto es, por ser un contrato simulado, el de compraventa que aparece celebrado....' Esto en el punto a); y en el punto b) comienza con estas frases para precisar la declaración de propiedad del demandante allí solicitada: 'Que siendo nulo ese contrato, por ser simulado o ficto, se declare que el inmueble aparentemente vendido....' y acaba diciendo que 'no hubo intención de transferir el dominio por parte de Raimundo Cruz, ni intención de adquirirlo por parte de Angel Serna, pues éste no pagó un solo centavo por el precio de esa finca.'

"Es evidente que el actor entremezcló la simulación y la nulidad absoluta, grave error por el cual ocasionó que el sentenciador disertase sobre tales acciones y se detuviese a distinguir entre la nulidad absoluta y la inexistencia, en el concepto de ser ésta y no aquélla la consecuencia que se produce cuando se trata de una simulación integral.

"No estima la Sala oportunos tales estudios, pues encuentra que los hace innecesarios la solicitud inequívoca de nulidad absoluta, formulada en la demanda, y guardando, además, su propósito de interpretar toda la demanda leal y fielmente, no puede dejar de lado la petición inequívoca de nulidad porque indebidamente el actor incurriera en la confusión y promiscuidad aludida, agregándole el concepto de simulación. Por censurable que tal redacción sea, la censura no puede llegar al extremo de desoír una súplica formulada terminantemente. En otras palabras: la presentación del concepto de simulación en la parte petitoria del libelo no autoriza al sentenciador para desconocer que lo solicitado allí mismo es la declaración de nulidad absoluta.

"Estas breves reflexiones bastan para poner de lado las disquisiciones aludidas, y para que el sentenciador se halle obligado a afrontar el problema del recurso a la misma luz y sobre las mismas bases en que lo planteó la demanda, cuando solicitó la declaración de nulidad absoluta.

"Al reconocer que éste es el pie sobre el cual debe posar el fallo y que esa nulidad es lo que la demanda persigue, quedan descartados, automáticamente, por decirlo así, los estorbos o valla que se opusieron en el Tribunal, dentro de su referido concepto, para que se estudiasen y acogiesen las pruebas que desechó o se abstuvo de considerar." *(Gaceta Judicial,* tomo LII, páginas 613 y 614).

Con la transcripción de estos pasajes de la sentencia citada por el recurrente y algunas de las alegaciones contenidas en la demanda de casación, entiende esta Sala que aquél propuso, además de los cargos enumerados atrás, el de error de hecho en la apreciación de la demanda que dio origen al pleito, y sobre esa base se procede a hacer el análisis respectivo.

Teniendo esto en cuenta y aplicando dicha doctrina de la Corte a la demanda original, es forzoso concluír que tanto el Juez como el Tribunal la interpretaron mal, al decidirse por la acción de simulación, en vez de hacerlo por la de nulidad absoluta, y debe, por lo mismo, entrarse a estudiar la prueba indiciaria que obra en autos, en gran parte apoyada en numerosas declaraciones de testigos, para saber si se encuentran plenamente demostrados los hechos fundamentales de la acción de nulidad incoada.

Examinados cuidadosa y atentamente los distintos elementos probatorios que arroja el expediente, se hallan acreditados los siguientes indicios:

Que las demandantes Londoños temían perder la casa objeto del pleito, único bien que poseían, por la amenaza que les habían hecho Florencio Alvarez M. y Juan J. Moreno de cobrarles el valor de unos perjuicios a que habían sido condenadas judicialmente; que para evitar ese peligro (fin reprobable desde todo punto de vista, porque entrañaba el perjuicio de sus legítimos acreedores), resolvieron otorgar escritura de venta de la citada casa a su sobrina legítima Rosa María Urrego, a quien tenían gran cariño y confianza, pues habían contribuído a su crianza y educación; que precisamente porque no se trataba de una venta real y efectiva, las Londoños se reservaron, de por vida, los derechos de uso y habitación de la casa y tomaron a su cargo los gastos a que se refiere la cláusula de la escritura en que consta la venta, que se transcribió al principio de este fallo; que tanto Rosa María Urrego, como su madre y hermana, dijeron a Braulio Gaviria que la mencionada escritura de venta era simulada o de confianza; que Rosa María Urrego y su madre Raquel recomendaron a Isaac de J. Cardona para que les propusiera a las Londoños que le cedieran a Rosa María la mitad o la cuarta parte de la casa y que entonces ésta les devolvería la escritura de confianza que le habían otorgado; que Rosa María manifestó varias

veces a Ana Francisca Londoño que la escritura de venta de su casa que le habían hecho las demandantes *"era realmente simulada"*; que Ana Rosa Londoño le contó a Braulio Gaviria que iban a otorgar una escritura de confianza a Rosa María Urrego, y él le dijo que no debían hacer eso. Ese testigo agrega: "Yo intervine en todos los antecedentes de ese negocio, aunque, repito, aconsejé que no hicieran tal cosa." El testigo Elías A. Peláez Calderón declaró: "Es cierto, pues así lo conceptúo con poderosas razones morales, que el contrato escriturario celebrado entre Ana Rosa y Elisa Londoño O. con la señorita Rosa María Urrego es simulado, y esto lo afirmo porque tengo plena persuasión de ello porque la primera de las Londoños citadas fue donde mí el día en que estaban otorgando la escritura, a que le ayudara a ver cómo ponían la cláusula en ella de que las vendedoras quedaban con derecho a vivir en la casa vendida, y la interrogué que por qué ese contrato y ella me manifestó que era para defenderse de un litigio que tenían, a lo que le contesté que eso era muy peligroso y mal hecho; que procurara arreglar el asunto y que si insistía en verificar la operación, le cogiera alguna constancia a la Urrego, por la mortalidad de ésta, caso en el cual quedaba sujeta a una probable pérdida de su propiedad. Al día siguiente volvió donde mí y me suplicó el favor de hacerle una letra para que se la firmara la Urrego, pues me había recibido el consejo de no quedar sin comprobante, y al efecto le hice una letra que no recuerdo la suma, para que la Urrego se la firmara, y a los dos o tres días volvió donde mí, llorando, a decirme que ésta se había negado a firmársela por consejos de la madre." María Cleofe Pereira y Francisco Alvarez afirman que oyeron que Rosa María Urrego les dijo a las Londoños que se iba a quedar con la casa, o mejor, que se la iba a quitar, porque Ana Rosa Londoño había intentado una vez quitarles a Raquel y a sus hijos la que ellos tienen. Julio Alvarez, Miguel Angel Alvarez, Jovita Madrid de L. y María Córdoba de T. afirman que Rosa María Urrego les dijo que no *devolvía* la escritura porque Ana Rosa Londoño le debía mucho dinero. Está probado plenamente, además, que Rosa María Urrego ha sido y es persona pobre, que sólo ha disfrutado de su sueldo como maestra de escuela rural para atender a todos los gastos de su sostenimiento y ayudar al de su familia, de donde se deduce que ella no podía disponer del dinero necesario para pagar el precio de la casa vendida. Aparece también demostrado que es público y notorio en la población de Frontino que la escritura que las Londoños le otorgaron a Rosa María Urrego es de las llamadas *de confianza*.

El Juez *a quo* hizo un análisis detenido y acertado de los elementos probatorios que se acaban de enumerar, y de algunos otros, lo que hace innecesario examinarlos aquí con mayor extensión.

Con dichas pruebas se llega, en concepto de la Sala, a la conclusión de que en la compraventa atacada faltaron, efectivamente, la causa real y el consentimiento, o sea la intención de transferir y la de adquirir el dominio, lo cual quiere decir que el contrato adolece de nulidad. Se deduce de ello, por tanto, que son fundados los cargos que se formularon contra la sentencia acusada, la cual debe, en consecuencia, casarse para confirmar, con algunas reformas, la de primer grado, con la advertencia de que lo expuesto sirve, a la vez, de base al fallo de instancia que ha de reemplazar el del Tribunal.

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 Medellín el diez y siete de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, y reformando en parte la de primer grado, proferida por el Juez Civil del Circuito de Frontino con fecha nueve de diciembre de mil novecientos treinta y ocho, falla este pleito así:

Primero: Declárase absolutamente nulo el contrato de compraventa celebrado entre Ana Rosa y Elisa Londoño O. y Rosa María Urrego, de que da cuenta la escritura número veintiuno (21), del diez y ocho (18) de enero de mil novecientos treinta y ocho (1938) de la Notaría de Frontino, sobre el inmueble allí determinado.

Segundo: En consecuencia, se declara ese inmueble de propiedad de Ana Rosa y Elisa Londoño O. y se ordena cancelar la inscripción del mencionado instrumento en el libro de registro de la respectiva oficina del indicado Circuito, a la que se librará por el Juzgado del conocimiento el oficio correspondiente en la debida oportunidad.

Tercero: De igual modo se ordena cancelar la inscripción de la demanda.

Cuarto: Niéganse las demás peticiones de ésta. En consecuencia, se absuelve respecto de ellas a la demandada.

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

Acción petitoria de reconocimiento de una pretendida filiación natural.

Conforme al artículo 328 del Código Judicial hay excepciones dilatorias, que se refieren al procedimiento para suspenderlo o mejorarlo, y perentorias, que son las que se oponen a lo sustancial de la acción; y según el 329 constituye excepción perentoria todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declara extinguida si alguna vez existió. La ley no establece, pues, excepciones perentorias temporales, como la que el Tribunal declaró probada. Puede admitirse que existe una excepción perentoria que por su índole misma, no por definición legal, tiene carácter temporal, y que si bien sirve para terminar el juicio en que se proponga, no alcanza a fundar la de cosa juzgada, cual es la de petición antes de tiempo o de un modo indebido; pero las otras excepciones perentorias, por lo mismo que se oponen a lo sustancial de la acción, es claro que impiden que esa acción, con el mismo objeto, con iguales causas y entre las mismas personas, pueda volver a iniciarse porque no lo permiten los efectos de la cosa juzgada.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Obdulia Guevara, obrando en su calidad de representante legal de su menor hija natural Ana Cecilia Garzón, presentó el 7 de junio de 1940 demanda ordinaria contra la sucesión de Eduardo Garzón, representada por las herederas reconocidas María de Jesús y Librada Castillo, en la cual pidió que, previos los trámites correspondientes y con intervención del señor Agente del Ministerio Público, se declare "que Ana Cecilia Garzón (su padre la designó con su apellido, a pesar de no ser legítima) es hija natural de Eduardo Garzón (o Castillo), con el objeto de que este estado civil la habilite para reclamar los derechos que a la herencia consagra la ley."

La demanda fue admitida por el Juez 3º Civil de este Circuito, a quien correspondió el repartimiento, y las demandadas la contestaron oponiéndose a la acción intentada y negando la mayor parte de los hechos fundamentales de ella. Además propusieron, por separado, las siguientes excepciones como perentorias: ilegitimidad de la personería sustantiva tanto de la parte demandante como de la demandada; incompetencia de jurisdicción, y "la de establecerse la acción presente de modo extemporáneo, en cuanto se refiere a la declaración de filiación natural", por haber fallecido ya el supuesto padre, "Luis o José Eduardo Garzón o Castillo."

Surtida la tramitación que corresponde a la primera instancia, el Juez *a quo* decidió el negocio el veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, así:

"1º Declárense no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

"2º Declárase que Ana Cecilia Garzón es hija natural del finado Luis Eduardo Garzón o Castillo.

"Costas a cargo de las demandadas."

El Juez consideró plenamente demostrados los hechos de la demanda, y apartándose de la doctrina sentada por mayoría, en esta Sala, en lo relativo a la iniciación de la acción sobre filiación natural después de muerto el pretenso padre, falló el pleito en la forma transcrita.

En virtud de apelación interpuesta oportunamente por la parte demandada, subió el asunto al Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en donde, una vez agotados los trámites relativos al segundo grado, se profirió la sentencia de fecha veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, por medio de la cual se revocó la apelada y en su lugar se declaró "probada la excepción perentoria temporal consistente en la falta de personería sustantiva de la parte demandada", sin condenar en cosas en ninguna de las instancias.

En concepto del Tribunal no existe en autos la prueba de la defunción del causante, ni la necesaria para demostrar que las demandadas son hermanas de aquél y como tales sus herederas, y en ello fundó su decisión.

Al respecto dice la sentencia:

"Se demanda a las Castillos diciendo de ellas ser las herederas reconocidas en la sucesión del

presunto padre natural, pero no se ha traido a los autos ni siquiera el comprobante legal del fallecimiento de Garzón. Está ausente también del expediente el comprobante que informe que las demandadas son hermanas y herederas del señor que se dice falleció. Y no vale objetar que el certificado visible al folio 2 del cuaderno número 1, expedido por el señor Juez 1º de este Circuito, da la comprobación de los extremos que se anotan, porque tal documento, por prohibición legal, no da la certeza procesal que quiso el demandante atribuírle al presentarlo como prueba al iniciar la demanda que se estudia. Es fundada en derecho esta apreciación que sobre el particular trae el alegato de las apelantes ante el Tribunal: 'El certificado que acredita la existencia en el Juzgado 1º de este Circuito de la causa de sucesión de Eduardo Garzón y ser mis mandantes sus herederas, no puede apreciarse por prohibición expresa del artículo 632 del Código Judicial. Además, en este certificado no consta la fecha del fallecimiento del causante.' El simple cotejo de la disposición en cita hace ver que el certificado presentado por la parte demandante no tiene la fuerza probatoria que quiso atribuírsele, y que, por tanto, no resulta de él el comprobante del fallecimiento de Garzón, ni de que las demandadas sean sus herederas."

"Siendo así, ausente de los autos las pruebas de convicción procesal indispensables a determinar que la litis se ha trabado entre partes adjetiva y sustantivamente legítimas e idóneas, es de fuerza legal declarar probada la excepción perentoria temporal consistente en la falta de personería sustantiva de la parte demandada, con las consecuencias legales que tal declaración impone, ya que la deficiencia probatoria impide el estudio de fondo del problema sujeto a discusión. Como la sentencia que se revisa concede las peticiones de la demanda, precisa declarar que esa determinación no se acomoda a la técnica del procedimiento, pues como se advirtió arriba, lo procedente no es el fallo de fondo sino la declaración de que no es el caso de hacer las condenas solicitadas, en atención, se repite, a que no demostrada la personería sustantiva de la parte demandada no surge extremo de derecho hábil para recibir fallo de fondo."

El recurso.

Contra la referida sentencia interpusieron recurso de casación ambas partes, el que se pasa a decidir hoy, agotada como se halla la tramitación correspondiente.

El apoderado de la parte demandante recurrente, en un escrito impertinente, por ser completamente ajeno a la técnica de este recurso extraordinario, acusa la sentencia por cuestiones puramente adjetivas o procedimentales y por violación de los artículos 205, 258, 259, 268, 269, 450, 471 y 632 del Código Judicial y 19 de la Ley 21 de 1931, todos de carácter adjetivo, si se exceptúa el 632, que por referirse al valor probatorio de algunos documentos puede considerarse sustantivo y del cual se hablará adelante. De consiguiente, la demanda no reúne los requisitos que exigen los artículos 520 y 530 del Código Judicial, ni los cargos formulados tienen incidencia en casación, por lo cual se rechazan sin que sea necesario entrar a hacer otras consideraciones, no sin advertir que aunque la demanda reuniera las condiciones técnicas que señala el artículo 520 del Código Judicial, no podría prosperar la acción de filiación incoada, porque de acuerdo con la doctrina reiteradamente sostenida por mayoría en esta Sala, se siguió sin la presencia del legítimo contradictor de que hablan los artículos 403 y 404 del Código Civil.

El apoderado de la parte demandada recurrente, con apoyo en la primera de las causales que señala el artículo 520 del Código Judicial, acusa la sentencia por violación de los artículos 328, 329 y 473 del Código Judicial, y 21 de la Ley 45 de 1936, que reemplazó el 1048 del Código Civil.

En desarrollo de este cargo dice:

"Llamar excepción temporal a una excepción perentoria, como lo hace la sentencia que acuso, es violar directamente los textos invocados, porque si es perentoria se opone a lo sustancial de la acción, desconoce la existencia de la obligación y no puede admitirse que con un calificativo violatorio de la ley pueda prestarse más tarde la sentencia a interpretaciones que pudieran hacer pensar que lo que la misma sentencia pide es que se mejore el procedimiento.

"Además, la forma del fallo viola directamente el texto del artículo 473 del Código Judicial, ya que no puede admitirse que después de un amplio debate en juicio ordinario, donde las partes tuvieron la plenitud de la oportunidad para allegar las pruebas en que fundaron sus pretensiones, quede la posibilidad de un nuevo litigio entre las mismas partes, entre las mismas personas y por la misma razón o causa del presente litigio."

Acusa también la sentencia por la segunda de las causales indicadas en el artículo 520 del Código Judicial, y considera que violó los artículos 471 del referido Código y 21 de la Ley 45 de 1936, que sustituyó el 1048 del Código Civil, porque al declarar probada la excepción perentoria temporal de que se ha hablado, dejó de fallar el asunto en el fondo, cuando después de haberse cumplido plenamente las formalidades

de un juicio ordinario ha debido resolver favorablemente las pretensiones de la parte demandante, o absolver a la demandada de los cargos que se le formularon.

Estudio de los cargos.

Se considera:

En concepto de la Sala es fundado el primero de los reparos hechos por el apoderado de la parte demandada recurrente, pues se acepta que la sentencia viola, de manera indirecta, el artículo 473 del Código Judicial, que tiene carácter sustantivo, porque la forma en que fue redactada la parte resolutiva de aquélla no le da la firmeza y la eficacia que según ese artículo debe tener para apoyar, si fuere el caso, la excepción de cosa juzgada. No es admisible que la sentencia acusada viole también los artículos 328 y 329 ibídem, que son adjetivos y se limitan a definir las excepciones dilatorias y perentorias, ni el 21 de la Ley 45 de 1936, que no es pertinente. En consecuencia, a dicho cargo, así concretado, debe contraerse este estudio, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 538 del Código Judicial.

Conforme al artículo 328 ibídem, hay excepciones *dilatorias,* que se refieren al procedimiento para suspenderlo o mejorarlo, y *perentorias,* que son las que se oponen a lo sustancial de la acción; y según el 329 constituye *excepción perentoria* todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió. La ley no establece, pues, excepciones perentorias *temporales,* como la que el Tribunal declaró probada. Puede admitirse que existe una excepción perentoria que por su índole misma, no por definición legal, tiene carácter de temporalidad, y que si bien sirve para terminar el juicio en que se proponga, no alcanza a fundar la de cosa juzgada, cual es la de petición antes de tiempo o de un modo indebido; pero las otras excepciones perentorias, por lo mismo que se oponen a lo sustancial de la acción, es claro que impiden que esa acción, con el mismo objeto, con iguales causas y entre las mismas personas, pueda volver a iniciarse, porque no lo permiten los efectos de la cosa juzgada.

En el juicio ordinario cuya sentencia de segundo grado es objeto del recurso de casación, la parte demandante, no obstante la amplitud de los términos probatorios concedidos en esa clase de juicios, no presentó las pruebas conducentes a demostrar el fallecimiento del causante de la sucesión demandada, señor Eduardo Garzón o Castillo, ni las necesarias para comprobar que María de Jesús y Librada Castillo son hermanas, y como tales herederas de aquél, pruebas que determina y detalla el Título 20 del Libro 1º del Código Civil y las leyes que lo adicionan y reforman, ni siquiera adujo, en defecto de esas pruebas, una copia auténtica del auto apertorio de la sucesión de Eduardo Garzón o Castillo, en que constara, además, que las mencionadas Castillos fueron reconocidas como herederas del causante, en su carácter de hermanas. Se limitó a presentar el certificado del Juez 1º Civil de este Circuito, que el Tribunal analizó en su sentencia, certificado que no sólo no puede servir para reemplazar las pruebas del estado civil de que se acaba de hablar, sino que fue expedido con violación de lo ordenado en el artículo 632 del Código Judicial, que únicamente permite a los Jueces y Magistrados expedir certificaciones "sobre hechos que pasen ante ellos en ejercicio de sus funciones y de que no quede dato en el proceso", porque acerca de lo que en él conste debe expedirse copia y no certificación, de donde se deduce que el Tribunal interpretó y aplicó bien el mencionado artículo 632, contra lo que dice el apoderado de la parte demandante recurrente.

En esas condiciones no podía prosperar la acción incoada y era forzoso declarar probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, pero no con el carácter de *temporal* que le asignó el Tribunal, sin fundamento jurídico. Se imponía, por tanto, la absolución de la parte demandada, y con tales fines debe casarse la sentencia acusada, como consecuencia de la aceptación del cargo que se ha venido estudiando, y al hacerlo, sirve también lo dicho hasta aquí como motivación de la sentencia de instancia.

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 Bogotá con fecha veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, y previa revocatoria de la de primer grado, dictada por el Juez 3º Civil de este Circuito el veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, falla este pleito así:

Declárase probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada. En consecuencia, se absuelve a dicha parte de los cargos de la demanda.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Acción petitoria de pago de una suma de pesos.—Prenda. Mandato sin representación.

1. La prenda se entrega al acreedor para seguridad de su crédito, pero éste no adquiere el dominio sobre ella sino la mera tenencia, sujeta a ciertas normas legales. Por eso cuando el deudor prendario no paga, el acreedor tiene la acción que consagra el artículo 2422 del Código Civil, la de venta en pública subasta de la cosa dada en prenda y nunca puede estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o apropiársela sino por el medio que consagra la norma que acaba de citarse.

2. El mandato sin representación es, según Planiol y Ripert, un pacto en el cual se conviene que el mandatario disimulará su calidad de tál respecto de terceros y se presentará obrando en nombre propio. Varias veces se ha ocupado de ese fenómeno jurídico la Corte para darle la eficacia del caso, con más amplitud y mejor base que la de la jurisprudencia francesa, por lo mismo que la definición del mandato que da nuestro Código Civil en el artículo 2142 es superior y más completa que la que da el Código Francés en su artículo 1984. Ya había dicho la Corte, en sentencia de casación del 17 de junio de 1937 (Gaceta Judicial, número 1924, tomo XLV), lo siguiente: "Por tanto, en Colombia el mandato no es esencialmente representativo. En su estructura caben el comisionista ostensible y el secreto; el testaferro; la interposición en todas sus formas lícitas, y aun el acto jurídico del mandatario como único interesado, siempre que el procurador tenga voluntad de obligarse."

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Los antecedentes de este pleito, que falla hoy la Corte en definitiva, son los siguientes:

1º Entre José Ignacio Pérez y Nicolás Rosania, representado por su apoderado general Vicente Rosania, se celebró el contrato de mutuo con hipoteca, de que da cuenta la escritura 705 de 21 de marzo de 1927 corrida ante el Notario 2º de Barranquilla, escritura que debidamente registrada se halla a los folios 6 a 7 vt. del cuaderno de pruebas de la parte demandante, en primera intancia.

Según ese pacto Pérez declaró recibida de Rosanía la cantidad de $ 5.000 a título de mutuo o préstamo y se obligó a restituírsela al vencimiento del plazo estipulado que fue el de seis meses contados desde la fecha del contrato y se obligó asimismo a pagarle el 2% por mensualidades vencidas, tanto durante el plazo como en la mora. Para garantizar el fiel cumplimiento de sus obligaciones el deudor Pérez hipotecó a favor del acreedor Rosanía, la lancha de gasolina de propiedad de aquél denominada "Cúcuta", lancha asegurada desde el 2 de marzo de 1921 en las Compañías inglesas de seguros denominadas The London & Provincial Marine & General Insurance Co. Ltd. y Caledonian Insurance Company. De dicho contrato es la siguiente estipulación: "que la lancha 'Cúcuta' de que se habla se halla libre de toda otra hipoteca y gravamen, y el otorgante la tiene hoy destinada a la navegación del río Magdalena y sus afluentes. Que esta hipoteca de la lancha 'Cúcuta' comprende también todos los aparejos y demás accesorios que en la actualidad le pertenecen, inclusive especialmente el seguro de que antes se ha hecho mérito....."

2º En cumplimiento de la cláusula que acaba de transcribirse José Ignacio Pérez endosó a Nicolás Rosanía la póliza de seguro de la lancha 'Cúcuta.'

3º Navegando ésta por la ladera de San José del Purgatorio, jurisdicción del Distrito de Plato, se incendió y perdió totalmente el día 10 de octubre de 1927. Desde el primer momento del siniestro tanto Pérez como Rosanía hicieron las gestiones adecuadas al esclarecimiento del accidente y levantaron las pruebas conducentes a obtener el pago del seguro.

4º Rosanía hizo varias gestiones, tanto directas como por conducto de la Superintendencia Bancaria, para obtener de las Compañías aseguradoras el pago del seguro. Como todas esas diligencias fracasaron, el señor Rosanía acudió

a la vía judicial y demandó a dichas Compañías para el pago del seguro. Resultado de ellas fue lo siguiente: El Juzgado 5º del Circuito de Bogotá dictó la sentencia de 14 de julio de 1932 en la que condenó a The London & Provincial Marine & General Insurance Company Ltd. de Londres a pagar al demandante la mitad del valor del aseguro. Apelada esa sentencia ante el Tribunal Superior de Bogotá, éste revocó el fallo y absolvió a la Compañía de los cargos de la demanda. Interpuso recurso de casación el apoderado del actor, y esta Corte en sentencia de 25 de julio de 1935, que en copia traída a los autos corre a los folios 14 a 23 del cuaderno de pruebas del demandante en la primera instancia, casó el fallo del Tribunal y falló el pleito condenando a la Compañía mencionada a pagar a Rosanía la suma de $ 10.000 moneda corriente colombiana, los intereses corrientes de esa suma más un 5% adicional sobre la misma a partir del 29 de agosto de 1929 hasta el día del pago. La Corte condenó por lo tanto a la Compañía al pago de la mitad del seguro, porque si era cierto que la lancha "Cúcuta" estaba asegurada por $ 20.000, el seguro había sido contratado con las dos sociedades de que se habló al principio, y no habiendo entre ellas solidaridad, cada una debía pagar la mitad del valor del seguro.

5º La sociedad condenada, cumplió la sentencia de la Corte y le entregó al doctor Pedro Posse Camargo como apoderado de Nicolás Rosanía, la suma de $ 18 000 moneda corriente, entrega que tuvo lugar el día 20 de agosto de 1935. El mencionado apoderado descontó los gastos del largo y complicado proceso que culminó con la sentencia de la Corte, y además sus honorarios y envió al señor Rosanía a Barranquilla el saldo líquido que montó la suma de $ 13.033,71, la que remitió con un cheque a cargo del Banco de la República y a favor de Nicolás Rosanía por esa suma, remisión que hizo el 7 de septiembre de 1935 (fojas 79 y 80 del cuaderno número 3). Esta suma la recibió el señor Rosanía.

6º El 17 de junio de 1927 José Ignacio Pérez se declaró deudor de Nicolás Rosanía por la suma de $ 500 moneda corriente, al interés del 2% mensual.

La demanda.

Basado en esos antecedentes, interpretados algunos de ellos de una manera unilateral, como se verá luégo, por el señor José Ignacio Pérez, éste demandó a Nicolás Rosanía para que previos los trámites de un juicio ordinario se hiciera la siguiente declaración, que expresó así Pérez en la corrección de la demanda: ".....demando ante usted, al señor doctor Nicolás Rosanía, mayor de edad y de este domicilio o vecindad, para que, con su citación y audiencia sea condenado a pagarme la suma de veinte mil pesos ($ 20.000) moneda legal, disminuída de la de seis mil doscientos diez pesos ($ 6.210), moneda legal, que representa el total de mis obligaciones contraídas con el señor doctor Nicolás Rosanía y compensadas con parte de la cantidad del valor de mi póliza de seguro número B 070, de referencia, más los intereses legales del saldo a mi favor, devengados desde el diez de octubre de mil novecientos veintisiete hasta el día en que el pago se verifique, y las costas y costos del juicio; todo mediante la declaración que usted debe hacer de que mis obligaciones para con el señor doctor Nicolás Rosanía, quedaron extinguidas por compensación y confusión."

El demandante pide que se reste de la suma de $ 20.000 la de $ 6.210, que descompone así: $ 5.000 del contrato de mutuo con hipoteca más sus intereses devengados desde el 21 de marzo de 1927 hasta el 10 de octubre del mismo año, y $ 500 del segundo mutuo.

El actor reclama del demandado el pago de $ 20.000 valor del seguro de la lancha y lo reclama con sus intereses desde el día del siniestro de aquélla, o sea desde el 10 de octubre de 1927 hasta que se verifique el pago, porque sostiene que ese día se consolidó su derecho para cobrar el valor de la cesión de su póliza que amparaba al yate "Cúcuta."

En esto, unido a los antecedentes que quedaron ya insertos, consiste el presente litigio y esos antecedentes y la petición de la demanda, constituyen los factores del problema planteado ante la justicia para su resolución.

Las sentencias.

El Juez de primera instancia, 2º del Circuito de Barranquilla, consideró que el señor Pérez había iniciado la acción de *in rem verso* y sobre este concepto y sobre la base de que entre el señor Rosanía y el señor Pérez no medió ningún compromiso previo en virtud del cual el primero se hubiera comprometido una vez le pagaran el valor del seguro a tomar lo que en verdad le correspondía y a devolver el exceso de lo cobrado, y considerando que "el hecho propuesto o sea el de reintegrar por parte del doctor Rosanía al señor Pérez la suma indicada en la póliza de navegación número B 070 carece de los caracteres propios de todo contrato", dedujo la acción de enriquecimiento sin causa y condenó en los términos pedidos en la demanda menos en lo atañedero a los intereses cuya fecha inicial fijó desde el veinte de agosto de mil novecientos treinta y cinco, fecha en que Rosanía recibió la suma que fue pagada por la compañía aseguradora en virtud de la sentencia de la Corte.

Apeló la parte demandada y el Tribunal Superior de Barranquilla en sentencia de 12 de febrero de 1942, reformó la del inferior y falló así el pleito:

a) Condenó a Rosania a pagar a Pérez la suma de $ 20.000 moneda colombiana;
b) Dispuso que de esta suma debe deducirse la cantidad de $ 6 210;
c) Condenó a Rosania a pagar a Pérez los intereses legales del saldo a favor de éste, o sea sobre la suma de $ 13.790 desde el 20 de agosto de 1935 hasta el día del pago; y
d) Negó la declaratoria de extinción de las deudas en contra de Pérez y a favor de Rosanía por compensación y confusión.

Los fundamentos de la sentencia del fallador de Barranquilla son éstos:

1º No acepta, y en lo cual tiene razón, que el presente pleito verse sobre la acción de *in rem verso*, tan insólitamente deducida por el Juez de Barranquilla, que ni siquiera la parte favorecida con el fallo la acepta de una manera irrestricta, según se ve de su alegato que corre a folios 27 del cuaderno 4.

Para el fallador de segundo grado el contrato de mutuo con hipoteca contenido en la escritura 705 de 21 de marzo de 1927 y el endoso de la póliza, como garantía, es un contrato de compraventa y sobre esa base, sobre ese concepto se expresó así dicho fallador: "Como en el presente caso, es la propia confesión del demandado la que está demostrando que éste no pagó el precio de la cesión, tiénese que la acción del actor al reclamar el precio de ésta, es la consagrada por el artículo 1930 del Código Civil..... si pues el demandante enajenó la póliza de que era propietario por su valor total, y el precio de esta enajenación no le ha sido pagado, es incontrovertible su derecho para exigir el precio de la enajenación."

Ambas partes recurrieron contra dicho fallo y concedido el recurso y tramitado pasa hoy a decidirse, estudiando en primer término el del recurrente demandado por cuanto el ataque que hace a la sentencia es de fondo, entraña el estudio de todo el problema y pide la casación total del fallo, al paso que el del demandante recurrente, no va encaminado sino a obtener una modificación parcial, pero sosteniendo la esencia de la tesis en que el Tribunal de Barranquilla apoya su fallo.

En casos semejantes ha procedido así la Corte y así lo indica la técnica de casación, porque recurrido un fallo por ambas partes y llegándose a la casación de él, es inoficioso estudiar los cargos de la parte que sustenta en lo general la sentencia y que sólo pide reformas parciales, que tienen como base que lo fundamental de la sentencia quede en pie.

Recurso del demandado.

Acusa en primer término la sentencia por la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial y sustenta la acusación en lo siguiente: Al proferirse la sentencia de primer grado el demandado apeló de ella; el Juez concedió la apelación y el demandante se opuso a esa concesión y apeló del auto que concedía el recurso a la parte vencida. El expediente se envió para este efecto al Tribunal y éste si por una parte confirmó la providencia del inferior, por la otra, no devolvió el asunto al Juzgado sino que dictó el auto de fijación en lista del negocio, por cinco días, abriéndose así la segunda instancia.

Pudo ser irregular o desordenado el proceder del Tribunal, como ha sido desordenada la confección del expediente, en el que todas las pruebas están confundidas e involucradas en algunos cuadernos, pero aquella irregularidad no incide sobre la causal 6ª por cuanto la parte demandada, por un lado se apersonó debidamente en toda la segunda instancia, y por el otro, no hizo ninguna reclamación sobre nulidad de lo actuado, en ese grado del juicio. Enseña el inciso 2º del numeral 4º del artículo 450 del Código Judicial que no puede alegarse como causal de nulidad la falta de citación o emplazamiento, cuando la persona o personas que no fueron emplazadas han representado en el juicio sin reclamar la declaración de nulidad.

El concepto de la acusación, en el capítulo que se estudia, se basa en esa falta de citación, que no existe, por lo que acaba de expresarse, de manera que el cargo que se hace al respecto es totalmente infundado.

Fundado en la causal 1ª acusa el recurrente la sentencia y señala como aplicados indebidamente al caso del pleito los artículos 1849, 1850, 1857, 1864, 1880, 1928, 1929 y 1930 del Código Civil, y por infracción, por no haberlos aplicado, el artículo 2142 ibídem y demás normas que reglamentan el mandato.

Estas afirmaciones provienen según el recurrente del error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas que obran en autos, pruebas que cita el recurrente el cual basa en definitiva su acusación en que el Tribunal estimó que se trata de un contrato de compraventa y así interpretó las pruebas aducidas, cuando ellas demuestran que se trata de un contrato de mutuo con hipoteca y de la cesión de una póliza pero para los efectos de garantía y no en el concepto de que tal cesión se hubiera hecho a título de compraventa.

También y para fundamentar aún más su acusación, cita como infringidos los artículos 1761

y 1759 del Código Civil, 330, 332, 337 y 645 del Código Judicial, toda vez que en su concepto el fallador de Barranquilla no apreció debidamente las escrituras y documentos que figuran en el proceso, a que se refiere el recurrente en su demanda, con lo cual violó las normas sustantivas señaladas en primer término.

Estudio del cargo.

La Corte considera: El contrato recogido en la escritura 705 a que se hizo referencia al principio de este fallo, es el principal de mutuo con interés y garantía de hipoteca. José Ignacio Pérez se declaró deudor de $ 5.000 del señor Nicolás Rosanía, que se obligó a devolvérselos al vencimiento de seis meses contados desde la fecha del contrato; se pactaron intereses al 2% mensual, por mensualidades vencidas. Está reglado por lo tanto ese pacto por las disposiciones de los artículos 2221, 2222, 2224 y 2230 del Código Civil.

Además de la responsabilidad personal del mutuante, se pactó la seguridad real por medio de la hipoteca de la lancha "Cúcuta" junto con sus aparejos y con la póliza de seguro que la amparaba, cedida al efecto. Se configuró por ese otro aspecto el contrato accesorio de hipoteca, reglado por los artículos 2432, 2433, 2434, 2435, 2443, 2445 del Código Civil.

Para constituir la prenda sobre la póliza de seguro que amparaba el yate "Cúcuta" Pérez cedió aquélla a Rosanía, como se hace generalmente cuando se dan en prenda títulos y documentos..

No puede sostenerse que la cesión o endoso mejor dicho de la póliza, la hiciera Pérez a Rosanía, a título de venta por dos razones: 1ª porque si se pactó un contrato de mutuo con hipoteca y tan claramente expresado como está en la escritura 705, sería contradictorio considerarlo como de compraventa y se llegaría a la conclusión inadmisible que el título de prenda, puede trocarse en título de compraventa. La prenda se entrega al acreedor, para seguridad de su crédito, pero éste no adquiere el dominio sobre ella, sino la mera tenencia, sujeta a ciertas normas legales. Por eso cuando el deudor prendario no paga, el acreedor tiene la acción que consagra el artículo 2422 del Código Civil, la de venta en pública subasta de la cosa dada en prenda y nunca puede estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o apropiársela sino por el medio que consagra la norma que acaba de citarse. 2ª Porque las partes militantes en este juicio han entendido lo mismo que acaba de decirse o sea han interpretado de ese mismo modo el contrato. Por eso el demandante en el hecho 4º de la demanda habla de "mi póliza", lo que repite en la corrección de la misma; por eso en su alegato de conclusión (folio 5 del cuaderno 14), dice así el damandante:

"La enajenación de mi póliza tuvo como causa inmediata la desconfianza del señor Rosanía de que si por alguna circunstancia el yate gravado con hipoteca a su favor perecía, el seguro no lo cobrara yo como beneficiario de él, sino el demandado, y para ello me exigió que le traspasara la póliza por su valor total para tener él el carácter de cesionario mío, o por mejor decir, de cesionario del beneficiario de la póliza."

Así lo ha entendido también y lo entendió el demandado y de ahí que al contestar a la primera de las preguntas del cuadro de posiciones que le pidió el demandante dijo éste: "Ese endoso (el de la póliza) se debe primeramente a una hipoteca del yate 'Cúcuta' que celebró el señor José Ignacio Pérez con mi apoderado señor Vicente Rosanía y para garantizarme varias sumas de dinero que de mis manos recibió....." (foja 5 del cuaderno número 1).

Pero hay más: perdida la lancha "Cúcuta" el señor Pérez hizo en asocio de Rosanía diligencias muy importantes para establecer las causas del siniestro y aparejar la documentación para reclamar el valor del seguro. No se explicaría esa intervención tan constante y eficaz del señor Pérez al respecto, si hubiera creído que la póliza no le pertenecía, si hubiera creído que la había vendido al señor Rosanía. Los documentos en que consta esa intervención de Pérez son numerosos en los autos.

De lo anterior emanan estas conclusiones: que la escritura 705 recogió un contrato de mutuo con hipoteca; que ni de ese contrato en sí mismo considerado ni de la interpretación que a tal pacto le han dado las partes, puede deducirse que Pérez le hubiera traspasado a título de venta a Rosanía la póliza de seguro del yate.

Por lo tanto, la interpretación que el fallador de Barranquilla dio a dicho pacto, considerándolo como de compraventa, contradice abiertamente lo que manifiestan las pruebas de que se ha hecho mérito, interpretadas errónea y equivocadamente por dicho fallador y algunas omitidas, como las concernientes a las gestiones de Pérez para aparejar la documentación para reclamar el seguro y que esa mala apreciación, que esos errores de hecho al respecto, llevaron al Tribunal de Barranquilla a aplicar al caso de autos y basar en ella su sentencia, las disposiciones sobre compraventa, que cita el recurrente, de donde resulta que por ese aspecto el cargo es fundado.

La cesión de la póliza hecha por Pérez a Rosanía fue una cesión en garantía en que si

por una parte Pérez no se desprendió de su derecho de dominio sobre aquélla, por la otra, Rosanía adquiría la personería, como la adquirió, para cobrar el valor del seguro. Se verificó entre Pérez y Rosanía en ese caso un mandato sin representación, que al decir de Planiol y Ripert es un pacto en el cual se conviene que el mandatario disimulará su calidad de tál respecto de terceros y se presentará obrando en nombre propio.

Varias veces se ha ocupado de este fenómeno jurídico la Corte, para darle la eficacia del caso, con más amplitud y mejor base que la de la jurisprudencia francesa, por lo mismo que la definición del mandato que da nuestro Código Civil en el artículo 2142 es superior y más completa que la que da el Código Francés en su artículo 1984. En sentencia de casación de 17 de junio de 1937 *(Gaceta Judicial* número 1924, tomo XLV), dijo esta corporación: "Por tanto, en Colombia el mandato no es esencialmente representativo. En su estructura caben el comisionista ostensible y el secreto; el testaferro; la interposición en todas sus formas lícitas; y aun el acto jurídico del mandatario como único interesado, siempre que el procurador tenga voluntad de obligarse."

Según ese mandato sin representación la Compañía aseguradora quedaba libre al pagar al mandatario señor Rosanía el valor del seguro, como quedó efectivamente y verificado el pago surgían las relaciones jurídicas entre el mandante Pérez y su mandatario Rosanía para que éste diera a aquél cuenta de su encargo y le rindiera cuentas y le entregara el saldo correspondiente (2181, Código Civil).

Se verificó por lo dicho entre Pérez y Rosanía por el endoso de la póliza el contrato de mandato que reglamentan los artículos 2142 y siguientes de la obra que acaba de citarse.

Por la errónea interpretación que el Tribunal de Barranquilla dio a las pruebas, no cayó en la cuenta de lo anterior, y no aplicó, como ha debido hacerlo, las normas que regulan el mandato, de donde se concluye que por este otro aspecto, el resto del cargo que se estudia debe también prosperar y ser casada la sentencia.

Lo anterior con lo que viene constituyen la motivación de la sentencia de instancia que profiere la Corte.

No sólo existen relaciones de mandante a mandatario entre Rosanía y Pérez sino de recíprocos acreedor y deudor. Rosanía debe a Pérez lo que recibió por cuenta del seguro; Pérez debe a Rosanía, los cinco mil pesos del mutuo a que se refiere la escritura 705 y quinientos pesos más a que se refiere el documento privado de que se hizo mérito al principio.

Ahora bien: ¿desde cuándo se deben esas sumas? Es obvio que Rosanía debe el valor de lo que efectivamente recibió por cuenta del seguro, desde el día en que a su apoderado se le entregó el cheque correspondiente o sea desde el 20 de agosto de 1935. Y ¿qué cantidad debe Rosanía a Pérez? Se responde: la que efectivamente recibió o sea la de $ 13.033.71.

Pérez debe a Rosanía $ 5.000 de que da cuenta la escritura 705 y sus intereses desde el 21 de marzo de 1927 y $ 500 desde el 17 de junio de 1927, a que se refiere el documento de mutuo de esa fecha.

Como Pérez y Rosanía son deudores recíprocos y como se trata de deudas líquidas y actualmente exigibles y ambas de dinero, se opera el fenómeno de la compensación al tenor de los artículos 1714, 1715 y 1716 del Código Civil, como lo pidió el demandante.

Recurso del demandante.

El estudio de los cargos hechos en casación, y propuestos por el demandado, hace en parte inoficioso, por lo que se apuntó arriba, el estudio de los cargos hechos por el demandante recurrente y en parte quedan resueltos favorablemente los que se refieren a la incongruencia del fallo y a la compensación impetrada, que no decretó el fallador.

Fallo.

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, *revoca* la de primer grado y *decide* así este pleito:

1º Nicolás Rosanía debe a José Ignacio Pérez la suma de trece mil treinta y tres pesos con setenta y un centavos ($ 13.033,71) moneda corriente, pero descontando de esta cantidad las siguientes, que le debe Pérez a Rosanía: a) cinco mil pesos ($ 5.000) moneda corriente y los intereses de esta suma, al dos por ciento (2%) mensual desde el veintinuno de marzo de mil novecientos veintisiete hasta el veinte de agosto de mil novecientos treinta y cinco; b) quinientos pesos ($ 500) moneda corriente, y sus intereses al dos por ciento (2%) mensual desde el diez y siete de junio de mil novecientos veintisiete hasta el veine de agosto de mil novecientos treinta y cinco.

2º Sobre el saldo, que hechas las deducciones y liquidaciones anteriores, quedare a favor de Pérez, pagará Rosanía a Pérez, el interés legal desde el veinte de agosto de mil novecientos treinta y cinco, hasta el día que verifique el pago.

3º Quedan compensados, hasta donde hubiere lugar, el crédito personal e hipotecario de Pérez a favor de Rosanía, y de que dan cuenta la escritura 705 ya mencionada y el crédito a favor de Rosanía y en contra de Pérez, a que se refiere el documento privado del diez y siete de junio de mil novecientos diez y siete.

4º Las deducciones y liquidación a que se refieren los dos primeros numerales de esta sentencia se harán mediante el procedimiento que señala el artículo 553 del Código Judicial.

5º 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.

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

Acción de nulidad de un contrato de reivindicación, etc.—Causa de las obligaciones.—Indicios.—Su apreciación en casación.

1.—Por causa no puede entenderse el móvil o conjunto de móviles más o menos remotos o mediatos, sino, como la define dicho Código en su artículo 1524: "el motivo que induce al acto o contrato". Así, por ejemplo, quien toma en arriendo o toma una casa porque cree que circunstancias de familia o el giro de sus negocios o un empleo que se le va a dar le impondrán establecerse en el lugar de ubicación de esa casa, no puede demandar la nulidad del contrato a pretexto de falta de causa, porque no sobrevengan la situación de familia o de negocios aludidas o no le llegara el nombramiento esperado.

2.—Salvo el indicio necesario (artículo 663, Código Judicial y la presunción que por precisión y gravedad es suficiente para convencer (artículo 664 ibídem), es de un número plural de indicios de donde, relacionándolos entre sí, surge la plena prueba cuando demuestran sin lugar a duda la verdad del hecho controvertido (artículo 665 ibídem).

3.—A la Corte no le es dado variar la apreciación que de los indicios hayan hecho los Tribunales Superiores de segunda instancia, porque la ley defiere a la convicción del sentenciador, dejando por lo mismo a su inteligencia y conciencia un campo que la Corte no puede invadir, salvo en los casos de excepción, como son el de que se afirme estar probado un hecho, sin estarlo, y de ahí se deduzca cierta conjetura, o el de que, estando probado un hecho, se deja de deducir cierta obligada consecuencia, cual si no lo estuviese, o el de que de tal o cual indicio o conjunto de indicios se deducen consecuencias que lógicamente no cabe deducir por faltar entre éstas y aquéllos el obligado vínculo de causalidad. De ahí que la esfera de acción de la Corte sea tan reducida como acaba de expresarse y se ha observado por ella repetidamente.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza).

Por medio de apoderado la señora Librada Oviedo de Nieto, como cónyuge sobreviviente y heredera del señor Aureliano Nieto y para la sucesión de éste y para la sociedad conyugal habida entre los dos, ha seguido el presente juicio ordinario contra el señor Ignacio Alvira, en primera instancia en el Juzgado Civil del Circuito del Guamo y en segunda en el Tribunal Superior de Ibagué, con el fin de invalidar la venta hecha por Nieto a Alvira en escritura pública número 244, el 22 de noviembre de 1932, ante el Notario de aquel Circuito, y de recuperar los respectivos bienes con sus frutos.

La demanda se contestó el 14 de junio de 1938. El Juzgado falló absolviendo a Alvira el 27 de marzo de 1940. El Tribunal confirmó esa sentencia en la de 27 de agosto de 1942, contra la cual interpuso casación la demandante. Tramitado debidamente este recurso, se procede a decidirlo.

El libelo presenta como hechos fundamentales los que se resumen así: 1º La señora Oviedo ha conferido poder al abogado que formuló la demanda y que la presentó el 21 de abril de 1938. 2º Dicha señora fue esposa legítima del señor Nieto. 3º Este fue bautizado el 3 de octubre de 1844. 4º De ese matrimonio nació una hija que fue bautizada el 19 de septiembre de 1869 y que murió antes que su padre. 5º Durante la sociedad conyugal surgida del matrimonio de Aureliano Nieto con Librada Oviedo se adquirieron todos los bienes que figuraron en cabeza de él como jefe de la sociedad, especialmente los inmuebles y semovientes relacionados en la escritura número 244, por la cual Nieto vende a Alvira "todos sus haberes". 6º Nieto falleció el 23 de junio de 1936. 7º En su causa mortuoria se ha reconocido a la señora Oviedo su doble carácter de socio de esa sociedad conyugal y de heredera de su marido. 8º Sociedad y sucesión están aún ilíquidas. 9º Nieto celebró con Alvira un contrato que se solemnizó mediante la escritura número 244, por el cual Alvira dijo comprar y Nieto dijo venderle la totalidad de los inmuebles y semovientes de éste, detallados en las cláusulas respectivas de ese instrumento. 10. Se estipuló allí que la enajenación comprendía todos "los semovientes del vendedor en esas fincas, así como los enseres, muebles, mejoras, anexidades y servidumbres activas" de los aludidos inmuebles. Y para la época de la escritura había en

esas varias fincas 2.700 semovientes, especialmen ganado vacuno y caballar, y existían almacenadas en la hacienda de Icarco más de mil cargas de café. 11. Se estipuló un precio total de $ 50.000, así: $ 32.500 que el vendedor declara tener recibidos del comprador en moneda corriente, y $ 17.500 que éste se obligó a pagar a los acreedores del vendedor que allí se nombran con indicación del monto de cada deuda. Agrega este hecho que éstas fueron originalmente a cargo de Olimpo Hernández y que Nieto asumió la obligación de pagarlas al comprarle lo que reza la escritura número 282, otorgada en la Notaría de Chaparral el 6 de noviembre de 1931. 12. La sola hacienda de Icarco, que produce más de mil cargas de café al año, vale más de los $ 50.000 asignados como total de los varios bienes vendidos por Nieto a Alvira; y todos estos representan "un precio tres o cuatro veces mayor que la cantidad estipulada como precio del contrato ficticio". 13. El supuesto vendedor Nieto se reservó allí el usufructo, uso y habitación de los bienes vendidos, durante su vida. 14. Dice esa escritura que la entrega material no se ha hecho, en fuerza de estas reservas; pero que el comprador entrará en esa posesión material a la muerte de Nieto. 15. A pesar de esto, Alvira entró en esa tenencia y posesión material desde el 22 de noviembre de 1932 en que se otorgó esa escritura, "como lo demuestra la escritura pública número 335, pasada en la propia Notaría del Guamo el 17 de noviembre de 1936, en la cual el supuesto nudo propietario arrancó al usufructuario y usuario un amplio finiquito que amparara la omnímoda disposición que de los bienes gravados con los derechos reales de usufructo, uso y habitación había hecho". Agrega que desde mucho antes de la escritura 244 Alvira "manejaba a su antojo y disponía a su arbitrio de los bienes del patrimonio de Aureliano Nieto" cuya avanzada edad facilitó este proceder. 16. Alvira ha tenido en su patrimonio los bienes a que se refiere la escritura 244, como si tuviera derecho de dominio sobre ellos, de los que actualmente es poseedor inscrito. 17. Ese contrato en que Nieto aparece vendiendo todo su patrimonio, inclusive los objetos de uso personal relacionados en ella, "no es en realidad una compraventa, porque el vendedor Aureliano Nieto no tuvo intención de vender los bienes allí relacionados, ni Ignacio Alvira tuvo intención de comprarlos, ni ha pagado el precio que aparece estipulado en la escritura número 244 precitada". 18. El supuesto comprador no pagó ni antes ni después de esa escritura, ni al otorgarla, al supuesto vendedor, la cantidad de $ 32.500 que éste declara recibida; y en cuanto al saldo del precio representado por las deudas de Nieto cuyo pago asumió Alvira, "fue pagado en vida de Aureliano Nieto con el producto de las cosechas de café de la hacienda de Icarco, ubicada en jurisdicción de Chaparral, y con el producto de la venta de semovientes de propiedad de Aureliano Nieto". 19. El contrato que se hizo constar en dicha escritura número 244 es simulado. 20. Alvira en los últimos diez años de la vida de Nieto se dio a la tarea de atraerlo en forma de llegar a manejarlo a discreción y así logró "el control de la pseudo voluntad del demente senil, quien le entregó primero la administración de todos sus intereses y luégo la escritura que reza el contrato ficticio por medio del cual Nieto le traspasó integralmente su patrimonio, sin excepciones". 21. La señora Oviedo en su doble carácter de cónyuge sobreviviente y de heredera de Nieto, "tiene el interés que exige la ley para que se pronuncie la simulación".

Quedan extractados, en obsequio de la brevedad, los hechos fundamentales, en cuyo relato se ha conservado en lo posible la redacción del libelo, transcrito en lo pertinente.

La intención de la demanda está formada por estas súplicas: a) Declaración de ser nulo, de *nulidad absoluta*, el contrato de compraventa contenido en la citada escritura número 244; b) Declaración de que, en consecuencia, no salieron los muebles, semovientes e inmuebles, descritos en esa escritura como objeto de la compraventa, del patrimonio de la sociedad conyugal antedicha, primero, y luégo, del patrimonio de la sucesión de Nieto en su proporción legal, "sino que pertenecen en pleno dominio a estas personas jurídicas, en común y proindiviso, y en las proporciones legales"; c) Condenación a Alvira a restituírles en común y en esas proporciones aquellos bienes, cuya descripción transcribe este punto de la parte petitoria; d) Orden al Notario del Guamo de cancelar en su matriz aquel instrumento número 244, y a los Registradores del Guamo, Chaparral e Ibagué de cancelar la inscripción del mismo instrumento, en lo correspondiente a los inmuebles de sus respectivos Circuitos; e) Condena a cargo de Alvira de restituir a las personas jurídicas demandantes en común y en las proporciones legales "los frutos naturales y civiles de los bienes reivindicados, producidos desde" la fecha de la escritura; y f) Condena a Alvira al pago de costas en el evento de oponerse.

Se opuso y afirmó la validez y efectividad del contrato atacado. Contestó los hechos conviniendo en unos y negando otros, como en lo pertinente adelante se verá, y afirmando el cumplimiento de sus obligaciones de comprador, sobre lo cual adujo comprobantes con su respuesta al libelo.

A este respecto debe advertirse que, a más del pago de las deudas de Nieto que asumió Alvira

como parte del precio de esa compraventa, asumió también la obligación de cubrir treinta pesos mensuales a la señora Oviedo de Nieto por el resto de sus días, a partir de la muerte del vendedor, según la cláusula 5ª de la escritura, por lo cual las declaraciones de los otorgantes del instrumento de compraventa en referencia terminan con la de Alvira que al manifestar su aceptación añade "que se compromete a cumplir las obligaciones que el presente contrato le impone, así en relación a la señora Librada Oviedo de Nieto, como respecto de los acreedores del vendedor cuya relación quedó ya establecida..."

El recurrente aduce los motivos 1º y 2º del artículo 520 del Código Judicial y dentro de aquél formula los varios cargos que se estudiarán aquí discriminadamente, antes de lo cual conviene exponer algunas consideraciones de carácter general, a saber:

La Corte ha expresado en varias sentencias de esta Sala cómo y por qué se diferencian entre sí los dos fenómenos jurídicos simulación y nulidad que antaño se identificaban. No es necesario ahora detallar esa doctrina, pues para los problemas del presente recurso basta recordarla y agregar que, no obstante haber hecho esa distinción y persistir en ella, la Sala se ha guardado de decidir a la luz rígida de esa diferencia los pleitos cuya demanda no ha seguido la precisa terminología que para el respectivo caso correspondería de conformidad con esa misma distinción; y que, por el contrario, buscando en cada libelo su efectiva finalidad, se ha guiado por ésta y, así, con cierta amplitud que pudiera parecer benévola y sólo es justiciera, se ha precavido la Corte contra el sacrificio del derecho a la forma y contra la exigencia, inadmisible en un fallo, de palabras sacramentales.

De ahí, por ejemplo, que no haya hallado motivo de rechazo ni para optar por la consiguiente abstención en ocasiones en que aquellas dos acciones aparecen barajadas e involucradas contra lo impuesto por sus peculiaridades y su respectiva valoración jurídica; de ahí también que en demandas que han invocado entre sus fundamentos la simulación y al propio tiempo han suplicado la declaración de nulidad absoluta, la Sala se haya denegado a infirmar la sentencia del Tribunal declarativa de la nulidad, en recurso en que el ataque se basó en la aludida diferencia entre las dos acciones y en que la simulación no se demostró. Es de citarse al respecto la sentencia de 6 de octubre de 1942, no publicada aún en la *Gaceta Judicial*, en pleito en que el Tribunal declaró la nulidad en sentencia que la Corte no casó, entre otras razones porque la demanda contenía pedimento de nulidad, que sí estaba comprobada, de suerte que no era óbice para declararla el que también la simulación estuviese pedida.

Refiriendo estos antecedentes a la presente controversia, no se halla en manera alguna censurable el que el Tribunal de Ibagué estudiara en su fallo ambas acciones, sometidas ambas al litigio. Ello, no porque la Sala desista de su aludida doctrina o la modifique o atenúe, sino porque, a más de que la rigidez de que ya se habló podría ser valla para la recta impartición de justicia, sería excesiva ante un cambio jurisprudencial tan completo como el ocurrido cuando se reconoció ser diferentes acciones antes identificadas al punto de que la simulación se había tenido como índice y fuente de nulidad y de que, cuandoquiera que se hallaba aquélla, se declaraba ésta.

De los motivos invocados por el recurrente se estudia ante todo el 2º, para seguir el orden lógico de examen a que se refiere el artículo 537 del Código Judicial.

Ese motivo consiste, según el artículo 520 de esa obra, en "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

En el Juzgado el apoderado de Alvira se opuso a que se estudiase siquiera la simulación, alegando que la parte petitoria del libelo no contiene esa súplica, sino la de nulidad. El Juez desoyó esa oposición y estudió la simulación, fijándose en que el libelo la presenta expresamente al aducir como uno de sus hechos fundamentales (el 19) que la compraventa materia del litigio es un contrato *simulado* y al sostener en el 21 la personería sustantiva de la señora Oviedo como demandante, en razón de su interés jurídico para obtener que se pronuncie la *simulación*.

El Juez, tras de detenido análisis de las probanzas, concluye que no la hay, y en verdad a esta acción concreta su declaración de la parte resolutiva del fallo, redactada en forma en que aparece la falta de simulación como determinante de la absolución pronunciada. Aunque en la motivación consideró lo tocante a consentimiento del vendedor y causa efectiva de la compraventa, pudiera entenderse que sólo la simulación fue lo estudiado, tanto por la redacción del fallo en su parte resolutiva que acaba de citarse, cuanto por la atención preferencial y aparentemente exclusiva que le consagró en la motiva.

Pero el Tribunal se detuvo en la nulidad y consideró uno a uno los vicios indicados por el demandante para sostenerla, así como los elementos probatorios respectivos. Así lo hace ver la lectura de su fallo y lo confirman los cargos

mismos que dentro del motivo 1º formula ahora el recurrente, según se verá aquí al discriminarlos. Otra cosa es que, analizado el haz probatorio por el Tribunal en los capítulos que consagra a la simulación, no tuviera que repetir ese análisis y su exposición al pasar al capítulo dedicado a la nulidad. Si así procedió y si, por ende, a más de pronunciar absolución, a ésta no llegó por dejar de tomar en cuenta súplicas del actor o excepciones del reo, el cargo formulado por el 2º motivo de los del citado artículo 520 no puede prosperar.

Pasan a considerarse los correspondientes al motivo 1º, o sea, el de violación de disposiciones legales sustantivas, los que formula en varias formas o por las varias causas a que da lugar aquel motivo, a saber: unas por interpretación errónea, otras por aplicación indebida, otras por haberse dejado de aplicar, y el quebranto se hace depender de error, ya de derecho, ya de hecho que aparece de manifiesto en los autos, en la apreciación de las pruebas que al efecto señala, y también de error en la interpretación de la demanda. Se consideran en el mismo orden que se han formulado.

I—Errónea interpretación de la demanda, en cuanto el Tribunal vio en ella el ejercicio de la acción simulatoria, siendo la de nulidad absoluta, y por esto no declaró esta nulidad y quebrantó disposiciones legales sobre nulidad, que señala en debida forma el recurrente.

Este cargo queda estudiado y decidido con lo dicho sobre el motivo 2º de casación. En efecto, si el Tribunal estudió la nulidad, no puede decirse que dejara de lado esta acción para concretarse a la simulación como si ésta fuera, y no aquélla, la suplicada. Lo que sucedió, como ya se ha dicho, fue que, planteadas ambas en el libelo, el Tribunal accedió a considerarlas ambas; por tanto, no es admisible la queja de que desatendiera la de nulidad por no haber interpretado la demanda debidamente. El error habría sido hasta de mera lectura si el Tribunal no hubiera visto que la simulación se plantea terminantemente en el relato de los hechos y que la nulidad se suplica de modo expreso en la parte petitoria.

Si, pues, no hubo tal error y ambas acciones se estudiaron, no es admisible el cargo consistente en que por obra de ese error de interpretación dejara de estudiarse la nulidad demandada y consiguientemente se quebrantaran aquellas disposiciones legales.

Y debe advertirse que lo que se acaba de decir sobre presentación de ambas acciones desde el libelo inicial está clara y sobradamente corroborado por el sostenimiento detallado de una y otra a lo largo de ambas instancias y ahora mismo en los alegatos de casación.

Dentro de este primer cargo se queja el recurrente de que el Tribunal haya hablado de acción resolutoria, de reivindicación y de lesión enorme, ninguna de las cuales ha sido materia de pleito.

La absolución se pronuncia por no haber la simulación ni la nulidad demandada. Y si el Tribunal cita aquellas otras es sólo en forma incidental aludiendo a lo que correspondería en razón de las respectivas afirmaciones del demandante, así: resolución, si efectivamente el comprador falta al pago del precio, pues es ella, en su caso, la que da al vendedor el Código Civil en su artículo 1930, en relación con los dos anteriores y con el 1546 del mismo, y rescisión por lesión enorme, si hubo la diferencia de precios que dice la demanda entre el justo y el declarado en la escritura, pues es ésta la que corresponde en tal caso según los artículos 1946 y 1947 del mismo Código. Cuanto al concepto de reivindicación, es de recordarse que la demanda misma lo expresa cuando en la súplica sobre frutos habla de "los bienes reivindicados", y que, por otra parte, a las reglas generales dadas sobre prestaciones mutuas en la reivindicación es a lo que vuelve la mirada, como no podía menos de ser, el Código Civil para regular en su artículo 1746 los efectos de la sentencia de nulidad.

No habiendo incurrido, pues, el Tribunal en el error de apreciación de la demanda y de fijación de las acciones incoadas efectivamente, sería inoficioso considerar lo que en el evento de haber incurrido en tales errores habría ocurrido en relación con las aludidas disposiciones legales.

II—El segundo cargo es el de violación de las disposiciones que detalladamente se citan, tanto del Código Civil como de la Ley 50 de 1936, sobre nulidad, por no haberse aplicado al caso del pleito, debiendo aplicarse para declarar la nulidad pedida, en fuerza de que la compraventa en cuestión adolece de falta de consentimiento, capacidad, causa, objeto e intención de transferir.

Dice el recurrente que la de Nieto fue únicamente la de poner su patrimonio en cabeza de Alvira para evitar que "por su edad provecta, por su agotamiento físico y por todo ese cúmulo de calamidades que se presentan a los hombres de edad ya avanzada en el declinar de la vida, viniera a quedar en la miseria". Agrega que "Nieto en esos momentos no podía ya casi ni firmar, no tenía capacidad para hacer operaciones de comercio y necesitaba de una persona que lo representara, que hiciera sus veces"; y advier-

te que Alvira era la persona de su ilimitada confianza, su compañero, su socio, su amigo, a quien consideraba como hijo. Estas frases de la demanda de casación concuerdan con las del libelo inicial, donde se califica a Nieto de "autómata, fácilmente manejable como todo elemento senil".

Con todo, no se ataca de nulo el contrato por ausencia de capacidad mental, sino que, reconociendo en Nieto capacidad volitiva, se afirma por el recurrente que, dentro de ella, lo que hubo fue voluntad de hacer algo distinto de lo que aparece en la escritura. Al respecto hace esta terminante declaración: "También se aprecia indebidamente o erróneamente la demanda, desde luégo que no se ha alegado la nulidad del contrato por demencia, sino por causa de simulación. Es decir, el Tribunal confunde la nulidad por la imposibilidad natural de hacer cualquiera manifestación de voluntad, o sea por incapacidad de querer, a *(sic)* la nulidad derivada de querer una cosa diversa de la contenida en la declaración con el acuerdo de la otra parte contratante". En seguida censura al Tribunal por su análisis de pruebas, como por ejemplo los testimonios de los médicos, acerca de la normalidad de Nieto, para agregar que la actora no ha sostenido que éste "fuera incapaz para hacer declaración alguna de voluntad, sino que realmente no hizo la contenida en el contrato demandado por nulidad y simulación".

Así, pues, la incapacidad mental o demencia queda descartada como fuente de nulidad, dadas las palabras del recurrente, y en la constante oscilación que se observa en el curso del litigio entre las dos acciones incoadas, a pesar de que lo que en este capítulo se ataca es lo relativo a nulidad, el cargo se dirige a la simulación, puesto que, como se está viendo, no consiste en la falta de voluntad, ya que ésta en sí misma se asevera, sino en que la hubo, pero no para vender. A este propósito el recurrente en varios pasajes de su demanda habla de que lo querido por Nieto fue conferir su representación con plenitud de facultades administrativas, en fuerza de las razones vinculadas con su senectud que el recurrente manifiesta, según palabras que en lo pertinente se han transcrito; y en otros varios pasajes habla de que lo querido por Nieto fue donarle su patrimonio a Alvira. Todo ello dentro del concepto de simulación.

Sin perjuicio de estudiar adelante esta faz del problema y concretando la atención por ahora al cargo de quebranto de las aludidas disposiciones sustantivas, se halla que este cargo no procede, puesto que ellas versan sobre nulidad y, como sobra repetirlo, este fenómeno es distinto de aquél. El recurrente así lo reconoce, al punto de que acusa al Tribunal de no haber hecho esa distinción en debida forma y sólo pensó en ella para detenerse en la simulación y dejar de estudiar la nulidad.

Después de estimar lo relativo al estado mental de Nieto, no como incapacidad por demencia, en lo que halla error del Tribunal, sino como elemento o indicio de la simulación, entra a estudiar lo relativo a causa y objeto, relacionándolo, como es lo natural, con el precio. Acerca de éste se diserta con el mayor detenimiento en la demanda de casación, en la que en unos pasajes se niega rotundamente que lo hubiera y en otros se discute sobre su pago para negarlo.

Ante todo se pone de presente la falta de necesidad de vender en que se hallaba Nieto. De paso se observa que no es un estado de necesidad lo que precisamente haya de conducir a vender, y que quien ha procedido en forma de que sólo asediado así es como ha enajenado tal o cual de sus bienes o, más aún, todos ellos, puede invocar más tarde la fuerza bajo la cual obró para obtener la invalidación del contrato, en cuanto se trate de la que tiene este poder según el artículo 1513 del Código Civil; pero bien se ve que a esta invalidación se llega, no en atención a la causa, sino como vicio del consentimiento. El recurrente pone de presente la vida modesta de Nieto, el valor relativamente alto o cuantioso de su patrimonio y el monto de su pasivo, pequeño, comparado con aquél, y agrega como detalle significativo que el valor de los bienes que aparecen transferidos es cuatro o cinco veces mayor del declarado en la escritura y que una sola de las fincas vale más de los $ 50.000 que se hicieron figurar como precio total en la escritura. A este respecto comenta que no habiendo habido venta verdadera, era indiferente poner bajo el nombre de precio cualquier cifra e interesaba que ésta fuese baja para que la operación fuera menos costosa. Insiste en que lo que Nieto quería era "poner en cabeza de Alvira esos bienes, bien a título de donación o porque quería que le sirviera de testaferro para que los pasara a otra persona o para que más tarde se los devolviera y no pretendiera apropiárselos, dada la confianza que existía entre los dos".

Sobre este pie, de la falta de precio deduce la de objeto y causa, para llegar al cargo de violación de las disposiciones legales aludidas, y a más de ellas y ante todo, del artículo 1502 del Código Civil, por no haberse declarado la nulidad.

Y sin embargo, como ya se dijo, al propio tiempo considera que sí hubo precio, como lo indica al calificarlo. Son palabras de la demanda de casación éstas: "El error está, pues, en no darle a dicho hecho una consideración o un efecto legal en relación con el contrato, que sí la tiene, porque si resulta acreditado que se desprendió

de su patrimonio por una irrisoria suma de dinero, es claro que por inducción tiene que concluirse que el contrato es nulo".

De paso se advierte que es a propósito de las reflexiones de la parte actora sobre exigüidad del precio, cómo y cuándo el Tribunal alude a la acción rescisoria por lesión enorme.

Se resumen las reflexiones del recurrente sobre falta de causa y objeto, en relación con la de precio, así: Nieto no necesitaba vender; su pasivo podía cubrirlo con las cosechas de café de una sola de sus fincas, podía también conseguir dinero entre tanto para cubrirlo, tánto tenía esta facilidad, que el 20 de enero de 1933 consiguió el dinero de los Loperas y $ 5.000 más de la Caja de Crédito Agrario; además, si hubiera determinado vender para cancelar su pasivo, habría acudido a persona de posibles y no a Alvira, insolvente. Por otra parte, llama la atención a que Nieto aparece buscando y obteniendo aquellos préstamos de enero, a pesar de decir la escritura de 22 de noviembre de 1932 que recibía $ 32.500 de Alvira, y de no haber emprendido negocios ni hecho adquisiciones que justificaran la reunión en sus manos de todas estas sumas.

Se considera:

Una cosa es que no haya habido precio y otra que, habiéndolo habido, no se haya pagado en todo o parte.

Las circunstancias que pone de relieve el recurrente como acaba de verse, justifican su sospecha o conjetura de que la declaración escrituraria sobre pago de los $ 32.500 no es exacta, aunque la escritura no dice que se pagaran en su día, sino que para cuando se otorgó los tenía recibidos Nieto. Pero, aunque a poder de ese indicio sólo desapareciera la plena prueba que de suyo tiene el instrumento público y quedara descartado ese sumando, no por eso desaparecería el pago del precio íntegro, del cual esa cantidad es una parte, pues a más de esa partida, concurre al precio la obligación asumida por el comprador de cubrir las deudas del vendedor detalladas en la escritura de compraventa y, además, la pensión vitalicia para la señora Oviedo de que se hablará adelante, como se estudiará lo del dicho pasivo y su pago.

Por causa no puede entenderse el móvil o conjunto de móviles más o menos remotos o mediatos, sino, como la define dicho Código en su artículo 1524: "el motivo que induce al acto o contrato". Así, por ejemplo, quien toma en arriendo o compra una casa porque cree que circunstancias de familia o el giro de sus negocios o un empleo que se le va a dar le impondrán establecerse en el lugar de ubicación de esa casa, no puede demandar la nulidad del contrato a pretexto de falta de causa, porque no sobrevengan la situación de familia o de negocios aludidas o no le llegara el nombramiento esperado. Para Nieto pudo ser causa que lo indujo a otorgar la escritura de enajenación en favor de Alvira, ya un propósito de vender efectivamente como ella declara, ya, siguiendo las conjeturas del recurrente, el de donarle, o el de procurarse una administración fácil y eficaz, o el de hacer del aparente comprador un intermediario que traspasara los bienes a otra u otras personas o se los devolviese al mismo Nieto. Cualquiera de estas explicaciones puede suponerse lógicamente, aunque no simultáneamente; pero en ninguna de ellas faltaría la causa, es decir el motivo inductor a aquel paso.

No se quiere decir con esto que dé lo mismo compraventa que donación, o que tanto signifique en Alvira la calidad de comprador como la de donatario, y que ésta sea igual a la de testaferro, sino que, desde el punto de vista de la causa, este elemento no falta en ninguno de estos supuestos, que son los presentados como el por qué de las diversas explicaciones de la escritura citada y de la enajenación que por ella se hizo y que es materia del presente pleito.

Si efectivamente se estipuló precio y si éste se pagó, siquiera en parte por el comprador, no puede decirse que el contrato careciese de objeto ni de causa para el vendedor, ni que no hubiese compraventa, sino alguno de esos otros fines ni, como sostiene el recurrente por encima de todas esas conjeturas o posibilidades, que no hubo contrato alguno.

Se dice que sí hubo precio estipulado y pago del mismo, al menos en parte, lo que obliga a reconocer que sí hubo compraventa, por las razones expresadas ya a este respecto y por las siguientes: En la cláusula 5ª dice la escritura: "Que el comprador, señor Alvira, queda con la obligación de suministrar mensualmente a la señora Librada Oviedo de Nieto, la suma de treinta pesos desde la fecha del fallecimiento del vendedor en adelante, hasta la fecha de la muerte de dicha señora; así como con la obligación de atender los gastos de enfermedad, medicinas y funerales de la misma señora".

Se impone como porqué de estas prestaciones la misma venta; no se ve razón distinta, por más que se diga que el precio total son los $ 50.000 formados por los $ 32.500 recibidos y los $ 17.500 monto del pasivo de Nieto asumido por el comprador. Obran en el proceso comprobantes de haber atendido Alvira a sus obligaciones para con la señora Oviedo, quien en debida forma otorgó y reconoció las cartas de pago, por ejemplo, de varias mensualidades de la pensión a partir de la muerte de su marido. No está acreditado tal pago hasta ahora; pero al respecto no

se reclama por la parte demandante. Posible es que sólo haya faltado aducir los comprobantes, o que éstos no los extendieran, o que el pago mismo se suspendiera por mediar este pleito u otra causa. No es de suponerse entre éstas la muerte de la señora, porque su abogado recurrente al pintar con patetismo su situación aflictiva habla en presente y dice, por ejemplo, refiriéndose a los testigos que declaran al respecto: "están acordes en declarar que carece de bienes". Adelante dice: "La pobreza de la Oviedo es un hecho que aparece del expediente"..... "En el mismo sentido deben y pueden interpretarse los recibos que presentó el demandado para comprobar que por lo menos algunas sumas de dinero se le habían suministrado, y lo propio puede decirse del hecho de que sea por cuenta de Alvira como los médicos la visitan en sus enfermedades, muy naturales por cierto en una edad tan avanzada".

Más todavía: aun dejando de reputar estas obligaciones de Alvira como parte integrante del precio, quedan con esta calidad las deudas de Nieto especificadas en la escritura o, mejor dicho, la obligación de cancelarlas asumida por Alvira allí con tal objeto.

Que esas deudas se pagaron es un hecho sobre el cual no discuten los litigantes, sólo que la actora afirma que el pago se hizo por Nieto, aunque aparezca hecho por Alvira, porque se realizó con el producto del café de las fincas de Nieto cuyo usufructo se había reservado y con la venta de semovientes de Nieto. De ahí que como recurrente acuse de error de apreciación de las pruebas respectivas al atribuir a Alvira el pago.

Este señor lo ha acreditado con las cartas de pago, con las notas de cancelación o con las declaraciones, según el caso, de los acreedores y estos comprobantes demuestran que fue Alvira quien les pagó. Así las cosas, no se halla error en la estimación de tales comprobantes, sino, por el contrario, ajustamiento a los mandatos de la ley sobre fuerza de esos elementos probatorios, sin que pueda darse por desvirtuada esa fuerza a poder de las conjeturas que el recurrente deriva, en contrario, de la circunstancia de administrar Alvira en esa misma época los bienes de Nieto, ni la de haber éste concurrido con su firma y con la pignoración de sus cosechas a respaldar las obligaciones contraídas por Alvira al conseguir los dineros en mutuo de que hay constancia en el proceso, acerca de los cuales el recurrente afirma también que fueron devueltos con productos de los bienes de Nieto, con cuya fortuna contrasta la insolvencia de Alvira.

Hay pruebas de que Alvira no era insolvente. De que Nieto concurriera a respaldar las referidas obligaciones no cabe deducir como consecuencia obligada de que esos dineros fueran para Nieto ni que su pago se hiciera precisamente con esas cosechas. El Tribunal no acompaña al recurrente en estas conjeturas, y bien se ve que esto no es incurrir en error en la apreciación de los aludidos comprobantes.

El hecho de los fundamentales de la demanda referente al pago de deudas de Nieto por Alvira fue respondido negativamente por éste al contestar aquélla, y de ahí deduce el recurrente la confesión de Alvira sobre no pago, por más que éste esté explícitamente afirmado por la demandante desde su libelo inicial. Es inaceptable ese concepto de confesión, no sólo por esa aseveración de la demandante y la sostenida a lo largo del pleito por el demandado, sino principalmente porque el referido hecho no versa simplemente sobre los pagos, sino que los presenta como hechos por Nieto o con el producto de sus bienes, y así las cosas, es evidente que es a esta circunstancia a la que se refiere la negativa de Alvira. De otro lado, aunque cupiese ese concepto de confesión, no sería posible tener los pagos en sí mismos como no hechos, obrando en el expediente la constancia fehaciente de que se hicieron.

El hacerlos Alvira era una obligación suya como comprador. Por tanto, la fecha de las respectivas cancelaciones para ante terceros ningún alcance tiene en un juicio que no versa sobre resolución de una compraventa por haber faltado el comprador a lo de su cargo o haber retardado su cumplimiento.

La discrepancia de cifras entre lo indicado en algunos de esos pagos y lo señalado para la respectiva deuda en la escritura, no puede justificar los reclamos actuales del recurrente acerca de la identidad, no sólo porque desde la demanda la actora afirma tales pagos, sino también porque las demás circunstancias indican esa identidad que ahora echa menos y porque, además, es muy explicable disparidad de cifras, en los distintos casos de este orden, ya por rebajas, ya por intereses devengados o gastos hechos en el lapso transcurrido entre el día que se habló de la deuda y se dijo su monto para entonces y el día en que más tarde viene a cubrirse.

Lo dicho hasta aquí hace ver que no prosperan los cargos ya estudiados, o sea, los presentados como 1º y 2º, consistentes como se ha visto en que por errores de apreciación de las pruebas el Tribunal violó, tanto las disposiciones legales sobre esa estimación, cuanto las sustantivas sobre condiciones esenciales en ley para la existencia y validez de los contratos y motivos de nulidad de éstos y, además y en especial, de la compraventa, a saber: artículos 1494, 1502, 1524, 1741 a 1748 y 1849 del Código Civil y 1º y siguientes de la Ley 50 de 1936.

III—El tercer cargo se concreta a la simulación y consiste en violación "por interpretación errónea, aplicación indebida y falta de aplicación de los artículos 1740 a 1746, 1524, 1494, 1602, 1849, 1871, 1757, 1759, 1761, 946, 950, 961, 740, 742, 747, 765, 766 y 768 del Código Civil, y 593, 597, 598, 601, 668, 693, 704 y 721 del Código Judicial".

Se detiene el recurrente en la diferencia entre simulación parcial o relativa y la total o absoluta, para censurar que el Tribunal busque en ésta el contrato oculto en que efectivamente ocurre pensar cuando se trata de aquélla, advirtiendo que la demandante no afirma que haya tal o cual convenio ocultado bajo la compraventa aparente, sino que no hay nada en realidad; de suerte que yerra el Tribunal al exigirle que desenvuelva la realidad en el presente caso y demuestre su verdadero carácter.

Aun aceptando el reclamo, cual si la parte demandante no hubiese dicho nada ni sugerido siquiera que bajo la apariencia de venta hizo Nieto algo que pudo ser una donación o un mandato para administración fácil o para transferencia ulterior a otras personas, en forma, pues, de hacer de Alvira, no el comprador declarado, sino un disimulado donatario, administrador o testaferro, ello es que la distinción entre aquellas dos clases de simulación no incide en casación en el presente caso, por la razón decisiva de que no es de haberla hecho o dejado de hacer de donde el Tribunal deriva la solución que dio a la controversia, sino de algo más trascendental, como es que del análisis de las pruebas, todas indiciales, aducidas para demostrar la simulación, no dedujo que se hubiese producido o comprobado este fenómeno jurídico.

Además, y esto tiene visible importancia dentro del cargo que se está estudiando, el recurrente lo cierra con estas palabras, referentes a que la señora demandante no ha sostenido que haya un pacto verdadero y efectivo encubierto por el contrato aparente, sino que lo que ella dice es "que está ausente de consentimiento, de causa dicho contrato, sin que por ninguna parte haya pedido que se declare o se reconozca convenio oculto celebrado con Ignacio Alvira por Aureliano Nieto".

Y lo tocante a ausencia de consentimiento y de causa queda estudiado ya aquí en los capítulos anteriores de esta sentencia.

Se rechaza el cargo.

IV—Violación por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas de los artículos 1740 a 1746, 1757, 1759, 1849, 746, 742, 1502, 1524, 1494 y 1603 del Código Civil; 2º y siguientes de la Ley 50 de 1936, y 593, 597, 601, 604 a 606, 697, 704, 661, 663 y 665 del Código Judicial.

Dentro de este cargo, en forma de capítulos separados, presenta el recurrente estos temas y los analiza en relación con las pruebas correspondientes: edad de Nieto, anterior holgura económica de Nieto, ulterior pobreza de Nieto y Librada Oviedo de Nieto, operaciones mercantiles de Nieto y Alvira, fraude al Fisco, solvencia de Alvira, confesión extrajudicial de Nieto y pago del precio.

Se considerarán una a una las reflexiones del recurrente a estos respectos, no sin advertir que en gran parte estos reparos están estudiados ya, como desde luégo lo sugieren los títulos que acaban de transcribirse.

Edad de Nieto. Se queja el recurrente de que sus alegaciones y probanzas al respecto se hayan tomado como presentación de la demencia en forma de vicio del consentimiento, no habiendo sido sino como indicio de la facilidad de ser engañado el anciano y de exagerar su confianza hacia las personas de su afecto. Al tomar en aquel sentido estas reflexiones y las concomitantes pruebas de la demandante, el Tribunal dejó de apreciarlas como indicio de que Nieto por su avanzada edad no se hallaba en estado propio para celebrar un contrato como el que aparece haciendo con Alvira.

La holgura económica de Nieto, junto con lo irrisorio del precio se tomaron por el Tribunal como alegados en relación con la falta de causa, y el recurrente se queja de que se les diera ese sentido, tratándose de simulación, porque lo que se quiere decir es que no se concibe que un hombre de posición económica holgada dé todos sus bienes por una suma ínfima. Agrega: "se hizo una donación o una escritura de confianza y se puso ese precio porque no importaba que fuera un precio vil o que fuera un precio alto, o que fuera un precio no equivalente a la prestación de Nieto".

Con motivo de esta argumentación, vuelve el recurrente a la nulidad por falta de causa, tratada ya aquí; y tornando a la simulación, dice que la causa es ficta, y se detiene en la falta de necesidad de vender, insistiendo en que los productos de una sola de las fincas habrían bastado para cancelar Nieto su pasivo exigible, y en que para el mes de enero subsiguiente a la venta aparece recibiendo los $ 20.000 de los Loperas y los $ 5.000 de la Caja de Crédito Agrario junto con Alvira.

Ya se apreciaron en los capítulos precedentes de esta sentencia estas circunstancias. Resta sólo observar que el recurrente se queja de que el Tribunal desconoce la holgada posición de Nieto, y agregar que aunque esto fuera así, no fue por

reputar pobre a Nieto por lo que se negó a hallar la nulidad y simulación de que se trata.

Acerca de la ulterior pobreza de Nieto y de la señora Oviedo, se queja el recurrente de que el Tribunal no reconozca la fuerza demostrativa de los elementos probatorios que obran para acreditarla. Pero cabe observar que de las varias alegaciones formuladas sobre esa base, la procedente es el indicio de que los $ 32.500 que se dicen recibidos por Nieto no le fueron cubiertos efectivamente, en cuanto no aparecen después en parte alguna como dinero o como inversión. Por lo demás, esa pobreza ulterior no está estimada erróneamente por el Tribunal en lo que hace a Nieto, ya que éste aparece después de la venta haciendo operaciones importantes en que su firma es aceptada y ya que se reservó el usufructo vitalicio de bienes valiosos. Cuanto a la de la señora, es un efecto natural de la enajenación de todo el patrimonio social hecha por el marido; pero no una prueba de que ésta fuera nula o simulada; de suerte que no se halla relación entre el desconocimiento de esa pobreza por el Tribunal, de que habla el recurrente, y las acciones incoadas.

Respecto de las operaciones mercantiles de Nieto y Alvira el recurrente se queja de que no se hayan entendido sus argumentos, los que formula en el sentido de hacer ver que Nieto al dar su firma y comprometer sus cosechas en favor de Alvira demostraba con esto su afecto y confianza, demostraba también su capacidad de levantar fondos con los cuales habría podido atender sobradamente al pasivo de que habla la escritura, demostraba asimismo no haber recibido los $ 32.500 dos meses antes y demostraba, sobre todo, la falta de motivo en él para vender todos sus bienes.

En concepto del recurrente el Tribunal dejó de apreciar las correspondientes pruebas en debida forma con quebranto de las pertinentes disposiciones procedimentales y así negó su valor, no de simple indicio, sino de plena prueba a esos hechos. Ocurre pensar sobre este punto que lo plenamente probado son las dichas operaciones de enero por un total de $ 25.000, y que la repercusión de ello sobre la compraventa sólo tiene carácter indicial, aun siguiendo los razonamientos del recurrente.

Fraude al Fisco. Sobre éste acusa también de mala apreciación de sus reparos, en cuanto el Tribunal los contesta diciendo que el Fisco tiene defensores. El recurrente advierte que los formuló como un indicio más de la simulación al llamar la atención a que se acudió a fingir compraventa y señalar precio bajísimo porque éste era el medio menos costoso y, no habiendo compraventa efectiva, poco importaba poner tal o cual suma como precio.

Como se ve, se trata de un indicio. Adelante se estudiará lo tocante a la apreciación de esta prueba en el recurso de casación.

Otro tanto se advierte sobre los indicios consistentes en haberse reservado Nieto el usufructo de lo que decía vender y en haber administrado Alvira tales bienes, así como en el testamento de aquél en su favor.

Solvencia de Alvira. El recurrente se queja de que el Tribunal, a pesar de reconocer que Alvira no estaba en capacidad económica para hacer la compra a Nieto cuando aparece haciéndola con entrega al contado de $ 32.500, deje de ver en ello un indicio contra la efectividad y veracidad de ese contrato; y se queja también de que el Tribunal acepte las afirmaciones de Alvira sobre consecución de dinero para el pago, máxime si las pruebas al respecto indican que esta consecución fue posterior a la fecha de la escritura de compraventa en que Nieto hace la declaración de tener recibida aquella suma.

El cargo, pues, versa principalmente sobre la estimación y alcance de un indicio sobre la simulación demandada. Adelante se expondrá lo atañedero a la apreciación de la prueba indicial que hacen los Tribunales en fallos de segunda instancia y a lo que al respecto ocurre dentro del recurso de casación.

Confesión extrajudicial de Nieto. Este cargo se refiere a que el Tribunal no da la fuerza de confesión de esta clase al dicho de Nieto sobre que su escritura a Alvira fue de confianza, recogido por varios testigos, y versa también sobre la desestimación consiguiente de esto que para el recurrente es prueba plena de la simulación.

Un contrato no puede tenerse por simulado con la sola declaración de que lo es, formulada por una de las partes contratantes únicamente. Bien se comprende que, de lo contrario, sencillo sería a cualquiera obtener las ventajas del caso con sólo hacer esa afirmación, lo que jurídicamente es inadmisible. Por tanto, aunque de los aludidos testimonios se dedujese una confesión del vendedor, no por ello podría darse por demostrada la simulación en referencia. Y en cuanto a la calidad de indicial que haya de darse a ese dicho de Nieto, vuelve a referirse la Sala a lo que adelante se dirá sobre apreciación de esta prueba en casación.

Pago del precio. Insiste aquí el recurrente en la imposibilidad de Alvira de pagar lo que aparece entregando al contado, así como sobre que fue con bienes de Nieto, principalmente con el café de la finca de Icarco, como aparece después Alvira haciendo los pagos que como suyos figuran acreditados en el proceso.

Sobre estos puntos ya se expresó el concepto de la Sala.

Un hecho sobre el cual recalca el recurrente como indicio de la mayor sugestión es el de que para 1º de enero de 1933 en que entraba a regir la Ley 28 de 1932, iba a desaparecer la situación jurídica establecida por el artículo 1806 del Código Civil, y a esto atribuye que se apresuraran Nieto y Alvira a otorgar la escritura de compraventa antes de que a Nieto se le acabase la potestad aludida. Se ve en ello el insano propósito de despojar a la señora de cuanto habría de corresponderle sin esa enajenación en virtud de que todos los bienes comprendidos en ésta eran de la sociedad conyugal.

Esas coincidencias pueden en verdad recibir tal interpretación; pero el sentenciador no puede suscribirla o compartirla sin pruebas, y ninguna obra en el proceso que a ella conduzca. Aunque esta reflexión bastaría, no está por demás advertir que ese propósito dañado, cuya ilicitud influiría decisivamente contra el contrato, tendría que ser no sólo de Nieto, sino también de Alvira, para que a éste se le invalidara la escritura 244 y la fuerza de plena prueba que ésta tiene de suyo.

Sin aplaudir ni censurar ese paso de Nieto ni entrar a calificarlo en relación con sus deberes para con su consorte, se recuerda que, así fuese en cuantía mezquina que para él pudo no parecerlo, proveyó a la subsistencia de ella con la renta vitalicia y demás prestaciones establecidas en la cláusula 5ª de aquel instrumento, transcrita en el presente fallo. Repítese que no se está aplaudiendo ni censurando acto de Nieto en relación con las intimidades de su hogar, ya que en un fallo judicial el pleito sobre la validez de aquel paso, no se le puede contemplar o traer a cuento sino en relación con las acciones incoadas y con la calidad o fuerza de indicio con que pueda concurrir a decidirlas.

El recurrente se queja de que el Tribunal exige de cada indicio una calidad y fuerza tal que lo haga de por sí prueba plena, y arguye que ésta no se deriva sino de la conexión de los varios indicios, sin la cual nunca o muy raras veces podría llegarse a la convicción de que habla la ley.

Se considera: efectivamente, salvo el indicio necesario (Código Judicial, artículo 663) y la presunción que por precisión y gravedad es suficiente para convencer (artículo 664 ibídem), es de un número plural de indicios de donde, relacionándolos entre sí, surge la plena prueba cuando demuestran sin lugar a duda la verdad del hecho controvertido (artículo 665 de esa obra). No es, pues, de discutirse la obligación del sentenciador de relacionar entre sí los indicios cuando se trata de este medio probatorio. Pero el Tribunal no dejó de cumplirla en el presente caso. Otra cosa, muy distinta por cierto, es que no les diera la interpretación y alcance que les da el demandante.

Además, y así se llega la oportunidad de exponer, como atrás se anunció, lo tocante a apreciación de la prueba de indicios en el recurso de casación, se tiene que a la Corte no le es dado variar la que los Tribunales Superiores hayan hecho en el fallo de segunda instancia, porque la ley defiere a la convicción del sentenciador, dejando por lo mismo a su inteligencia y conciencia un campo que la Corte no puede invadir, salvo en los casos de excepción, como son el de que se afirme estar probado un hecho, sin estarlo, y de ahí se deduzca cierta conjetura, o el de que, estando probado un hecho, se deja de deducir cierta obligada consecuencia, cual si no lo estuviese, o el de que de tal o cual indicio o conjunto de indicios se deducen consecuencias que lógicamente no cabe deducir por faltar entre éstas y aquéllos el obligado vínculo de causalidad.

De ahí que la esfera de acción de la Corte dentro de dicho recurso sea tan reducida como acaba de expresarse y se ha observado por ella repetidamente. Al respecto son de citarse estas sentencias:

La de 9 de abril de 1942 *(Gaceta Judicial,* tomo LIII, páginas 300 a 304). Allí se discutía el problema de la culpa y de la prueba de la correspondiente diligencia y cuidado, y al respecto la Corte dijo: "Inducir de las pruebas citadas por el recurrente que esa diligencia y prudencia mediaron o faltaron, es un proceso mental del sentenciador que escapa a la casación, como en lo general sucede con la apreciación de los indicios. Bien puede suceder que la Corte suponga que en un litigio dado habría hallado culpa donde el Tribunal no la encontró o que donde ésta la encuentra no la habría hallado ella, y sin embargo no podría romper por eso solo el fallo del Tribunal, siendo así que para casar por violación de ley sustantiva, cuando a ella se llega por mala apreciación de pruebas, se necesita que haya en ésta error de derecho o error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, y este concepto de error no puede recaer sobre las inducciones o deducciones derivadas de la estimación psicológica, por decirlo así, de pruebas como las de que aquí se trata. Cuando ellas de suyo establecen ciertos hechos y el Tribunal sentencia desconociéndolos o cuando ellas no los establecen y el Tribunal sentencia en forma que implica que están demostrados, es cuando incurre en el error a que se refiere la ley para establecer causal de casación si de él se ha derivado quebranto de disposiciones sustantivas".

En sentencia de 13 de julio de 1943, no publicada aún en la *Gaceta,* alude la Sala al mismo tema, diciendo: "Una vez más recuerda ella cuán limitada es su esfera de acción en casación en lo

atañedero 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".

Perece ocioso citar todos los fallos en que uniformemente la Sala ha expuesto esta misma tesis. Con todo, por lo pertinente al presente caso se cita también la sentencia de 30 de octubre de 1935 *(Gaceta Judicial,* tomo XLIII, páginas 317 a 339), donde se lee: "La Corte considera que es tesis aceptable la de que si el sentenciador estudia separadamente varios indicios y los rechaza porque aisladamente son insuficientes, sin examinar si con una debida coordinación y análisis todos juntos suministran una suficiente convicción, no sólo incurre en una apreciación errónea, sino en error de derecho atacable en casación, porque los indicios deben ser avaluados en conjunto y sólo su conexión, siendo graves y precisos, inducen a una estimación final sobre el hecho que indican o presumen.

"Pero no puede decirse que en el presente caso el sentenciador haya incurrido en ese error, porque él sí estudió presuntiva e indicialmente las pruebas a que se refiere el recurrente, aunque no con la extensión y alcance que éste les da.

"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 concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido. La apreciación de estas cualidades de gravedad, precisión y conexión las confía la ley al Juez de la causa, quien se mueve a darles el valor de prueba legal cuando primeramente tales indicios han producido en su ánimo un valor más moral que jurídico; de manera que su juicio ponderativo es intocable en casación".

La parte demandante para atacar la sentencia de segunda instancia aduce la convicción que se ha formado en pro de sus pretensiones en fuerza de un conjunto de indicios de donde, en su sentir, debió deducir el Tribunal igual convencimiento: la avanzada edad de Nieto, propicia a abandonarse al afecto y confianza que le inspiraba Alvira; ser ese afecto tan grande que testó en su favor; llegar esa confianza a entregarle la plena administración de sus bienes en lapso de diez o más años que corresponden a los últimos de su vida y se extienden a la época en que por la venta no conservaba sino el usufructo; la reserva de éste al vender, circunstancia en que la ley misma en ciertos casos encuentra fundada sospecha de ficción; la imposibilidad pecuniaria de Alvira de afrontar una operación cuantiosa; lo reducido y hasta irrisorio del precio; la incapacidad económica de Alvira para dar los $ 32.500 que la escritura declara recibidos y sobre los cuales él afirma habérselos entregado a Nieto al otorgarse aquélla; no haber aparecido después este dinero en especie, o invertido en bienes o negocios, en manos de Nieto; conseguir Nieto junto con Alvira $ 25.000 a los dos meses, asegurando el préstamo con las cosechas de Nieto; sugerir estas operaciones que así se ponía Alvira en pie de cumplir en parte las obligaciones asumidas como comprador y sugerir también que el pago vino a hacerse por el mismo Nieto o al menos con lo suyo; el dicho de éste sobre haber sido de confianza su escritura a Alvira y la creencia general en este sentido.

Como queda visto, algunas de estas conjeturas, o sugestiones, o sospechas, no las reputó el Tribunal ni se hallan comprobadas, como por ejemplo que fuera Nieto quien hizo o que con el producto de sus bienes se hicieran los aludidos pagos; y otros de los hechos indiciales no los rechaza el Tribunal; pero ello es que para él no se llegó por medio de los hechos indiciales comprobados, aun relacionándolos entre sí, a la misma convicción a que llegó el recurrente. Y en esto por sí sólo no puede hallarse un justificado motivo para invalidar la sentencia materia del recurso.

Este ha sido el concepto de la Sala reiteradamente expuesto y sostenido, según se ve en diversos fallos, entre ellos los citados aquí y transcritos en lo pertinente.

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 Ibagué el veintiuno de agosto de mil novecientos cuarenta y dos.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

Acción de nulidad de un remate.

Lo esencial para la validez del remate no es que se deje la constancia de haberse fijado los carteles, sino que se fijen con la anticipación y en los sitios indicados en el artículo 1038 del Código Judicial. Si el Secretario no deja la constancia, falta al cumplimiento de sus deberes, pero ello no impide que se demuestre, por otros medios probatorios, que se cumplieron las formalidades señaladas en la ley.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

El 27 de septiembre de 1940 le fueron adjudicados por el Juez Civil del Circuito de Chinácota, a Secundino Puerto Aguilar, en subasta pública verificada en el juicio especial de venta de los bienes hipotecados, seguido por éste contra Ramón Leví Duarte y José Balbino Duarte, un predio denominado *Sararito* y unos derechos en otro conocido con el nombre de *La Maravilla*, ubicados en jurisdicción de Chinácota.

Considerando los Duartes que el remate había quedado viciado de nulidad, porque según ellos no se fijó en lugares públicos, ni se insertó oportunamente en el periódico de la localidad el aviso correspondiente, el 26 de octubre de 1940 presentaron demanda ordinaria, ante el mencionado Juez, contra Secundino Puerto Aguilar, en la cual pidieron que se declare nulo el remate aludido, que se hagan las demás declaraciones consecuenciales y que se condene en costas al demandado.

Admitida la demanda y corrido el traslado legal, el demandado contestó oponiéndose a la acción intentada y negando algunos de los hechos fundamentales de ella; sostuvo que sí se fijaron oportunamente los carteles en parajes públicos, y que, como se dijo en la diligencia de remate, éste se llevó a efecto "habiéndose cumplido los requisitos previos de los anuncios de remate, según constancia que figura en autos".

Agotada la tramitación propia de la primera instancia, el Juez *a quo* pronunció la sentencia de fecha dos de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, cuya parte resolutiva dice:

"Por todos los razonamientos que anteceden es forzoso concluír que la acción de nulidad del remate intentada por los señores demandantes, y fundada en la segunda causal del artículo 451 del Código Judicial, no puede prosperar. En tal virtud este Juzgado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, considera no probada la acción de nulidad intentada y declara en firme el remate practicado por este Despacho el veintisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta, dentro del juicio especial hipotecario seguido por Secundino Puerto A. contra Ramón Leví y José Balbino Duarte.

"Sin costas".

De esta sentencia apelaron oportunamente los demandantes, y subido el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona y surtida allí la tramitación de segundo grado, esa entidad la confirmó en todas sus partes, sin condenar en costas, el veintiséis de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno.

Como fundamentos principales de su decisión trae éstos la sentencia recurrida:

"De las copias auténticas tomadas del juicio especial en que se efectuó la diligencia de remate a que se alude, aparece establecido que el dos de septiembre se dictó sentencia de pregón y remate y que en ella se fijó la hora de las nueve de la mañana del día 27 siguiente para realizar la subasta judicial, y se ordenó su anuncio mediante la prensa local y por medio de avisos murales en la forma prevenida en el artículo 1038 del Código Judicial; que el tres del mismo septiembre se fijó en el despacho del Juzgado el aviso del remate y se entregó a la parte demandante copia para su publicación en uno de los periódicos de la ciudad y por medio de carteles; que se allegó al expediente un ejemplar de *El Heraldito Católico*, en donde se hizo la publicación del aviso; que en la correspondiente diligencia de remate se dejó constancia expresa de haber cumplido los requisitos previos de los anuncios de remate, según constancia que figura en autos; y, por último, que en la diligencia de costas se incorporó la cantidad de $ 8.80 por concepto de la publicación de un edicto y carteles de remate.

"Por otra parte, el demandado allegó al expediente, al contestar la demanda, un comprobante

de la Imprenta Parroquial, en que consta que se le entregaron 20 ejemplares del anuncio del remate, en hojas volantes, para su fijación al público, y un ejemplar de este anuncio.

"A más de esto, en el término probatorio de primera instancia adujo las declaraciones de los señores José de la Luz Durán, Antonio García G. y Pedro Manuel Alvarez, en las que afirman uniformes que en la primera semana del mes de septiembre de 1940 vieron fijado en varias esquinas el cartel de aviso de remate de que se viene hablando, y el último asevera también, en su carácter de Director de la Imprenta Parroquial, ser cierto que a Secundino Puerto A. se le timbraron veinte ejemplares del susodicho aviso y que se los entregó el día cuatro del mismo septiembre".

El recurso.

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el apoderado de los demandantes, quien, con apoyo en la primera de las causales establecidas por el artículo 520 del Código Judicial, la ataca por considerarla "violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa e interpretación errónea, y por mala apreciación de determinada prueba".

El recurrente indica como violados los artículos 1760 del Código Civil y 451, 632, 1037 y 1038 del Código Judicial.

Estima también el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho al apreciar la prueba referente al cumplimiento de la formalidad ordenada en los citados artículos 1037 y 1038, pues sostiene que los carteles de remate no fueron fijados en tres, por lo menos, de los parajes más concurridos del lugar del juicio.

Alega igualmente que la constancia que el Secretario debe dejar en el expediente, como lo ordena el inciso final del artículo 1038, no puede sustituirse por otras pruebas, porque equivale a un instrumento público, por lo cual cree que se violó el 1760 del Código Civil, pues no aparece tal constancia en autos.

Estudio de los cargos.

Considera la Sala de Casación:

Como ha dicho la Corte en otras ocasiones semejantes, se trata aquí de la nulidad de un remate, considerado como diligencia o acto judicial sometido a los preceptos que sobre el particular establecen las leyes procedimentales, y no de un acto civil, contentivo de un contrato de venta celebrado por intermedio de la justicia, caso en el cual debería gobernarse por los preceptos legales que regulan los actos y las declaraciones de la voluntad. De modo que lo que debe estudiarse, como dice la sentencia acusada, es si con relación al remate verificado en el juicio especial de venta seguido por Secundino Puerto A. contra Ramón Leví y José Balbino Duarte, se cumplieron a cabalidad, o nó, las formalidades ordenadas en los artículos 1037 y 1038 del Código Judicial.

Disponen estos artículos que la fecha del remate debe anunciarse al público, si se trata de bienes raíces, con un término que no puede ser menor de veinte días, anuncio que debe hacerse por medio de carteles, de los cuales se fija uno en el despacho del Juzgado, y otros en tres parajes, por lo menos, de los más concurridos del lugar; que donde se publiquen periódicos debe darse el aviso también en uno o varios de ellos, y que el Secretario debe hacer constar en el expediente los sitios en que se fijen los carteles y agregar un ejemplar del periódico en que se haya publicado el aviso.

Resulta demostrado en autos que el Secretario no dejó en el expediente la constancia de que acaba de hablarse, y el recurrente sostiene que ella equivale a un instrumento público y que su falta no puede sustituirse por otras pruebas, por lo cual la sentencia violó el artículo 1760 del Código Civil.

No comparte la Sala esa apreciación, porque, de un lado, la aludida constancia no puede, en manera alguna, asimilarse a un instrumento público, y, de otro, lo esencial para la validez del remate no es que se deje dicha constancia, sino que se fijen los carteles con la anticipación y en los sitios indicados en el referido artículo 1038. Si el Secretario no deja la constancia, falta al cumplimiento de sus deberes, pero ello no impide que se demuestre, por otros medios probatorios, como se demostró en el presente juicio, según se vio en los párrafos de la sentencia acusada que atrás se transcribieron, que se cumplieron las formalidades señaladas en los dos artículos que se han venido comentando.

En relación con este punto ha dicho la Corte:

"La atestación escrita que el Secretario del Juzgado debe dejar en el expediente, de haberse fijado los avisos del remate durante el tiempo y en la forma indicadas por la ley, no es formalidad esencial para la validez del remate. Bien se comprende que la fijación de anuncios no disputada, o establecida con las pruebas supletorias que permite la ley, sea válida, aunque carezca de aquella atestación" (Jurisprudencia de la Corte, tomo 2º, número 2180).

En lo tocante a la inserción del aviso de remate en un periódico de la localidad, aparece demostrado que se publicó en los números 664 y 665 de *El Heraldito Católico*, correspondientes al 14 y al 21 de septiembre de 1940, con la advertencia de que dicho periódico, que es el único que se publicaba entonces en Chinácota, no es diario sino semanario. La circunstancia de no ha-

berse insertado allí el aviso de remate con la anticipación de los veinte días que fija la ley, tampoco induce nulidad, como lo tiene resuelto la Corte.

En efecto, en sentencia del veintiocho de noviembre de mil novecientos treinta y ocho dijo esta Sala:

"Fielmente interpretados los dos textos legales que regulan la forma de anuncio del remate (1037-1038, Código Judicial), se concluye que en la gran mayoría de los lugares de la República, por no existir órganos periódicos de prensa, tal anuncio se hace por medio de carteles murales. Cumplido ese requisito y dejada en el expediente la constancia de su cumplimiento, queda surtida la formalidad procesal de manera completa y satisfactoria.

"Sólo en los escasos Municipios donde se publican periódicos, se debe dar también el aviso en uno o varios de ellos.

"Del contexto de tales preceptos parece desprenderse, dentro de reglas de sana hermenéutica, que la forma general y estrictamente obligatoria como deben avisarse al público las subastas judiciales de inmuebles, es la de los carteles murales y esto se explica porque como en la generalidad de los Distritos del país no existen órganos de prensa, viene a ser el cartel impreso el medio fácil y corriente de información de una noticia de esta índole. De allí que el Código Judicial lo haya establecido y consagrado como obligatorio en todos los lugares de la República, para hacer conocer del público la fecha y hora de los remates judiciales, amén de la ubicación y avalúo del bien raíz sometido a la venta en martillo.

"De manera que el aviso en los periódicos viene a ser, en realidad de verdad, el medio complementario del anuncio de remate, que si bien muy útil y eficaz para difundir la noticia al público, no viene a estar consagrado como forma general para realizar el mencionado anuncio. Ese carácter complementario se desprende del índice mismo de cultura del país, que no permite sostener en todos los Municipios órganos periódicos de prensa. Por eso el legislador, atento a la realidad nacional, no puede consagrar el aviso de prensa como requisito fundamental y *sine quo non* para las almonedas públicas en todos los lugares de la Nación.

"Atendidas las anteriores circunstancias, parece lógico, dentro de una sana exégesis de esas normas procesales, aceptar que la formalidad de que el anuncio preceda a la fecha del remate veinte días, por lo menos, debe ser cumplida estrictamente respecto de los carteles murales, pero no puede hacerse la misma rigurosa exigencia en lo que se refiere al aviso en un órgano periódico de prensa. Funda la Sala esta conclusión en la consideración de que si tal requisito no se exige sino únicamente en aquellos escasos Municipios en que existen periódicos, sería absurdo otorgarle a tal forma de anuncio el mismo carácter que al cartel mural y exigir para él, con todo rigor, la condición de la precedencia en veinte días a la fecha del remate. Tal rigor equivaldría a establecer una distinción en cuanto a los Municipios del país, aceptándose que un remate es nulo en algunos de éstos por no haberse publicado en aviso en los periódicos con veinte días de anticipación, en tanto que en la mayoría de tales Distritos un remate es válido aun sin la formalidad del anuncio de prensa. Además, aun en aquellos lugares en que hay periódicos, no siempre salen éstos con la puntualidad y frecuencia necesaria para asegurar o permitir esa precisa anticipación. La forma como aparece redactado el inciso 2º del artículo 1038 parece corroborar esta interpretación, ya que allí no se reitera la exigencia de que el aviso tenga veinte días de antelación a la fecha de la almoneda judicial. Cosa distinta sería que se omitiera el aviso de prensa en aquellos lugares en que existen órganos periódicos de publicidad, caso en el cual sí se omitiría un requisito impuesto por la ley para la subasta en tales lugares y podría considerarse como violado el precepto que se estudia". *(Gaceta Judicial,* tomo XLVII, página 438).

Son suficientes los razonamientos anteriores para poner de manifiesto que está jurídicamente bien fundada la sentencia acusada, y que son, por lo mismo, inadmisibles los reparos formulados por el recurrente. En consecuencia, no es el caso de infirmarla.

A virtud de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, con fecha veintiséis de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese y devuélvase el expediente.

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

Acción petitoria de preferencia de un título de comprador de una finca raíz por prioridad de tradición.—Venta de una misma finca raíz a distintos compradores.

1.—No siendo el derecho real de herencia, como en doctrina y jurisprudencia corresponde, propiamente un inmueble porque su objeto es la universalidad abstracta, distinta de los bienes singularmente considerados que la integran, la inscripción de títulos de su transferencia no cae bajo la regla del artículo 2654 del Código Civil. La norma aplicable es la contenida en el artículo 2655 del mismo Código. Así está establecido por invariable jurisprudencia de la Corte basada en la disposición imperativa de la ley. Las disposiciones legales al respecto son tan claras y precisas que no dan margen a equivocada aplicación y con apoyo en ellas la jurisprudencia ha equiparado el registro vicioso, o hecho en lugar que no es el que le corresponde, con la falta de registro.

2.—Es antigua y constante la doctrina de la Corte conforme a la cual es obligatoria, tratándose de la enajenación del derecho real de herencia, la tradición simbólica inscrita en los términos que establece el título correspondiente del Código Civil. Es cierto que en el Código no se halla expresamente consagrada esta tradición solemne como en el caso de contratos que versen sobre el dominio de bienes raíces o de los derechos reales de usufructo y uso constituídos en ellos y los de habitación e hipoteca, pero a tal solución ha llegado la jurisprudencia de la Corte aplicando principios fundamentales de nuestro derecho que no dan cabida a la forma de tradición propugnada por el recurrente para la adquisición del dominio del derecho de herencia. El contrato en derecho colombiano, acorde con la tradición romana y a diferencia de lo que ocurre en el francés, no es capaz por sí mismo de transferir la propiedad; es solamente fuente idónea para crear obligaciones personales. El dominio no se transfiere sino por el modo. La venta o la permuta del derecho hereditario sólo confieren un derecho ad rem, a la herencia; para tener uno in re, en la herencia, que implica la posesión del derecho real, es indispensable la tradición, que desde luégo no puede consistir en la entrega propiamente dicha, por no permitirlo la naturaleza incorporal de la cosa vendida. El heredero tiene la propiedad sobre la masa hereditaria per universitatem, y de lo que carece es del dominio singular respecto de los bienes que la integran. Esta diferencia sobre el objeto singular o universal es la única que existe entre el derecho de dominio y el de herencia, concernientes ambos a la propiedad y ejercitable éste, temprano o tarde, como lo ha dicho esta Sala, sobre las cosas corporales de la sucesión. La posesión de la herencia, que el heredero adquiere aun ignorándolo, de pleno derecho (artículos 757, 783, 1013, Código Civil), si bien es distinta de la posesión propiamente dicha como hecho externo indicador de dominio, es constitutiva a no dudarlo de un verdadero derecho de posesión, aunque sea legalmente ficta. Sobre las cosas incorporales la ley establece también la posesión (artículo 776 ibídem). Con estas nociones resulta incuestionable que la posesión del derecho real de herencia no puede adquirirse en virtud de un título traslaticio de dominio sino por el medio de la tradición simbólica inscrita, como lo dispone el artículo 759 del Código Civil. Con este planteamiento de la cuestión jurídica, acorde con dilatada y numerosa jurisprudencia de la Corte, claro se ve la falta de razón para alegar que en caso de doble venta de un mismo derecho de herencia, cuando el primer adquirente ha tenido alguna actividad de cesionario, el fenómeno que legalmente se produce sin consideración ninguna a fecha y modo de la inscripción del título del segundo adquirente, es el de venta de cosa ajena al segundo comprador. No cabe la menor duda de que lo que tal ocurrencia plantea es la situación prevista y gobernada por el artículo 1873 del Código Civil, sobre preferencia con base en la prioridad de posesión entre sucesivos adquirentes, el segundo de los cuales, aunque contratante posterior, deriva su título de quien todavía tenía el carácter de dueño por no haberse realizado

hasta entonces la tradición legalmente adecuada. Verificada ésta en forma capaz de producir todos sus efectos jurídicos, dando la posesión del derecho de herencia al segundo comprador, la inscripción que posteriormente haga de su título el primero, ya no puede determinar ningún efecto retroactivo en perjuicio de aquél como si no hubiera sobrevenido el registro de título posterior con el cual el segundo adquirente previno y consolidó su posición de dueño del derecho real de herencia disputado entre los dos compradores. Por lo demás, el conocimiento o ignorancia en que el segundo comprador haya estado respecto de la primera venta, como elemento de calificación de la fe jurídica con que haya contratado, no es circunstancia que en alguna forma pueda impedir o alterar el funcionamiento de la regla contenida en el artículo 1873 del Código Civil, donde está prevista la posibilidad de la venta múltiple de una misma cosa y minuciosamente gobernados sus efectos civiles con la base simplemente de la prioridad posesiva.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Los antecedentes de este pleito son los que en seguida se enuncian:

Por medio de la escritura pública número 189, otorgada el día 16 de marzo de 1936 ante el Notario 1º del Circuito de Cali, Jorge Enrique Mora R. y Manuel S. Ordóñez, casado en segundas nupcias con la madre de aquél, celebraron un contrato de permuta por medio del cual el primero transfiere al segundo todos sus derechos hereditarios en la sucesión intestada de su madre Práxedes Rodríguez de Ordóñez (fallecida en Cali en 1935), bien por bienes propios de la nombrada causante o por gananciales de ella en la sociedad conyugal formada con Manuel S. Ordóñez, y éste transfiere al primero la propiedad en una casa situada en Popayán y un potrero ubicado en ese Municipio, la mitad del cual le transfiere Nepomuceno Ordóñez que para el efecto concurrió al otorgamiento de la escritura.

Esta escritura fue registrada en la Oficina del Circuito de Popayán en el Libro número 1º, en razón de los inmuebles permutados, y en los Libros 2º y de Causas Mortuorias, en el mes de abril de 1936.

A pedimento del cónyuge supérstite se declaró judicialmente abierto el juicio de sucesión de Práxedes Rodríguez de Ordóñez en el Juzgado del Circuito de Popayán, ubicación de la mayor parte de los bienes relictos, el 24 de febrero de 1941, y en él fue reconocido como parte el cónyuge como tál y como cesionario de los derechos herenciales de Jorge Enrique Mora.

Así las cosas, el 10 de abril de 1941, el mismo Jorge Enrique Mora, mediante escrituras públicas números 215 y 216, otorgadas ante el Notario Público de Popayán, transfiere a título de venta a Emilio Salas Salazar y a Miguel H. Mora M. "los derechos hereditarios que le corresponden al exponente como hijo legítimo de la señora Práxedes Rodríguez de Ordóñez, casada en primeras nupcias con el padre del exponente y en segundas con el señor Manuel S. Ordóñez V." En este instrumento declara el vendedor que por acto anterior había enajenado los mismos derechos herenciales que ahora vendía por no poder aquella enajenación producir efectos legales y que hace esta declaración para exonerarse el vendedor de su obligación de saneamiento, de la venta.

Estas dos escrituras, números 215 y 216, fueron inscritas en los Libros número 2º y de Causas Mortuorias de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Popayán, el 14 de abril de 1941.

Por medio de la escritura pública número 242, otorgada el 19 de abril de 1941, también ante el Notario de Popayán, hace Jorge Enrique Mora la declaración aclarativa de que los derechos hereditarios vendidos a Salas Salazar y a Mora en las escrituras números 215 y 216 precitadas, comprenden todos los derechos que a cualquier título puedan corresponderle en la sucesión de su madre. Este instrumento también se inscribió en la Oficina de Registro de Popayán en los mismos libros que lo habían sido las escrituras aclaradas.

Con exhibición de los precitados instrumentos, Emilio Salas Salazar en su propio nombre y como mandatario de Miguel H. Mora pidió al Juez de la causa mortuoria de Práxedes de Ordóñez —2º Civil del Circuito de Popayán— que se les tuviera como parte en su calidad de cesionarios de los derechos del heredero Jorge Enrique Mora, en lugar de Manuel S. Ordóñez cuyo título estaba viciado por error y por dolo y por ser, además, inapreciable por registro defectuoso, pues no fue inscrito en la Oficina de Registro de su otorgamiento. El Juzgado consideró que tal cuestión no era debatible dentro del juicio sucesorio sino dentro de uno ordinario y contradictorio, y por tal razón, acogiéndose al auto ejecutoriado en que se había reconocido la primera cesión, denegó el pedimento.

Con posterioridad a este incidente, fue inscrita la escritura pública número 189, en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y

Privados de Cali, Circuito de su otorgamiento, el 19 de agosto de 1941 en el Libro número 2º, y el 29 de septiembre de ese mismo año en el de Causas Mortuorias.

En esta situación, para obtener la prevalencia de su título de cesionarios de los derechos herenciales de Jorge Enrique Mora en la sucesión intestada de su madre, Emilio Salas Salazar en su propio nombre y como apoderado judicial de Miguel H. Mora, en libelo del 25 de julio de 1941, dirigido al Juzgado 2º Civil del Circuito de Popayán donde cursa el juicio mortuorio de Práxedes de Ordóñez, demandaron a Manuel S. Ordóñez V. para que con su citación y audiencia se declare que la escritura número 189 otorgada el 16 de marzo en la Notaría 1ª de Cali, contentiva del contrato de permuta entre el demandado y Jorge Enrique Mora no hace fe en el juicio de sucesión de Práxedes Rodríguez de Ordóñez y por lo mismo no puede ser admitida como prueba del contrato de cesión de derechos herenciales de que da cuenta; que la expresada escritura no produce efectos contra los demandantes como cesionarios de los derechos herenciales de Jorge Enrique Mora en la sucesión de su madre y por lo mismo los actores Salas Salazar y Miguel Mora son los legítimos cesionarios de esos derechos hereditarios; que los demandantes, como cesionarios de Jorge E. Mora, único heredero de su madre en su carácter de hijo legítimo o legitimado, tienen derecho exclusivo en relación con el demandado, a la herencia de la madre de su cedente.

Piden en subsidio que se declare que el contrato de permuta contenido en la escritura número 189 citada es absolutamente nulo "por vicio del consentimiento de Jorge E. Mora, por error de su parte y por dolo de parte del otro contratante".

Surtido el traslado legal de la demanda, contestó el demandado aceptando algunos hechos, negando otros y oponiéndose a que se hagan las declaraciones solicitadas por estimar que está debidamente registrada la escritura pública en que consta la cesión que a título de permuta le hizo Jorge E. Mora de sus derechos de heredero de su madre. Surtidos los trámites del grado, el Juzgado del Circuito, con fecha 28 de enero de 1942, profirió sentencia de absolución. Sin costas.

Sentencia acusada.

La segunda instancia del juicio a que dio lugar la apelación interpuesta por el apoderado de la parte demandante contra el fallo del Juzgado finalizó con la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán con fecha 12 de noviembre de 1942, en la cual, con un voto disidente, se revocó la apelada y en su lugar se hicieron las declaraciones principales de la demanda al tenor de lo pedido. Sin costas.

Consideró el Tribunal, para dar motivación a su sentencia, que la cuestión planteada en este pleito, según las súplicas de la demanda, sus hechos fundamentales y las disposiciones de derecho invocadas, es la contemplada y decidida en el artículo 1873 del Código Civil, conforme al cual "si alguien vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro; si ha hecho la entrega a los dos, aquel a quien se haya hecho primero será preferido; si no se ha entregado a ninguno, el título más antiguo prevalecerá". A la luz de este ordenamiento legal, y considerando que en el derecho colombiano la tradición de los derechos hereditarios se verifica por la inscripción del respectivo título en la competente Oficina de Registro, sin cuyo requisito no se adquiere, al tenor del artículo 759 del Código Civil, la posesión efectiva del derecho, y teniendo en cuenta, además, que la escritura en que consta el título de transferencia de un derecho hereditario es de obligatoria inscripción en la Oficina de Registro del Circuito de su otorgamiento, como lo dispone el artículo 2655 del Código Civil, concluyó el sentenciador en el sentido de la prevalencia de la cesión de los derechos herenciales hecha por Jorge Enrique Mora a Emilio Salas Salazar y Miguel Mora (escrituras números 215 y 216 de abril de 1941), porque aunque el título escriturario en que se hizo fue posterior al en que el mismo heredero permutó sus derechos de herencia con Manuel S. Ordóñez (escritura número 189 de 16 de marzo de 1936), la circunstancia de no haberse éste registrado en Cali, lugar de su otorgamiento, y haberse inscrito el otro en legal forma, como se dejó visto, obliga a estimar que los últimos cesionarios compradores entraron primero en la posesión de los derechos cedidos, y en tal situación les corresponde el reconocimiento preferencial de su condición de dueños de la cosa doblemente vendida. "Cuando una misma persona ha vendido dos veces unos mismos derechos hereditarios a diferentes personas —dice la sentencia— y una de ellas no ha hecho registrar el correspondiente título en la Oficina de Registro en que debía inscribirlo por razón del lugar de su otorgamiento, al paso que la otra, aunque esa escritura sea posterior, sí inscribió su título en la respectiva Oficina, ya no se puede sostener que la primera escritura produzca los mismos efectos cuando se registra en cualquier tiempo, porque cuando esto sucede el segundo comprador ya ha adquirido el dominio sobre esos mismos derechos, desde luégo que tratándose de bienes incorporales no se puede hacer

entrega, y, por consiguiente, el dominio se adquiere por la inscripción del título".

Los dos primeros pedimentos principales de la demanda los funda el Tribunal en los artículos 2673 y 2674 del Código Civil, el primero que dispone que ninguno de los títulos sujetos a inscripción o registro hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad sin que se surta tal formalidad en conformidad con la reglamentación legal, y el segundo que estatuye que tales títulos no surten efecto legal respecto de terceros sino desde la fecha de su inscripción. La tercera solicitud para que se declare que los demandantes tienen derecho excluyente respecto del demandado a la herencia materna de Jorge Enrique Mora, se apoya, como ya se dijo, en la preferencia de título a base de prioridad del registro, que consagra el artículo 1873 del Código citado.

Respecto de la petición subsidiaria relacionada con la nulidad absoluta del contrato contenido en la escritura número 189 de 16 de marzo de 1936, se abstuvo el Tribunal de estudiarla y hacer sobre ella ninguna clase de pronunciamiento porque habiendo prosperado la demanda principal no hubo lugar a considerar la subsidiaria.

El recurso.

Contra este fallo definitivo de segunda instancia, cuyos fundamentos se acaban de sintetizar, interpuso oportunamente la parte demandada el recurso de casación que hoy se decide por estar agotada su tramitación.

Se apoya la acusación contra la sentencia del Tribunal en el 1º y en el 6º de los motivos que enumera el artículo 520 del Código Judicial. Por razón de orden lógico se comienza el estudio por el último.

Motivo sexto. Sostiene el recurrente que en este litigio se plantea la cuestión de la eficacia de dos contratos para que se diga quién es el titular excluyente de los derechos en una sucesión. "Aquí no hay tal de simple preferencia —dice— sino de eficacia de lo vendido, del efecto normal de dos contratos". De tal modo que uno de ellos no puede ser declarado ineficaz o inexistente sin citar ni oír al vendedor Jorge Enrique Mora, de donde deduce que en este caso se ha incurrido en la causal 6ª de casación por falta de emplazamiento y citación de una de las personas que han debido ser llamadas al juicio.

Se considera:

Contempla el artículo 1873 del Código Civil el caso de que un individuo venda separadamente una misma cosa a dos o más personas y consigna claramente las reglas para resolver cuál es el dueño de la cosa vendida teniendo presente si ha sido entragada o nó por el vendedor, ya que es esta entrega o tradición lo que dentro de nuestro sistema jurídico transfiere el dominio y no el contrato que sólo genera la obligación de entregar. El caso del precitado artículo y la aplicación de su doctrina ha sido la materia controvertida en este juicio, en el cual se ha reconocido preferencia al comprador que primero entró en posesión del derecho vendido por haber prevenido en la inscripción de su título que es la manera legal de efectuar la tradición. La acción ejercitada como principal en este juicio, sobre preferencia de título de comprador por prioridad de tradición, en que son partes legítimas los dos compradores que discuten su prevalencia, no versa en manera alguna sobre la invalidez o inexistencia de los contratos de venta, que como fuentes jurídicas de obligaciones personales continúan perfectos y dan base al comprador que no obtuvo la entrega o tradición del derecho vendido para demandar a su vendedor por incumplimiento contractual. El registro defectuoso o falta de registro de una escritura pública, que para efectos legales es lo mismo, base de esta acción sobre derecho preferencial de comprador, no induce nulidad del instrumento público ni del contrato respectivo sino que produce distintos efectos predeterminados por la ley.

Es verdad que en la demanda se acumularon subordinadamente la acción principal de preferencia consagrada en el artículo 1873 del Código Civil y subsidiariamente la de nulidad absoluta del contrato contenido en la escritura número 189 del 16 de marzo de 1936; pero no habiendo tenido el sentenciador oportunidad ni forma para considerar la demanda subsidiaria por haber prosperado la principalmente propuesta, como se vio al sintetizar las razones del fallo acusado, carece de toda significación y operancia el hecho de que en este proceso haya estado ausente Jorge Enrique Mora, vendedor de los dos compradores que se disputan la preferencia como dueños del derecho herencial que él les vendiera, porque su audiencia no falta legalmente en una controversia en que de manera alguna se debatió sobre la validez de los contratos en que fue parte. Bien sabido es que tratándose de acumulación eventual de acciones subordinadas, en que la gradación corresponde a interés del actor, el orden en que se proponen las demandas obliga al juzgador en el sentido de entender que sólo en el caso de no ser estimada la principal puede considerarse y decidirse sobre la subsidiaria o subordinada.

Por lo dicho, no es aceptable el cargo que se formula por la sexta causal de casación.

Motivo 1º La acusación contra la sentencia del Tribunal por quebranto de ley sustantiva se hace formulando los cargos que en seguida se sintetizan:

I—Violó el Tribunal los artículos 2637, 2653, 2654, 2655, 2673 y 2674 del Código Civil por las siguientes razones: al atacar el sentenciador el registro verificado en Popayán respecto de la escritura número 189, otorgada en Cali, hace pura exégesis, pues siendo los efectos del registro respecto de terceros, de mera publicidad, el segundo comprador, que sabe que lo que compra está vendido, no puede invocar la ineficacia del registro. Si hay libertad para escoger Notaría para la celebración de contratos como el de que aquí se trata, la regla sentada por la sentencia de que el registro de una escritura de venta de derechos herenciales debe hacerse en la oficina del lugar de su otorgamiento, la publicidad o seguridad de los terceros se fuga o diluye porque es imposible cerciorarse de la existencia de la escritura y su registro. El segundo comprador no puede pretender que le es inoponible el registro verificado por el primer adquirente precisamente en el mismo lugar en que él verifica el que lo favorece.

II—Violación de los artículos 2673, 2674 e indirectamente del 1873 del Código Civil y 597, 632 y 636 del Código Judicial por cuanto el Tribunal no reparó en que la escritura 189, otorgada en Cali, fue sometida a inscripción en la Oficina de Registro de allí, con lo cual se produjo el efecto retroactivo del registro en favor del demandado, según doctrina reiterada de la Corte.

III—Violación de los artículos 740, 756, 757, 760, 785, 1867 y 1873 del Código Civil. Considera el recurrente en relación con este cargo que la doctrina de la sentencia conforme a la cual la enajenación de los derechos herenciales sólo se consuma con la inscripción de la correspondiente escritura pública en la Oficina de Registro del Circuito de su otorgamiento, aunque tiene una larga y respetable tradición jurisprudencial, debe ser rectificada por la Corte porque "carece de aquella alma económica, práctica y científica que el buen derecho exige para las construcciones jurídicas". No consagra el Código Civil reglamentación especial para la tradición del derecho de herencia, que no estando exceptuada de la regla general de que la tradición se consuma por la entrega que el dueño de las cosas hace de ellas a otra persona, ha de entenderse como lo sostienen algunos civilistas chilenos, que el adquirente de un derecho de esta naturaleza tiene el dominio por virtud del solo otorgamiento de la escritura pública seguida de actos que impliquen o hagan presumir la tradición, como obtener la apertura del juicio sucesorio y hacerse reconocer en él como cesionario, tal como ocurrió en este caso. De este razonamiento deduce el recurrente la consecuencia de que "si el vendedor enajena después a otra persona esos mismos derechos, aun antes de que se haya registrado el primer título, se está en el caso de venta de cosa ajena, puesto que el dominio ya estaba radicado en el primer comprador, aun antes del registro, y no en el de preferencia entre sucesivos adquirentes que deriven su título de quien todavía tenía el carácter de dueño cuando hizo las sucesivas enajenaciones".

Afirma finalmente el recurrente que el hecho, declarado por ellos, de que los segundos adquirentes supieran que Manuel S. Ordóñez era titular del mismo derecho que compraban a Jorge Enrique Mora, los constituye en poseedores de mala fe, poseedores irregulares, en forma que sus pretensiones sobre dominio de la herencia de Práxedes Rodríguez de Ordóñez "no pueden despacharse favorablemente, en nombre de la moral y de la ley". Y el Tribunal, que no tuvo esta consideración, incurrió en error de derecho desconociendo el alcance del artículo 764 del Código Civil, a consecuencia de lo cual desconoció el artículo 1967 de allí.

La Sala considera los cargos.

La institución del registro desde su objeto hasta sus efectos es una organización técnica jurídica por su propia naturaleza formalista y sometida en su interpretación y aplicación a normas de derecho estricto. De ahí por qué las decisiones judiciales que fundan sus conclusiones en los preceptos legales concretos y precisos sobre registro público parezcan afectadas de exégesis pura y den la impresión de interpetaciones sin vuelo, hechas a ras de la ley y del proceso. La importancia que tiene la literalidad de los términos en que están concebidas las reglas legales sobre registro depende de la técnica del mecanismo de sus funciones destinadas a producir efectos invariables. El sano temor intelectual por los sistemas de interpretación rígidamente exegéticos, carentes "de aquella alma económica, práctica y científica que el buen derecho exige", no autoriza ni permite una aplicación circunstanciada de las normas rigurosas sobre registro de instrumentos públicos sin producir la desvertebración del sistema, a que se llegaría a través de latas interpretaciones así fueran abonadas por la justicia singular de una ocurrencia.

Conviene, en primer lugar, para deducir definitiva conclusión sobre la legalidad del registro de la escritura pública número 189, otorgada en la Notaría 1ª de Cali el 16 de marzo de 1936, registrada en abril de ese año en los Libros 1º, 2º y de Causas Mortuorias de la Oficina de Registro de Popayán, determinar en qué Libro y cuál Oficina de Registro debe inscribirse válidamente una escritura de transferencia de derechos hereditarios cuando aún no se ha iniciado el correspondiente juicio mortuorio, esto es, cuando el título no es de los que se originan en

el juicio de sucesión, caso previsto en el artículo 38 de la Ley 57 de 1887. La citada escritura se otorgó cuatro años antes de iniciarse la mortuoria de la señora de Ordóñez. Desde luégo, no hay duda sobre la obligatoriedad del registro de tales instrumentos (2652, Código Civil). No siendo el derecho real de herencia, como en doctrina y jurisprudencia corresponde, propiamente un inmueble porque su objeto es la universalidad abstracta, distinta de los bienes singularmente considerados que la integran, la inscripción de títulos de su transferencia no cae bajo la regla del artículo 2654 del Código Civil. La norma aplicable es la contenida en el artículo 2655 de la misma obra que reza: "Los títulos, actos y documentos de inscripción obligatoria que no estén comprendidos en los dos artículos anteriores, se registrarán en la Oficina del Circuito en que se hayan otorgado o ejecutado".

Así está establecido por invariable jurisprudencia de la Corte basada en la disposición imperativa de la ley. En fallo del 11 de marzo de 1942, dijo esta Sala: "La Corte ha considerado que este derecho (el de herencia) no puede catalogarse como inmueble y que su venta no es contrato de los que causan mutación o traslación de la propiedad de bienes raíces en cuyo caso la inscripción de la escritura pública debería hacerse en la Oficina de Registro de la ubicación del inmueble y no solamente en la de su otorgamiento". La venta de los derechos y acciones en general que al vendedor le correspondan en una sucesión, sin vincularlos en inmueble alguno especial, no es venta de bienes raíces que deba registrarse en la oficina de ubicación de éstos. Ella queda debidamente registrada en el lugar del otorgamiento de la escritura pública. *(Gaceta Judicial,* tomo XXVII, página 184).

No se diga que los fines u objetos que la ley ha adscrito a la institución del registro de los instrumentos públicos —en el caso del pleito, servir de medio de tradición y no simplemente publicar la celebración de un contrato como lo pretende el recurrente—, se cumplen con el solo hecho de la inscripción en cualquier oficina y en cualquiera de los libros que enumera la ley, porque la ineficacia probatoria de un instrumento público que debiendo ser inscrito en una determinada Oficina de Registro lo ha sido en otra, lo mismo que la imposibilidad de surtir efectos legales respecto de terceros, a que se refieren los artículos 2673 y 2674 del Código Civil y las dos primeras conclusiones de la sentencia en este caso, son una consecuencia perentoria e ineludible establecida por el primero de esos preceptos, porque el registro debe hacerse "en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este Código". Las disposiciones legales al respecto son tan claras y precisas que no dan margen a equivocada aplicación, y con apoyo en ellas la jurisprudencia ha equiparado el registro vicioso con la falta de registro.

El recurrente enfoca el fenómeno del registro en Popayán de la escritura número 189 otorgada en Cali, incuestionablemente defectuoso, según lo antedicho, solamente desde el punto de vista del segundo de los objetos que señala el artículo 2637 del Código Civil, esto es, de dar publicidad al contrato de permuta contenido en tal instrumento, para insinuar la tesis de que los segundos compradores de los derechos herenciales de Jorge Enrique Mora no pueden pretender que les es inoponible el registro que el primer adquirente Ordóñez hizo en esa misma Oficina, porque así tuvieron conocimiento de que lo que compraban ya estaba vendido. Para el Tribunal, el objeto primordial que se operó a través de las inscripciones de los referidos títulos en el orden y en la forma ya vistos, fue el contemplado en el ordinal 1º del citado artículo 2637 del Código Civil, o sea, la tradición del dominio del derecho real de herencia objeto de los contratos contenidos en esos instrumentos públicos, y sobre la realización de este modo adquisitivo del dominio edificó las conclusiones de su sentencia. No se ve cómo pudiera funcionar sobre la realidad jurídica de este proceso la teoría de la inoponibilidad, referente a efectos de los contratos en relación con terceros, y que para la ocurrencia de autos, según la breve referencia de la demanda, sería la inoponibilidad formal proveniente de falta de requisito de publicidad establecido por el Código, tal como acontece, por ejemplo, con la inoponibilidad a los terceros contratantes con el pródigo interdicto cuando la sentencia de interdicción no ha sido sometida a la publicación que determina la ley.

La acusación razonada que se dirige contra el fundamento esencial del fallo de que la enajenación de derechos herenciales sólo se consuma por el registro en legal forma de la correspondiente escritura pública en la oficina de su otorgamiento, no la estima la Sala como suficiente para sobreseer su antigua y constante doctrina conforme a la cual es obligatoria tratándose de la enajenación del derecho real de herencia la tradición simbólica inscrita en los términos que establece el Título correspondiente del Código Civil. Es cierto que en el Código no se halla expresamente consagrada esta tradición solemne como en el caso de contratos que versen sobre el dominio de bienes raíces o de los derechos reales de usufructo y uso constituídos en ellos y los de habitación e hipoteca, pero a tal solución ha llegado la jurisprudencia de la Corte con aplicación de principios fundamentales de nues-

tro derecho que no dan cabida a la forma de tradición propugnada por el recurrente para la adquisición del dominio del derecho de herencia.

El contrato en derecho colombiano, acorde con la tradición romana y a diferencia de lo que ocurre en el francés, no es capaz por sí mismo de transferir la propiedad; es solamente fuente idónea para crear obligaciones personales. El dominio no se transfiere sino por el modo. La venta o la permuta del derecho hereditario sólo confieren un derecho *ad rem,* a la herencia; para tener uno *in re,* en la herencia, que implica la posesión del derecho real, es indispensable la tradición, que desde luégo no puede consistir en la entrega propiamente dicha por no permitirlo la naturaleza incorporal de la cosa vendida.

El heredero tiene la propiedad sobre la masa hereditaria *per universitatem,* y de lo que carece es del dominio singular respecto de los bienes que la integran. Esta diferencia sobre el objeto singular o universal es la única que existe entre el derecho de dominio y el de herencia. concernientes ambos a la propiedad y ejercitable éste, temprano o tarde, como lo ha dicho esta Sala, sobre las cosas corporales de la sucesión. La posesión de la herencia, que el heredero adquiere aun ignorándolo, de pleno derecho (artículos 757, 783, 1013, Código Civil), si bien es distinta de la posesión propiamente dicha cómo hecho externo indicador de dominio, es constitutiva a no dudarlo de un verdadero derecho de posesión, aunque sea legalmente ficta. Sobre las cosas incorporales la ley establece también la posesión (776 ibidem). Con estas nociones resulta incuestionable que la posesión del derecho real de herencia no puede adquirirse en virtud de un título traslaticio de dominio sino por el medio de la tradición simbólica inscrita, como lo dispone el artículo 759 del Código Civil, que dice:

"Los títulos traslaticios de dominio que deben registrarse, no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho mientras no se haya verificado el registro en los términos que se dispone en el Título *Del registro de instrumentos públicos*".

Con este planteamiento de la cuestión jurídica, acorde con dilatada y numerosa jurisprudencia de la Corte, claro se ve la falta de razón para alegar que en caso de doble venta de un mismo derecho de herencia cuando el primer adquirente ha tenido alguna actividad de cesionario, el fenómeno que legalmente se produce, sin consideración ninguna a fecha y modo de la inscripción del título del segundo adquirente, es el de venta de cosa ajena al segundo comprador. No cabe la menor duda de que tal ocurrencia plantea la situación prevista y gobernada por el artículo 1873 del Código Civil sobre preferencia a base de prioridad de posesión entre sucesivos adquirentes, el segundo de los cuales, aunque contratante posterior, deriva su título de quien todavía tenía el carácter de dueño por no haberse realizado hasta entonces la tradición legalmente adecuada. Verificada ésta en forma capaz de producir todos sus efectos jurídicos, dando la posesión del derecho de herencia al segundo comprador, la inscripción que posteriormente haga de su título el primero ya no puede determinar ningún efecto retroactivo en perjuicio de aquél como si no hubiera sobrevenido el registro de título posterior con el cual el segundo adquirente previno y consolidó su posición de dueño del derecho real de herencia disputado entre los dos compradores.

El último cargo que contiene la demanda se hace consistir en la violación de los artículos 764 y 1967 del Código Civil, al primero de los cuales se desconoció su alcance, por no haber tenido el Tribunal en consideración el hecho de que los segundos compradores tuvieron conocimiento de que los derechos que compraban ya habían sido vendidos al demandado, de donde se deduce que la posesión que adquirieron es una posesión irregular como que está afectada de mala fe. Se hace este reparo con la pretensión de que se enfrenten dos posesiones, la del primer comprador, representada en actividades judiciales de cesionario del heredero vendedor, y la de los segundos compradores adquirida por la tradición inscrita de su título, para que la escogencia que ha de hacerse entre ellas para deducir la calidad de dueño de los derechos herenciales de Jorge Enrique Mora, se haga "dentro del cálculo de probabilidades de mejor derecho a la cosa, dentro de la línea mejor caracterizada ante el orden jurídico".

Las diversas consideraciones que se han dejado expuestas son utilizables para negar aceptación a este postrer reparo que se hace a la legalidad de la sentencia. Ya se vio, en efecto, cómo no es posible adquirir la posesión del derecho de herencia, transferido por venta o por permuta, sino por medio de la tradición inscrita del título en los términos de la reglamentación legal, de tal manera que no hay la posibilidad jurídica de que se pueda confrontar esa posesión con otra adquirida de diversa manera o por medios no autorizados ni reconocidos por la ley, imposibilidad de coexistencia ésta que resulta, por otra parte, de la naturaleza jurídica y exclusiva y excluyente que corresponde a la posesión. Los propios términos de la disposición que el recurrente señala como quebrantada en el cargo que se estudia, acordes con la regla perentoria del artículo 785 del Código Civil, corroboran esta doctrina cuando dice en sus dos últimos incisos: "Si el título es traslaticio de dominio, es también necesaria la tradición. La pose-

sión de una cosa, a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición; a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título".

Por lo demás, el conocimiento o ignorancia en que el segundo comprador haya estado respecto de la primera venta, como elemento de calificación de la fe jurídica con que haya contratado, no es circunstancia que en alguna forma pueda impedir o alterar el funcionamiento de la regla contenida en el artículo 1873 del Código Civil, donde está prevista la posibilidad de la venta múltiple de una misma cosa y minuciosamente gobernados sus efectos civiles a base simplemente de prioridad posesiva. El conocimiento de que en relación con la primera venta no hubo tradición permite jurídicamente en el segundo adquirente la persuasión de recibir la cosa de quien como dueño tenía la facultad de enajenarla (768, Código Civil).

El artículo 1967 del Código Civil, precepto sustantivo que también se considera infringido por el Tribunal, consagra y delimita la responsabilidad del heredero y del legatario cedentes a título oneroso de su derecho de herencia o legado. En este litigio sólo se han controvertido las opuestas pretensiones de dos compradores sucesivos al dominio exclusivo de los derechos de Jorge Enrique Mora en la herencia de su madre, pero en manera alguna se ha debatido sobre la responsabilidad y su alcance que a este doble vendedor corresponda por efecto de los contratos por él celebrados. Estando las obligaciones del heredero cedente al margen de esta litis no hay posibilidad de quebranto de la citada disposición.

Y son los anteriores cargos contra la sentencia, formulados en la demanda de casación, los únicos que la Sala debe estudiar. Las consideraciones generales que el demandado hace contra el fallo de segunda instancia en el memorial dirigido al Tribunal y en que interpone el recurso, que corre a folios 109 a 123 del cuaderno principal y que su apoderado ante la Corte pretende que sea separadamente considerado en el estudio de la legalidad de la sentencia, no pueden ser materia de análisis, porque fuera de que no reúne las condiciones formales y no plantea cuestiones cuya decisión no pueda tenerse como implicada por los razonamientos motivos de esta decisión, es ese un libelo dirigido a otra corporación y producido fuera del recurso de casación y antes de ser concedido.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán el 12 de noviembre 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 Hinestrosa Daza, Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

Acción de nulidad de un auto.-Proyectos de sentencia.-Autos que decretan la caducidad de la instancia.

Según la reglamentación legal, vencido el proyecto del ponente por el voto adverso de los demás Magistrados que integran la Sala de Decisión, si insiste en sus puntos de vista, pasa el negocio al Magistrado que le sigue en turno, esto es, en el orden alfabético de la letra inicial de apellidos para que proponga el nuevo proyecto acorde con la solución propugnada por la mayoría. De la circunstancia de no haber formulado salvamento de voto el Magistrado disidente ninguna consecuencia de irregularidad puede deducirse contra la sentencia expedida en legal forma y autorizada por los tres Magistrados. El que haya disentido de la mayoría puede salvar su voto o dejar de hacerlo en los términos del artículo 52 del Código de Organización Judicial. Por lo demás, la alegación de la incompetencia de jurisdicción con el fundamento antedicho no da base a la pretendida nulidad, de acuerdo con el artículo 449 del Código Judicial que no permite proponerla si proviene de falta de repartimiento o de haberse hecho éste indebidamente.

El auto a que alude el artículo 364 del Código Judicial, aunque con fuerza de sentencia, no es propiamente tál porque en él nada se decide definitivamente; sólo produce el resultado de dejar sin efecto la instancia, sin destruír la acción, que solamente queda suspendida por dos años. Es una resolución de efectos transitorios, puesto que únicamente paraliza bienalmente el ejercicio de la acción, como sanción por su abandono. Se ha rechazado constantemente por la jurisprudencia la procedencia de la acción ordinaria encaminada a pedir la invalidación de verdaderas sentencias fuéra de los casos expresamente señalados en los artículos 457 y 478 del Código Judicial, que no admiten aplicación extensiva ni analógica.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Ocaña, la sociedad comercial Breuer, Moller & Co. Scs., sucursal de Barranquilla, por medio de apoderado inició juicio ordinario en el mes de septiembre de 1938 contra Félix y Elías Zurek, en su carácter de socios gestores de la sociedad Zurek Hermanos para que se les condenara al pago del saldo que se les dedujo en un negocio de comisión para compras de café que se movía entre la casa demandante y los demandados, en los términos del documento de 30 de abril de 1929.

Por auto fechado el 11 de marzo de 1940, a petición del demandado Félix Zurek y con apoyo en el artículo 364 del Código Judicial por no haber hecho el demandante gestión alguna por escrito durante más de un año, el Juzgado del conocimiento decretó la caducidad de la instancia y la cancelación del embargo preventivo que se había hecho de bienes de los demandados. Este auto fue notificado por medio de edicto que permaneció fijado por cinco días en lugar público de la Secretaría del Juzgado, y contra él no se interpuso ninguno de los recursos que autoriza la ley.

En firme tal auto, en libelo de fecha 27 de noviembre de 1940, dirigido al Juzgado del Circuito de Ocaña, la sociedad comercial Breuer, Moller & Co. Scs., de Barranquilla, por medio de apoderado y alegando vicios de procedimiento, demandó a Félix y Elías Zurek, por sí y como socios colectivos de la firma Zurek Hermanos, para que con su audiencia y en la sentencia de un juicio ordinario se declare que es nulo el auto del 11 de marzo de 1940 en que se decretó la caducidad de la instancia del otro referido juicio ordinario; que en virtud de la nulidad se considere viva la acción ordinaria referida y vigentes los embargos preventivos decretados por auto del 27 de septiembre de 1938, lo mismo que las demás garantías de derecho con ocasión de dicho juicio hasta el día en que se declaró la caducidad; que la acción ordinaria que revive debe continuar su curso en el mismo Juzgado con garantía del embargo preventivo decretado, para lo cual debe diligenciarse al correspondiente Registrador, y, finalmente, que los demandados deben a los actores las costas y perjuicios causados por la caducidad injurídicamente decretada.

Adelantada la primera instancia del juicio a cuyas pretensiones se opusieron los demandados, el Juzgado del Circuito lo sentenció el 12 de febrero de 1942 denegando todos los pedimentos de la demanda, por considerar que una cuestión de invalidez de actuación judicial no puede debatirse sino dentro del mismo juicio en que se haya incurrido en la irregularidad que la pueda determinar.

Elevado el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona por virtud de la apelación que la parte demandante interpuso contra la sentencia del Juzgado, aquella Superioridad, en fallo del 30 de octubre de 1942, confirmó la sentencia recurrida.

La confirmación se hizo sin embargo por razones diferentes de las del primer grado. Considera el Tribunal que no hay lugar a estudiar la cuestión sobre nulidad que plantea la demanda porque habiéndose dirigido el juicio en que se produjo la caducidad contra la sociedad Zurek Hermanos ha de entenderse que la demanda en estudio se enderezó igualmente contra esa compañía, y como no se ha traído la prueba de la existencia y constitución de ella, falta uno de los presupuestos procesales y debe declararse oficiosamente, como lo hizo la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada.

El recurso.

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia interpuso oportunamente la parte demandante el recurso de casación que hoy se decide por estar legalmente preparado.

En el 1º y en el 6º de los motivos que enumera el artículo 520 del Código Judicial se apoya la acusación contra el fallo del Tribunal.

a) Por lo que hace a la causal sexta, de preferente consideración por razones de orden lógico, estima el recurrente que en este caso se ha incurrido en la causa de nulidad señalada en el numeral 1º del artículo 448 del Código Judicial por incompetencia de jurisdicción en la Sala del Tribunal que dictó el fallo, consistente en que habiéndose rechazado por la mayoría de la Sala de Decisión el proyecto del ponente, éste dispuso que el negocio pasara al Magistrado que le seguía en turno para la elaboración de la nueva ponencia, y consta que "fue repartido al Magistrado doctor Espinel Blanco a quien se pasó el proceso para su estudio". Considera el recurrente que el hecho de no haber sido aceptado el proyecto del sustanciador "no autorizaba para un arbitrario repartimiento del negocio".

Al estudiar este cargo, no lo encuentra fundado la Sala. La acusación se apoya en el siguiente párrafo de la parte de la sentencia en que se hace el recuento de sus antecedentes: "No aceptó la mayoría de la Sala el proyecto del fallo presentado por el Magistrado ponente doctor Nicolás Villamizar Pinto y el asunto hubo de repartirse al suscrito para la elaboración del que ha de reemplazarlo".

Fuera del empleo de la palabra repartimiento, nada hay que pueda considerarse irregular en el procedimiento usado por el Tribunal de Pamplona. Según la reglamentación legal, vencido el proyecto del ponente por el voto adverso de los otros dos Magistrados que integran la Sala de Decisión, si insiste en sus puntos de vista, pasa el negocio al Magistrado que le sigue en turno, esto es, en el orden alfabético de la letra inicial de apellidos para que proponga el nuevo proyecto acorde con la solución propugnada por la mayoría. Y tal fue lo que aconteció en el caso presente en que, formada la Sala por Villamizar como ponente, y Espinel y Sánchez, el turno correspondió al segundo. De la circunstancia de no haber formulado salvamento de voto el Magistrado disidente ninguna consecuencia de irregularidad puede deducirse contra la sentencia expedida en legal forma y autorizada por los tres Magistrados. El Magistrado que haya disentido de la mayoría puede salvar su voto o dejar de hacerlo en los términos del artículo 52 del Código de Organización Judicial.

Por lo demás, la alegación de la incompetencia de jurisdicción con el fundamento antedicho no da base a la pretendida nulidad de acuerdo con el artículo 449 del Código Judicial que no permite proponerla si proviene de falta de repartimiento o de haberse hecho éste indebidamente.

b) Por la causal primera de casación se ataca el único fundamento en que reposa la absolución de segunda instancia consistente en la ilegitimidad de la personería del demandado por no haberse acreditado legalmente la existencia de la sociedad colectiva de comercio Zurek Hermanos. Estimó el sentenciador, como se vio, que la demanda en que se produjo la caducidad, dirigida contra Elías y Félix Zurek como socios de la sociedad Zurek Hermanos era una demanda contra la sociedad, y que la acción de que ahora se trata para revisar actuación en aquélla, se dirigió contra los mismos en el carácter ya dicho y, además personalmente, sólo era procedente contra la sociedad cuya existencia debía probarse, y no se probó.

Afirma el recurrente que al considerar de esta manera el problema violó el Tribunal los artículos 472, 476, 479 y 480 del Código de Comercio, 2084 del Código Civil y 232 y 343 del Código Judicial, unos directamenee por falta de aplicación y otros como consecuencia de error de hecho en la interpretación de las dos demandas.

No comparte la Corte el modo como el Tribunal consideró y planteó la cuestión jurídica sobre personería, que lo llevó a concluír en la ausencia de sujeto pasivo en la relación procesal. Félix y Elías Zurek son los únicos demandados en los dos juicios ordinarios, en ambos como socios de Zurek Hermanos y en éste, además, personalmente. Ambos demandados han aceptado la litis en la forma vista y ninguno de ellos ha formulado reparo de ninguna especie en lo tocante a su personería, o capacidad de comparecencia en juicio. En este litigio no se ha puesto *sub judice* por ninguna de las partes, ni como acción ni como excepción, ninguna cuestión relacionada con la existencia de la sociedad Zurek Hermanos, que propiamente no es demandada, ni nada que en alguna forma sea atañedero al legal y regular funcionamiento de esta compañía, ni la acción ejercitada, concerniente a validez de una actuación judicial, tiene nada qué ver con el contrato de sociedad ni sus consecuencias jurídicas. En estas condiciones, siendo tan extraña la materia controvertida, no hay duda de que adolece de cierto artificialismo e improcedencia la solución adoptada por el Tribunal para negarse, con evidente ilegalidad, a considerar y decidir la materia sometida a decisión judicial en la demanda.

Sin embargo de esta apreciación no acorde con la ley, la sentencia acusada no debe invalidarse porque la absolución que ella contiene es la jurídicamente acertada pero con la motivación que le dio en parte el fallador del primer grado. En estos casos la Corte, como reiteradamente lo ha expuesto, se limita a realizar el fin de la casación rectificando la equivocación doctrinaria pero dejando asímismo intacto el imperio de la sentencia acusada, en cuanto constituye la fórmula decisoria jurídicamente indicada para el caso.

Las actuaciones judiciales, como la conveniencia social y la estabilidad de los procedimientos procesales lo aconseja, deben mantenerse con la firmeza que les atribuye la ley y sólo pueden invalidarse por la vía, en la forma y por las causales que taxativamente determina y enumera el Código de Procedimiento Civil en el Capítulo VII, Título XII de su Libro II.

Se persigue en este caso la declaratoria de nulidad de una providencia judicial en que se decretó la caducidad de la instancia en otro juicio en conformidad con el artículo 364 del Código Judicial. Un auto de esta naturaleza, aunque con fuerza de sentencia, no es propiamente tál porque en él nada se estatuye sobre la cuestión controvertida ni nada se decide definitivamente; sólo produce el resultado de dejar sin efecto la instancia, sin destruír la acción que solamente queda suspendida por dos años. Es una resolución de efectos transitorios puesto que únicamente paraliza bienalmente el ejercicio de la acción, como sanción por su abandono. Se ha rechazado constantemente por la jurisprudencia la procedencia de la acción ordinaria encaminada a pedir la invalidación de verdaderas sentencias fuera de los casos expresamente señalados en los artículos 457 y 478 del Código Judicial, que no admiten aplicación extensiva ni analógica.

El caso de autos no puede considerarse sino como demanda de nulidad de una actuación judicial por irregularidades en el procedimiento; y en esta forma tampoco es procedente la vía del juicio ordinario, porque como lo tiene establecido la jurisprudencia fundada en la ley, las causales o motivos de nulidad establecidas para mejorar y amparar la legalidad del procedimiento en los juicios, solamente pueden alegarse o proponerse dentro de la misma actuación en que se padecen, con las solas excepciones exhaustivas del artículo 457 del Código Judicial. No es posible legalmente trasladar de un juicio a otro las nulidades adjetivas. Ni puede quedar expuesto a invalidación en juicio separado un procedimiento judicial en que se profirió una providencia judicial contra la cual no se usaron en la forma y oportunidad debidas los recursos adecuados que ofrece la ley para remediar su ilegalidad. Se recuerda que aquí el auto en que se decretó la caducidad de la instancia fue notificado legalmente por edicto en la forma que señala el artículo 364 del Código Judicial y que ese auto alcanzó ejecutoria sin reparo de la parte demandante en el juicio. Ni siquiera motivos de conveniencia abonan la iniciación de un juicio ordinario como este en que se busca la invalidación de un auto de caducidad de la instancia, porque la tramitación del ordinario puede durar, y dura generalmente, más de los dos años de parálisis de la acción que produce el decreto de caducidad.

Por lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona el 30 de octubre de 1942, que ha sido objeto de este recurso.

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 filiación natural.-Reconocimiento de hijos naturales bajo el imperio de la anterior legislación.-Principio de la no retroactividad de las leyes.

Como un antecedente que autoriza a la Corte para decir que el reconocimiento de hijos naturales, bajo la vigencia de la Ley 153 de 1887, sólo se podía hacer por escritura pública, existe la opinión de los comentaristas colombianos y las decisiones de los Tribunales de la República en que sólo reconocían la escritura pública como uno de los medios para el reconocimiento de hijos naturales. También podía hacerse ese reconocimiento firmando el padre el acta respectiva de registro en el acto de nacimiento o por testamento.

El principio general que informa nuestra legislación es el de que las leyes han de tener efecto y aplicación para lo porvenir y no para el pasado, lo que vale decir que ellas en general no tienen efecto retroactivo, es decir, que no se aplican a los actos o contratos celebrados bajo el imperio de una legislación anterior, pero ello no implica, necesariamente, que el legislador no pueda dictar disposiciones que miren al pasado y revalidar actos a que la ley que regía cuando ellos se ejecutaron no les daba valor legal alguno. El legislador puede hacer esto, pero como este procedimiento es de excepción y ésta es de estricta interpretación, ha de deducirse que cuando el legislador quiere que una ley produzca efectos para lo pasado ha de decirlo de una manera inequívoca y expresa. La Ley 45 de 1936, en los artículos que el recurrente considera violados por el Tribunal ni en ningunos otros, ha reconocido que ella tenga efecto retroactivo para darle valor legal para constituír estados civiles a actos ejecutados a los cuales la ley vigente al tiempo de su celebración no les atribuía valor legal alguno. El principio de la no retroactividad de las leyes se funda en dos motivos principales: el interés social exige que la autoridad de la ley y la confianza que ella debe inspirar a los ciudadanos no sean quebrantados por el temor de un cambio de legislación que anule o modifique los derechos anteriormente adquiridos. De otro lado, los graves inconvenientes desde el punto de vista moral y económico de que una ley nueva, por las restricciones o menoscabo que pueda traer para el estado o patrimonio de los particulares, trastorne o modifique sus posiciones actuales, o les cree obligaciones a que fueron ajenos o extraños.

La ley no puede aplicarse con efecto retroactivo sino cuando el mismo legislador expresamente lo ha dicho. Ni las doctrinas de expositores de derecho, ni las analogías, justifican en un fallador la interpretación lata y retroactiva de una nueva ley.

La acción para el reconocimiento del estado civil de un hijo natural no puede instaurarse sino en vida del padre.

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

Ana Rosa Ordóñez de Ardila impetró del Juez 1º Civil del Circuito de Bucaramanga, las siguientes declaraciones judiciales contra Ramón Donato Ordóñez y Juana Victoria Ordóñez, menores adultos y Victoria Ordóñez de Martínez:

"Primera. Que Ana Rosa Ordóñez de Ardila es hija natural de Manuel Antonio Ordóñez S., y de consiguiente legitimaria de éste;

"Segunda. Que la demandante, en calidad de legitimaria de Ordóñez S., excluye de la herencia a los sobrinos legítimos del causante Ramón Donato y Juana Victoria Ordóñez;

"Tercera. Que Victoria Ordóñez de Martínez no es hija natural del nombrado Ordóñez S., y por tanto, carece del derecho de heredarle; y

"Cuarta. Que en consecuencia, los demandados deben restituir a la demandante, con todos sus frutos civiles y naturales, desde el día en que ocuparon la herencia, los bienes que relaciona al final de la demanda, pertenecientes a la sucesión de Ordóñez S."

Este juicio se tramitó hasta la citación para sentencia, momento en el cual fue acumulado a otro promovido por Victoria Ordóñez de Mar-

tínez contra Ramón Donato y Juana Victoria Ordóñez, representados por su madre legítima María Antonia Delgado v. de Ordóñez y contra Ana Rosa Tapias de Ardila o Ana Rosa Ordóñez de Ardila.

En este juicio se solicita:

"1º Que Victoria Ordóñez, hoy de Martínez, es hija natural de Manuel A. Ordóñez S., y como tál, legitimaria en la sucesión de dicho señor; 2º Que consecuencialmente se le reconozca a la demandante, en la sucesión de Ordóñez S., los derechos herenciales que le corresponden; 3º Que a Victoria Ordóñez hoy de Martínez, debe adjudicársele en la partición de los bienes de la sucesión de Manuel A. Ordóñez S., el total de la herencia; 4º Que los demandados deben restituír a Victoria Ordóñez, hoy de Martínez, 'toda la cuantía y proporción legal y suficiente' para cubrir todos sus derechos herenciales que le correspondan y se le adjudiquen por razón de su herencia, teniendo en cuenta tanto las cosas corporales como incorporales y los bienes que relaciona en la demanda por sus títulos, naturaleza y linderos..... 6º Que Victoria Ordóñez, hoy de Martínez, en su calidad de legitimaria excluye de la herencia del nombrado Ordóñez S., a los menores Ramón Donato y Juana Ordóñez, quienes apenas tienen la calidad de sobrinos legítimos del causante, y obran en representación de su difunto padre Benito Ordóñez; 7º Que Ana Rosa Tapias de Ardila o Ana Rosa Ordóñez de Ardila, no es hija natural de Manuel A. Ordóñez S. y por tanto, carece del derecho de heredarlo".

Acumulados así los dos juicios, fue corregida la demanda de Victoria Ordóñez, en el sentido de que se incluyera como parte al Agente del Ministerio Público, lo que fue aceptado por el Juez. Pocos días después, se intentó otra adición o corrección para que se declarara en la sentencia, que el ya nombrado Ordóñez S. había reconocido en vida como hija natural suya, a Victoria Ordóñez de Martínez, por manifestación expresa y directa ante el Juez de Menores, en acto auténtico que obra en juicio.

El Juez no admitió la segunda corrección de la demanda, y el auto que así lo declaró quedó ejecutoriado por no haberse interpuesto contra él recurso alguno. Sobre esta incidencia se volverá a tratar, a su hora oportuna, al estudiarse el recurso de casación, por las razones que allí se expondrán.

El Juez del conocimiento negó las declaraciones solicitadas por Ana Rosa Ordóñez o Tapias de Ardila, fundándose en que la prueba presentada para acreditar la posesión notoria del estado civil de hija natural de Manuel Antonio Ordóñez S., en la cual se fundó la demanda, no reunía las condiciones que la ley exige para esa finalidad.

Para hacer las declaraciones solicitadas por Victoria Ordóñez de Martínez, se apoyó el juzgador en la diligencia extendida ante el Juez de Menores de la ciudad de Bucaramanga, suscrita por Ordóñez y por Victoria, estimando dicha diligencia como una confesión judicial de paternidad, con apoyo en el artículo 606 del Código Judicial y numeral 3º de la Ley 45 de 1936.

Este fallo fue apelado para ante el Tribunal Superior de Bucaramanga, y esta entidad cortó el litigio en sentencia de 25 de febrero de 1942, cuya parte resolutiva es así:

"1º Confírmase la sentencia apelada en cuanto se abstiene de hacer las declaraciones pedidas por Ana Rosa Ordóñez o Tapias de Ardila; y

"2º Revócase la misma sentencia en cuanto por ella se hacen las declaraciones pedidas por Victoria Ordóñez de Martínez y en su lugar, niéganse las peticiones de su demanda".

Dentro del término legal, el mandatario judicial de Victoria Ordóñez de Martínez pidió que se aclarara y adicionara "la motivación de la sentencia de segunda instancia, en cuanto a los siguientes puntos fundamentales que fueron controvertidos en el juicio y que no aparecen tratados en parte alguna del fallo:

"1º ¿El acta suscrita por Manuel A. Ordóñez S. ante el Juzgado de Menores el 25 de julio de 1932, contiene la manifestación expresa y directa de paternidad natural, aunque el objeto único o principal no fue el reconocimiento de la señora Victoria Ordóñez, conforme al artículo 2º de la Ley 45 de 1936?

"2º ¿Esa manifestación hecha con anterioridad a la vigencia de la Ley 45 de 1936, le dio a Victoria Ordóñez su calidad de hija natural por virtud de la aplicación inmediata de la nueva ley?"

El Tribunal, a pesar de la claridad y precisión con que está redactada tanto la parte resolutiva como la motiva del fallo, accedió a la aclaración, y así dijo:

"Con respecto del primer punto, en sentir de la Sala, el acta que suscribió Manuel A. Ordóñez S. ante el Juez de Menores, conocido en este juicio, comprende una manifestación expresa y directa de paternidad natural aunque el objeto único y principal no fue el reconocimiento de Victoria Ordóñez, de conformidad con lo establecido en el artículo 2º de la Ley 45 de 1936".

"Pero dicha manifestación hecha con anterioridad a la vigencia de la Ley 45 de 1936, no le dio a Victoria Ordóñez su calidad de hija natural por virtud de la aplicación inmediata de la nueva ley, por cuanto ese medio o forma de

reconocimiento, según está expresado en la sentencia, no lo contemplaba la ley vigente al tiempo en que tuvo lugar el acta".

Repárese que estas decisiones del Tribunal de Bucaramanga no fueron solicitadas en ninguna de las dos demandas de este doble juicio sobre paternidad.

Del fallo en cuestión se alzaron en casación para ante la Corte las partes litigantes. Esta Superioridad, en auto de 2 de octubre de 1942, declaró desierto el recurso interpuesto por la recurrente Ana Rosa Ordóñez de Ardila, por lo cual sólo hay hoy en casación, como recurrente, el apoderado de Victoria Ordóñez de Martínez y como este recurso está debidamente aparejado la Sala lo estudia y decide de la manera siguiente:

Al fallo del Tribunal se le hacen dos acusaciones de fondo: 1º Violación de los artículos 1758 del Código Civil por infracción directa e interpretación errónea; el 28 por infracción directa, y el 56 de la Ley 153 de 1887 por haberlo aplicado en un sentido restricto "en perjuicio del mayor contenido de su propio texto y en materia de orden público".

La infracción se hace consistir en que el Tribunal entendió que la frase "por instrumento público entre vivos" que contiene el artículo 56 de la Ley 153 de 1887, se refiere única y exclusivamente a las escrituras públicas, siendo así que el artículo 1758 del Código Civil define el instrumento público como el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario y como escritura pública el otorgado ante el Notario e incorporado en el respectivo protocolo, haciendo una distinción que el legislador no ha hecho al interpretar el artículo 56 ya dicho, porque instrumento público es, como se ha visto, el autorizado con las formalidades legales por el competente funcionario y a ése y no a la escritura pública es al instrumento a que hace referencia el citado artículo 56.

En términos más claros: cuando el artículo 56 de la Ley 153 de 1887 habla de instrumento público se refiere tanto a los comprendidos en el inciso 1º como a los contenidos en el inciso 2º, lo que quiere decir, a juicio del recurrente, que bajo la vigencia de esa ley, el reconocimiento podía hacerse, o por escritura pública o por otro instrumento público.

Si para la recta solución del problema planteado por el recurrente sólo se tuviera en cuenta, aisladamente, la disposición del artículo 1758, habría que concederle la razón, porque, "instrumento público" es no sólo la escritura pública sino el autorizado con las formalidades legales por el funcionario competente y por medio de cualquiera de ellos podía hacerse el reconocimiento de un hijo natural, ya que la ley no distingue.

La Corte se aparta de esta interpretación del recurrente, porque existen en el Código Civil otras disposiciones que aclaran y determinan el sentido del artículo 1758, procedimiento ajustado a normas legales, ya que el contexto de la ley sirve para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía, de suerte que los pasajes dudosos de un artículo puedan ser ilustrados por el contenido de otros artículos que versen sobre el mismo asunto o tengan relación directa con él.

Como un antecedente que autoriza a la Corte para decir que el reconocimiento de hijos naturales, bajo la vigencia de la Ley 153 de 1887, sólo se podía hacer por escritura pública, existe la opinión de los comentaristas colombianos y las decisiones de los Tribunales de la República en que sólo reconocían la escritura pública como uno de los medios para el reconocimiento de hijos naturales.

El doctor Fernando Vélez da como razón para esa interpretación, la de que si el artículo 56 de la Ley 153 permitiera el reconocimiento de hijos naturales por medio de instrumento público entre vivos distinto de la escritura, el artículo estaría mal redactado al agregar "o por acto testamentario" porque éste también es instrumento público, de manera que si el legislador no hubiera querido referirse exclusivamente a la escritura pública, lo natural era que hubiera redactado el artículo 56, en estos o semejantes términos: "el reconocimiento deberá hacerse por instrumento público entre vivos". En esa locución habrían quedado incluídos los instrumentos públicos, las escrituras, los testamentos, etc., etc.

Tradicional ha sido en el derecho colombiano, dice la Corte, la restricción o limitación de los funcionarios encargados de llevar el registro del estado civil de las personas para que las actas por ellos sentadas o recogidas, tengan el valor de prueba principal. Esos funcionarios y esas personas han sido, durante la vigencia del Código Civil y de la Ley 57 de 1887, los Notarios y los Curas Párrocos. Hoy, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 92 de 1938, los encargados de llevar el registro civil de las personas son: 1º Los Notarios, y en los Municipios donde no hay estos funcionarios, el Alcalde Municipal; y 2º Los funcionarios consulares de Colombia en el Exterior.

Es, pues, natural, que sólo los documentos emanados de los funcionarios encargados de llevar el registro civil de las personas, sirvan de prueba de ese estado y también como acto solemne para su constitución.

Si durante la vigencia del Código Civil y de sus leyes adicionales y reformatorias sobre el reconocimiento de hijos naturales, sólo los Notarios podían extender esos documentos, fuerza es concluír que el instrumento público de que habla el artículo 1758, es la escritura pública, porque los Notarios son los únicos funcionarios encargados de llevar el estado civil de las personas, y ellos los únicos que pueden extender instrumentos públicos, que por el hecho de ser extendidos por ellos se convierten en el instrumento público específico, denominado "escritura pública". Esto se predica cuando el reconocimiento se hace por documento público, que no es otro que la escritura, porque hay otros medios de reconocer hijos naturales como, cuando el padre lo reconoce en el acto del nacimiento o cuando se reconoce en virtud de decisión judicial, documentos éstos que ya no pasan por ante Notario.

Refuérzase lo anterior con las siguientes consideraciones: el artículo 346 del Código Civil dice que el estado civil es la calidad de un individuo en cuanto lo habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles, y el 347 ordena que dicha calidad deberá constar en el registro del estado civil, cuyas actas serán la prueba del respectivo estado.

En las disposiciones sobre registro de reconocimiento de hijos naturales, la ley sólo se refiere al que se hace en el acto del nacimiento, firmando el acta de registro en prueba del reconocimiento, o la escritura pasada ante el Notario o el Corregidor, en que se reconozca un hijo natural. Estos dos documentos son los que se llevan al registro respectivo, lo que está indicando que la ley sólo aceptaba dos medios para el reconocimiento de hijos naturales: el reconocimiento en el acto del nacimiento y la escritura pública, ya que no habla de otros documentos públicos que tuvieran la virtud de establecer el estado civil de un hijo natural y no puede decirse que la falta de reglamentación en el registro del reconocimiento de hijos naturales de otros documentos públicos, distintos del acta de nacimiento o de la escritura pública, sea un olvido del legislador porque en materia de tánta enjundia, como es el estado civil de las personas, no se justifica ese silencio, de donde hay que concluír que el legislador sólo estableció como medios para reconocimiento de hijos naturales, el reconocimiento en el acto del nacimiento, firmando el padre el acta del registro respectivo, o la escritura pública, el testamento o la decisión judicial, cuando el reconocimiento se establezca por medio de demanda, caso éste para el cual la ley da instrucciones para asentar ese reconocimiento en el respectivo registro.

El contexto del artículo 2577 del Código Civil, da asidero también para sustentar la tesis que hoy propugna la Corte, pues allí se ordena que los demás actos y contratos respecto de los cuales la ley exige que su constancia "quede consignada en escritura o instrumento público", está evidenciando que la ley en ese artículo no hace diferencia entre escritura e instrumento público y la ley exige que la constancia del reconocimiento de hijo natural se haga por instrumento público, es decir, por escritura pública, de acuerdo con la parte final del artículo en mención.

Por encima de todas estas consideraciones, hay un texto legal que conservaba su eficacia antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936, cual es el artículo 7º de la Ley 57 de 1887, que resuelve de manera definitiva el asunto sub-judice, planteado por el recurrente. Ese texto dice:

"Se llaman naturales los hijos habidos fuera de matrimonio, de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción, cuyos hijos han obtenido el reconocimiento de sus padres, madre, o ambos, *otorgado por escritura pública*, o por acto testamentario, o de conformidad con el artículo 368 del mismo Código".

Este mandamiento está pregonando que el modo de reconocer hijos naturales, fuera del acto testamentario o de la firma del registro en el acto del nacimiento, no era otro que el de la escritura pública, en ese entonces.

Párese la atención que este artículo fue reformado por la Ley 95 de 1890 en el sentido de presumirse que los hijos respecto de la madre eran siempre hijos naturales, cuando habían sido concebidos por ella siendo soltera o viuda, quedando en lo demás vigente.

Se ha entrado a considerar si Victoria Ordóñez de Martínez tenía la calidad de hija natural reconocida de Manuel A. Ordóñez S., porque si bien esa petición se hizo en una corrección o enmienda de la demanda, que el Juez rechazó de acuerdo con la disposición del artículo 208 del Código Judicial, es lo cierto que el sentenciador de 2º grado consideró que la intención "del apoderado al redactar la demanda fue la de pedir que se hiciera tal declaración, pues así se desprendía de los hechos fundamentales de la acción". El Tribunal se fundó para interpretar así la demanda en varias decisiones de la Corte, y hoy esta Superioridad se ha visto precisada a estudiar esa acción, ya que la interpretación que el Tribunal le dio a la demanda permanece en pie, puesto que no ha sido atacada en casación, ni podría serlo, porque a la párte a quien le interesaría desvirtuar esa interpretación se le declaró desierto el recurso.

Se ha visto que el Tribunal en una aclaración o adición a la sentencia principal, consideró que

el acta que suscribió Manuel A. Ordóñez S. ante el Juez de Menores comprende una manifestación expresa y directa de paternidad natural, aunque el objeto único y principal no fue el reconocimiento de Victoria Ordóñez, de conformidad con lo establecido en el artículo 2º de la Ley 45 de 1936, pero que dicha manifestación hecha con anterioridad a la Ley 45 de 1936, no le dio a Victoria Ordóñez su calidad de hija natural por virtud de la aplicación inmediata de la nueva ley.

Estas decisiones dictadas por vía de aclaración o adición a la sentencia, no fueron motivo de petición alguna hecha en las respectivas demandas, ni ellas sirvieron como hechos para fundamentar las peticiones judiciales, pero como hacen parte de la sentencia, sin que fueran objetadas en casación por haberse declarado desierto el recurso interpuesto por la parte a quien pudiera perjudicarle, la Corte se ve forzada a estudiar los reparos que a esa adición de la sentencia se le hacen en casación, cuales son:

"1º Error de hecho que aparece de manifiesto en los autos en la apreciación de la prueba, 'que era el acta y notificación de la sentencia, emanadas del Juzgado de Menores, firmada por el Juez, el padre y la hija, bajo la refrendación del Secretario' con lo cual se violaron los artículos 632 del Código Judicial, 1758 y 1759 del Código Civil, 56 de la Ley 153, 2º de la 45 de 1936 y 39 de la Ley 153 de 1887".

Se considera:

Se ha asentado en este fallo que los únicos medios que la ley le brindaba a un individuo para reconocer un hijo natural, antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936, eran la manifestación hecha por el padre en escritura pública, o firmando el acta respectiva de registro en el acto de nacimiento o por testamento, y como el acta o diligencia suscrita ante el Juez de Menores no era una escritura pública, esa diligencia, bajo las leyes que regían en el momento de extenderse, no era documento legal bastante para constituír el estado civil de hijo natural ni para comprobar ese estado.

Si, pues, el instrumento público de que habla el artículo 56 de la Ley 153 de 1887, como se ha demostrado, no es otro que la escritura pública, mal pudo el sentenciador violar el artículo 632 del Código Judicial, que no les desconoció su valor a los documentos auténticos, sino que conceptuó que ellos no podían servir para reconocer un hijo natural, puesto que no eran escrituras públicas.

Tampoco pudo quebrantarse por el sentenciador las disposiciones de los artículos 1758 y 1759, porque se ha dicho que el reconocimiento de hijos naturales hecho por instrumento público, no constituía ese estado civil sino en tanto que se extendiera la correspondiente escritura pública. Iguales observaciones se hacen respecto de la violación de los artículos 56 de la Ley 153 de 1887 y 2º de la 45 de 1936.

Tampoco prospera la acusación por violación del artículo 39 de la Ley 153 de 1887, porque la ley anterior a la 45 de 1936, establecía como prueba única para el reconocimiento de hijos naturales la escritura pública, en su caso, y ella no se acompañó bajo la vigencia de la Ley 45 de 1936 para comprobar la validez de un acto que se dice celebrado antes de la vigencia de esta ley.

El segundo error que el recurrente le anota al sentenciador de Bucaramanga, es que el acta suscrita ante el Juez de Menores, no era un medio probatorio que la ley anterior consagrara para comprobar el estado civil de hijo natural, debido a la falta de solemnidad del instrumento contentivo del reconocimiento.

En suma, el señor recurrente pretende que la Ley 45 de 1936 ha de entenderse con efecto retroactivo, de suerte que los modos que esa Ley establece para el reconocimiento de hijos naturales se aplique, y dé validez a esos modos efectuados antes de la vigencia de ella.

Se considera:

El principio general que informa nuestra legislación es el de que las leyes han de tener efecto y aplicación para lo porvenir y no para el pasado, lo que vale decir que ellas en general no tienen efecto retroactivo, es decir, que no se aplican a los actos o contratos celebrados bajo el imperio de una legislación anterior, pero ello no implica, necesariamente, que el legislador no pueda dictar disposiciones que miren al pasado y revalidar actos a que la ley que regía cuando ellos se ejecutaron no les daba valor legal alguno. El legislador puede hacer esto, pero como este procedimiento es de excepción y ésta es de estricta interpretación, ha de deducirse que cuando el legislador quiere que una ley produzca efectos para lo pasado ha de decirlo de una manera inequívoca y expresa. La Ley 45 de 1936, en los artículos que el recurrente considera violados por el Tribunal ni en ningunos otros, ha reconocido que ella tenga efecto retroactivo para darle valor legal para constituír estados civiles, a actos ejecutados a los cuales la ley vigente al tiempo de su ejecución, no les atribuía valor legal alguno.

El principio de la no retroactividad de las leyes se funda en dos motivos principales:

El interés social exige que la autoridad de la ley y la confianza que ella debe inspirar a los ciudadanos no sean quebrantadas por el temor de un cambio de legislación que anule o modi-

fique los derechos anteriormente adquiridos. De otro lado, los graves inconvenientes desde el punto moral y económico de que una ley nueva, por las restricciones o menoscabo que pueda traer para el estado o patrimonio de los particulares, trastorne o modifique sus posiciones actuales, o les cree obligaciones a que fueron ajenos o extraños.

Cuando se extendió el acta ante el Juez de Menores, suponiendo que por ella se quiso reconocer a Victoria Ordóñez como hija natural de Manuel A. Ordóñez S., la ley que reglamentaba la constitución de ese estado civil no le atribuía a ese procedimiento ningún valor legal, y ese acto ineficaz para constituír en ese entonces un estado civil no puede hoy revalidarse o reconocerse eficaz para tal efecto, sino en tanto que el legislador de manera expresa, en ley posterior, le haya reconocido la virtud de constituír un estado civil y servir al mismo tiempo de prueba de él, cosa que la Ley 45 de 1936 no ha hecho.

Si el reconocimiento de un hijo natural es un hecho voluntario y espontáneo del padre que lo reconoce, es de presumirse que cuando un individuo ejecuta un acto al cual la ley no le da valor ninguno para establecer un estado civil, no tuvo la intención de constituírlo, es decir, de reconocer a un hijo natural, porque procedió fuera de la ley al no adoptar los medios que ella reconoce para constituír el estado civil de hijo natural, tanto más cuanto la ley le brinda caminos expeditos y fáciles para llenar ese fin.

Considera la Corte que en materia de tánta monta, como es el problema que hoy se dilucida, sería demasiado peligroso que se les diera valor a actos efectuados en el pasado que carecían de eficacia jurídica, para constituír por sí el estado de hijo natural por reconocimiento solemne y expreso del padre, so pretexto de interpretar por vía de doctrina la ley, y siguiendo la opinión de comentaristas, dándoles carácter retroactivo a las disposiciones de un nuevo estatuto. En otros términos, la ley no puede aplicarse con efecto retroactivo sino cuando el mismo legislador expresamente lo ha dicho. Ni las doctrinas de expositores de derecho, ni las analogías, justifican, en un fallador, la interpretación lata y retroactiva de una nueva ley.

Para alejar todo temor de error y para tranquilidad de la conciencia del juzgador en casación, podrá por vía hipotética y para mayor abundamiento estudiarse, si a la luz del nuevo estatuto sobre reconocimiento de hijos naturales contenido en la Ley 45 de 1936, la diligencia de entrega de la menor Victoria Ordóñez extendida ante el Juez de Menores de Bucaramanga, encaja en la última parte del artículo 2º de dicha Ley.

Esa diligencia está concebida en los siguientes términos:

"En Bucaramanga, a 25 de julio de 1932, presente en el despacho del Juzgado de Menores el señor Manuel Antonio Ordóñez, padre natural de la menor Victoria Ordóñez, quien acaba de ser libertada de la *Casa Protectora de María Inmaculada* donde se hallaba en reeducación por cuenta de este Juzgado, el señor Juez por ante el suscrito Secretario hizo entrega al señor Ordóñez de su hija en mención, por haberse puesto en libertad en esta fecha. En constancia se extiende y firma esta diligencia.—*Rafael Enrique Velandia, Manuel A. Ordóñez S., Victoria Ordóñez.—José U. Villamizar M.*, Secretario".

El acta de entrega transcrita no puede considerarse como manifestación expresa y directa hecha ante el Juez por el presunto padre aun cuando ella no haya sido el objeto principal del acto que lo contiene, como expresamente dice la ley. En ella, el padre no manifestó expresa y directamente su voluntad de reconocer a Victoria como su hija natural. Ese calificativo se lo dio el Juez haciéndola figurar como hija natural de Manuel Antonio Ordóñez, y si es cierto que éste no hizo manifestación ninguna en contra del calificativo jurídico que el Juez le dio a la menor Victoria Ordóñez, también lo es que esa acta no contiene manifestación expresa ni directa del padre, requisito éste indispensable para que se efectúe el reconocimiento de un hijo natural.

El estatuto sobre filiación natural, por ser especialísimo e implicar una reforma sustancial a nuestro Código Civil sobre asunto de tánta importancia en que está interesada directamente la familia, ha de interpretarse con criterio restricto, aplicando la ley en sus términos literales sin extenderla por analogía o por otras circunstancias a casos o condiciones que la misma ley no reconoce expresamente, porque no debe desatenderse el tenor literal de un precepto o de un mandamiento legal so pretexto de consultar su espíritu, cuando el sentido de la ley sea claro, como lo es en el caso en estudio.

Puede decirse que esa acta dé fundamento para una declaración judicial de paternidad, con apoyo en el numeral 3º del artículo 4º de la citada Ley 45, pero en el caso de autos, por una interpretación dada por el Tribunal a la demanda, que subsiste en casación, la acción no es sobre declaración judicial de la paternidad natural, pero si lo fuere, tampoco podría prosperar, porque ya se ha asentado, como verdad jurídica y axiomática, por esta Superioridad en muchos fallos, que la acción para reconocimiento del estado civil de un hijo natural no puede ins-

taurarse sino en vida del padre, circunstancia que no acaece en el caso de Victoria Ordóñez, porque cuando se instauró la demanda que dio lugar a este pleito ya había muerto el señor Ordóñez S.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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 Bucaramanga, el veinticinco de febrero de mil novecientos cuarenta y dos.

2º Las costas son de 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 Hinestrosa Daza, Hernán Salamanca.--Emilio Prieto H., Oficial Mayor.

REIVINDICACION

Como lo ha dicho la Corte reiteradamente, y lo afirmó en sentencia de casación del 27 de marzo de 1914, publicada en la "Gaceta Judicial", tomo XXIV, página 68, "el artículo 1873 del Código Civil demuestra que nuestro Código siguió respecto de la venta los principios del Derecho Romano, en cuanto se necesitan el título y el modo para adquirir el derecho in re sobre la cosa vendida, puesto que si cuando se vende separadamente una misma cosa a dos personas debe preferirse al comprador a quien primero se le hizo la entrega, es porque en virtud de ella deja de ser dueño el vendedor y nada puede transmitir al otro comprador. Por lo dicho, aplicado el mismo sistema a la moderna institución del registro, si la venta versa sobre bienes raíces el comprador que registra primero su título debe ser preferido al otro, porque la inscripción hace pasar el dominio del vendedor al comprador."

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Ana Victoria Carreño, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario de reivindicación ante el Juez Civil del Circuito de Concepción (S.), contra Celso, Raquelina y Ana Rosa Carreño y pidió que se hicieran estas declaraciones:

Que pertenece a la sucesión de Julián Carreño Lozano, representada por sus hijos legítimos Ana Victoria, José Flammarión, María Ilda y Julio César Carreño Quintero, el terreno denominado *El Tapado,* ubicado en el Municipio de Concepción y determinado como en la demanda se expresa.

Que los demandados deben entregar el indicado terreno a la referida sucesión, representada como se ha dicho.

Que como poseedores de mala fe los demandados deben pagar los frutos naturales y civiles correspondientes, desde el mes de mayo de 1933 hasta el día de la entrega, y que se les condene en costas.

Los demandados contestaron oponiéndose a la acción intentada y negando la mayor parte de los hechos en que se apoya.

Cumplida la actuación referente a la primera instancia, el Juez del conocimiento decidió el asunto el veintiocho de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, resolviendo favorablemente las peticiones de la demanda, excepto en lo relativo a la mala fe de los demandados, a quienes consideró de buena fe.

De este fallo apelaron ambas partes y subido el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y terminada allí la actuación de segundo grado, esa entidad pronunció la sentencia de fecha treinta de julio de mil novecientos cuarenta y dos, que en lo pertinente dice:

"1º Confírmase la sentencia apelada, menos en cuanto hace referencia a la condenación a los demandados a pagar las costas del juicio, en cuya parte se revoca.

"2º Pertenece en propiedad a la sucesión de Julián Carreño Lozano el terreno denominado *El Tapado,* situado en la comprensión municipal de Concepción, conforme a la alinderación que trae la demanda.

"3º La fijación de la cuantía de los frutos se hará en la forma prevenida en el artículo 553 del Código Judicial.

"4º Declárase infundada la excepción perentoria de simulación del contrato de compraventa contenido en la escritura número 6, de ocho de enero de mil novecientos diez y seis, pasada ante el Notario Segundo del Circuito de Málaga.

"Sin costas".

El Tribunal hizo un estudio muy amplio y cuidadoso de los distintos elementos probatorios que obran en autos y llegó a la conclusión de que debe prevalecer, conforme a lo dispuesto en el artículo 1873 del Código Civil, el título más antiguo, que es el exhibido por la parte demandante, el cual fue inscrito mucho antes que los aducidos por los demandados. Consideró que no resulta demostrada la excepción de simulación propuesta por éstos, ni la de prescripción alegada por los mismos.

El recurso.

Contra la 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, la acusa por ser violatoria, en su concepto, de

ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida, o interpretación errónea, y porque incurrió en error de derecho al apreciar la prueba testimonial presentada en la primera instancia por la parte demandante, y en error de hecho al desechar o no tener en cuenta la prueba de la misma clase allegada en segunda instancia por los demandados.

El recurrente indica como violados los artículos 752, 756, 762, 785, 1752, 1759, 1873 y 1880 del Código Civil.

Sostiene también que está acreditada la prescripción extraordinaria en favor de los demandados y que la sentencia viola el artículo 2531 del citado Código, por no haberla reconocido.

Estudio de los cargos.

Considera la Sala:

Julián Carreño Leal vendió a Julián Carreño Lozano varios bienes raíces, entre los cuales figura el terreno denominado *El Tapado,* situado en el Municipio de Concepción (S.), sobre que versa el pleito, por escritura número 6, del 8 de enero de 1916, otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Málaga. La primera copia de dicha escritura fue debidamente registrada el 9 de enero de 1916, a la partida número 3, folios 3 y 4 del Libro de Registro número 1º, de la Registratura del Circuito de Concepción, en lo referente al indicado terreno *El Tapado,* según consta en el certificado expedido por el Registrador de ese Circuito, con fecha 28 de octubre de 1940, visible a folios 5 y 6 del cuaderno número 3; en la copia que de la partida de registro expidió el mismo Registrador el 16 de marzo de 1942, que obra a folios 4 vuelto, 5 y 6 del cuaderno número 5, y en la nota puesta al pie de la copia de la citada escritura, expedida el 16 de marzo de 1942, nota suscrita por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Concepción con fecha 31 de marzo de 1942.

Bastante tiempo después, el mismo Julián Carreño Leal y su mujer Bárbara Lozano de Leal vendieron a Celso, Raquelina y Ana Rosa Carreño Lozano el aludido terreno *El Tapado,* según aparece de las escrituras números 54, del 28 de marzo de 1933, y 55 y 56, ambas del 29 de los propios mes y año, otorgadas todas tres en la Notaría del Circuito de Chiscas y registradas debidamente en la respectiva Oficina de Registro de Concepción, la primera el dos, y las dos últimas el tres de abril de 1933.

Es, por tanto, de evidencia notoria que Julián Carreño Lozano adquirió primero, y mucho antes que los demandados, la posesión inscrita del derecho de dominio sobre el terreno que se trata de reivindicar, conforme a lo dispuesto en los artículos 756, 759, 785 y 789 del Código Civil, y como lo resolvió el Tribunal, debe prevalecer el título de los demandantes en virtud de lo ordenado en la primera y en la última parte del artículo 1873 de allí. En este sentido ha sido uniforme y constante la doctrina de la Corte, como puede verse en estos pasajes de las sentencias citadas por el Tribunal:

"En nuestra legislación ese contrato es consensual respecto de bienes muebles y solemne cuando versa sobre inmuebles. Perfeccionado el contrato, el vendedor tiene la obligación principal de entregar la cosa vendida, y desde que la entrega se verifica pasa el dominio del vendedor al comprador. En tratándose de inmuebles no es la entrega material de la cosa el modo de transferir el dominio, pues ese fenómeno se verifica por medio de la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos (artículo 756 del Código Civil)".

"El artículo 1873 ibidem demuestra que nuestro Código siguió respecto de la venta los principios del Derecho Romano, en cuanto se necesitan el título y el modo para adquirir el derecho *in re* sobre la cosa vendida, puesto que si cuando se vende separadamente una misma cosa a dos personas debe preferirse al comprador a quien primero se le hizo la entrega, es porque en virtud de ella deja de ser dueño el vendedor y nada puede transmitir al otro comprador. Por lo dicho, aplicando el mismo sistema a la moderna institución del registro, si la venta versa sobre bienes raíces el comprador que registra primero su título debe ser preferido al otro, porque la inscripción hace pasar el dominio del vendedor al comprador". (Sentencia del 27 de marzo de 1914. *Gaceta Judicial,* tomo XXIV, página 68).

"Acusa de violación directa de los artículos 1871 y 1873 del Código Civil, respectivamente por aplicación indebida y por falta de aplicación al caso del pleito, el cual, en su sentir, es el de este último artículo; de suerte que debe preferirse a los demandados, por ser los compradores que entraron en posesión de la cosa, y no juzgarse a la luz del 1871, porque se trata de venta de cosa ajena en la segunda escritura de la señora Ana Rosa, o sea la de 23 de agosto de 1932, fecha para la cual ella vivía aún en la casa y procedía como dueña, en fuerza de lo anotado sobre su escritura a Navas.

"Esos dos artículos regulan situaciones que tienen entre sí a la vez analogía y diferencias. El 1871 versa sobre venta de cosa ajena en general y el 1873 atiende a un caso especial de venta de esta clase; pero como hay diferencia en vender lo que no es ni ha sido del vendedor, y vender por segunda vez lo que originariamente sí fue suyo, el legislador reglamenta separadamente los dos casos, guiándose en cada uno por sus peculiaridades consiguientes.

"Concretando al caso presente es incuestionable que Ana Rosa Aguilar vendió separadamente una misma cosa a personas distintas, lo que vale como decir que el juzgador no ha podido menos de aplicar el artículo 1873. Mas todavía de la aplicación de éste no se deduce quebranto del 1871, que da validez a la venta de cosa ajena pero dejando a salvo los derechos del verdadero dueño, y para cuando compraron el 23 de agosto Otero y la señora Aguilar, ya el verdadero dueño era Navas, por tener a la sazón registrada su escritura desde el 13 de ese mes. La posesión es lo que determina la preferencia establecida por el artículo 1873, y conforme a los artículos 756 y 785 del Código Civil, la inscripción en el registro es el medio de efectuarse la tradición del dominio de inmuebles, y nadie puede adquirir la posesión sino por este medio.

"Uniformemente, en repetidos fallos, la Corte sentó y ha sostenido la doctrina brevemente resumida aquí sobre prevalencia en razón de la posesión inscrita y considerando los casos como el presente regulados por el artículo 1873". (Sentencia del 12 de agosto de 1940. *Gaceta Judicial,* tomo XLIX, páginas 815 y 816).

En esta clara y reiterada doctrina de la Corte, que es perfectamente aplicable al caso similar que ahora se estudia, se funda principalmente la sentencia acusada, y es indudable que las argumentaciones del recurrente no logran desvirtuarla, ni llevan al ánimo la convicción de que sea necesario variarla. Carecería, por tanto, de objeto el examen y refutación de los demás reparos formulados. No obstante, para mayor abundamiento se analizarán someramente.

De lo que se ha visto se deduce que carece de importancia en la solución del problema que se contempla el hecho de que Julián Carreño Lozano tuviera o nó, por algún tiempo, la posesión material del terreno comprado en 1916 a Julián Carreño Leal.

Para el Tribunal resulta demostrado que sí la tuvo, con las declaraciones rendidas por Flaminio Salazar, Domingo Dávila, Abundio Núñez y Pacífico Salazar, quienes se refieren de manera explícita a hechos concretos de que tuvieron conocimiento personal y directo, por lo cual el Tribunal les da mayor crédito que a las rendidas por Gregorio Pérez, Pedro Pablo Mejía, Faustino Vargas, Emilio Lozano, Pedro Ignacio Rodríguez, Faustino Zambrano y Aniceto Carreño, quienes "se limitan a contestar al pie de la letra el interrogatorio formulado al respecto, con una uniformidad asombrosa".

No encuentra la Sala que el Tribunal incurriera en errores de hecho ni de derecho al apreciar las pruebas testimoniales contradictorias entre sí, de que se ha hablado, ni considera que haya razones jurídicas fundadas para variar esa apreciación, ya que el Tribunal aplicó las reglas que al respecto da el artículo 702 del Código Judicial.

Sostiene también el recurrente que el Tribunal ha debido declarar probada la excepción de prescripción propuesta por los demandados, y porque no lo hizo así ataca la sentencia.

Fuera de que la prueba de posesión material alegada por los demandados no es muy atendible, como acaba de verse, en concepto de la Sala son concluyentes las razones que trae la sentencia para no reconocer la prescripción en favor de los demandados, cuales son que no siendo éstos poseedores regulares, porque su título proviene de quien ya no tenía el derecho de dominio que les enajenó, no pueden agregar a la suya la posesión material que sobre la finca vendida tuviera Carreño Leal, y en esas condiciones no cabe hablar de posesión material de treinta años. Tampoco tienen los diez años que necesita la prescripción ordinaria, porque el título que exhiben únicamente data de marzo de 1933.

Por último, alega el recurrente que el contrato de compraventa celebrado entre Carreño Leal y Carreño Lozano es simulado, y que el Tribunal ha debido declarar probada la excepción propuesta por los demandados sobre tal extremo.

Como muy bien lo dice la sentencia, no existe en autos sino la declaración de Félix María Barrera que podría servir para fundar un indicio relacionado con la simulación alegada, aunque no hace referencia concreta a contrato alguno, y en prueba tan débil no es posible, ni jurídico, apoyar una declaración de simulación.

Con todo lo dicho queda demostrado que la sentencia acusada no incurrió en errores de hecho ni de derecho, ni violó en forma alguna las disposiciones legales citadas por el recurrente. En consecuencia, no prosperan los cargos formulados y no es el caso de infirmarla.

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 Bucaramanga con fecha treinta de julio de mil novecientos cuarenta y dos.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

REIVINDICACION

Conforme a lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, el cargo de violación de ley tiene que referirse a preceptos de carácter sustantivo y no tienen incidencia en casación los relativos a violación de disposiciones adjetivas. Así, el artículo 342 del Código Judicial tiene un carácter puramente adjetivo o procedimental y su violación, caso de haberla, no serviría para fundar un ataque a la sentencia acusada.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Eliseo Cruz Rojas, por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria de reivindicación contra José Bartolomé Daza, Francisco de Borja Ramírez, Agustín Marín, Pedro Casallas y José Casallas, en la cual pidió que se les condene a restituírle un terreno ubicado en la fracción de *El Jupal,* del Municipio de Umbita, demarcado por los linderos generales indicados allí; a pagarle el valor de los frutos naturales y civiles del mismo terreno, desde cuando los demandados lo han tenido hasta cuando sea entregado, y el valor de las costas del juicio.

El 10 de marzo siguiente el actor adicionó su demanda en el sentido de señalar otros linderos generales al terreno disputado, y en el de pedir también que se condene a los demandados a indemnizarle perjuicios por los gastos que ha hecho con el objeto de obtener la entrega, y "por el lucro cesante y el daño emergente".

Los demandados contestaron así:

Todos se opusieron a la acción intentada y negaron la mayor parte de los hechos fundamentales de la demanda.

Daza propuso las excepciones perentorias de petición de un modo indebido, prescripción extintiva de la acción incoada y prescripción extintiva para el demandante y adquisitiva para el demandado, ordinaria y extraordinaria, del derecho de dominio o propiedad sobre el lote de terreno que posee Daza, carencia de personería sustantiva del *demandante* y "todo hecho que constituya excepción perentoria, para que sea reconocida en la sentencia". Daza denunció, además, el pleito a Francisco de Borja Ramírez.

Este propuso las excepciones de petición de un modo indebido, "prescripción en todas sus formas" e ilegitimidad de la personería sustantiva de la *parte demandada.*

Agustín Marín propuso la de prescripción adquisitiva del derecho de dominio, ordinaria y extraordinaria.

El curador *ad-litem* de Pedro y José Casallas, a quienes se emplazó como ausentes, propuso las excepciones de carencia de acción e improcedencia de la misma y prescripción.

Agotada la tramitación correspondiente al primer grado, se decidió el asunto por sentencia del diez de julio de mil novecientos cuarenta y uno, así:

"1º Declárase probada la excepción perentoria de petición de modo indebido.

"2º Absuélvase a los demandados de los cargos formulados en la demanda que lleva fecha de 17 de febrero de 1938, instaurada por el doctor Joaquín Castro B. como mandatario judicial del señor Eliseo Cruz Rojas, cargos que llevan la enumeración *primero* y *segundo.*

"3º Sin costas".

En virtud de apelación interpuesta oportunamente por la parte demandante, subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, donde, una vez cumplida la tramitación de segundo grado, se profirió la sentencia de fecha primero de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, por medio de la cual se resolvió:

"1º Declárase probada la excepción perentoria de petición de modo indebido, y, consecuencialmente, se desestiman las peticiones formuladas por la parte demandante.

"2º Sin costas en ninguna de las instancias.

"Queda así adicionada la sentencia que se revisa".

Tanto el Juez *a-quo* como el Tribunal consideraron debidamente acreditada la excepción de petición de un modo indebido, porque los demandados demostraron plenamente que cada uno de ellos posee un lote de terreno distinto y con linderos propios, que si bien forman parte del lote general que el demandante pretende reivin-

dicar, no fueron individualizados en la demanda ni podrían ser reivindicados, caso de tener ese derecho el actor, mediante el ejercicio de una sola acción contra todos.

El recurso.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el demandante, el que se pasa a decidir hoy por haberse agotado la tramitación legal.

Resumiendo el escrito de demanda se encuentra que el recurrente sólo aduce dos motivos de casación, así:

"*Primer motivo:* El Tribunal quebrantó lo dispuesto en el artículo 342 del Código Judicial, por haberlo aplicado indebidamente al caso del pleito".

Sostiene que el Tribunal no ha debido declarar probada la excepción de petición de un modo indebido, sino fallar el asunto en el fondo, porque en autos se hallan demostrados los fundamentos de la acción, y entre otras cosas dice:

"La verdadera situación existente en la finca de *El Jupal* es la de que ella está poseída por los varios demandados contra quienes se ha dirigido la presente acción, y en la diligencia de inspección ocular practicada el 22 de noviembre de 1940 se estableció en forma concreta qué es lo poseído por cada uno de los demandados. Así su responsabilidad está perfectamente definida para los efectos del pago de frutos, ya que para la entrega material del fundo no habrá inconveniente alguno, si todos esos ocupantes están ligados por el fallo que le ponga fin al juicio".

"*Segundo motivo:* El Tribunal quebrantó los artículos 946, 947 y 950 del Código Civil y el 222 del Código Judicial, porque consideró que en la demanda no se había singularizado la cosa reivindicada debidamente, cuando realmente está llenada esa exigencia legal, y por ese error no les dio aplicación a las normas legales citadas, como ha debido hacerlo.

"Queda demostrado que el inmueble de *El Jupal* es una sola cosa para las partes; en la demanda se expresaron sus linderos; el demandante no podía dar linderos caprichosos de las porciones que estuvieran usando los demandados, luego la finca reivindicada está debidamente determinada por sus linderos, y si a lo anterior se agrega que los títulos con los cuales se justifica su propiedad son absolutamente claros, es indudable que el Tribunal ha debido despachar la demanda en la forma pedida, dándoles estricta aplicación a los textos legales citados, y como no lo hizo quebrantó la ley sustantiva por haberla interpretado erróneamente. En consecuencia, la sentencia debe ser infirmada por este motivo, que se halla comprendido en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial".

Estudio de los cargos.

Se considera:

Conforme a lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, el cargo de violación de ley tiene que referirse a preceptos de carácter sustantivo y no tienen incidencia en casación los relativos a violación de disposiciones adjetivas.

El primero de los motivos alegados por el recurrente en este negocio sólo indica como violado el artículo 342 del Código Judicial, según el cual "las excepciones perentorias no son materia de incidentes de especial y previo pronunciamiento, pues ellas se deciden en la sentencia definitiva", lo que quiere decir, obviamente, que ese artículo tiene un carácter puramente adjetivo o procedimental, y su violación, caso de haberla, no serviría para fundar un ataque a la sentencia acusada. Además, como se verá al analizar el segundo motivo aducido por el recurrente, el Tribunal no lo violó. Basta lo dicho para concluír que no es admisible el reparo de que se viene tratando.

Tampoco resulta fundado el segundo cargo, o sea el de violación de los artículos 946, 947 y 950 del Código Civil.

En efecto, como acertadamente lo dice la sentencia acusada, el demandante no logró demostrar que los demandados sean poseedores en común del inmueble general que pretende reivindicar, o mejor, que sean coposeedores de él. La diligencia de inspección ocular practicada en el juicio comprobó plenamente que cada uno de los demandados posee por sí solo, con independencia de los otros, una parcela distinta, que no fue alindada por el actor, quien trata de reivindicar todo el terreno, determinado por los linderos generales que señaló en su demanda. De consiguiente, ésta es improcedente, porque se quiso seguir un solo juicio contra varias personas que poseen por separado distintos globos de terreno, cuando la acción de reivindicación ha debido seguirse por separado contra cada uno de los demandados, por el respectivo lote de terreno. La finca que se pretende reivindicar puede ser una sola, generalmente individualizada para el demandante, pero no lo es para los demandados, cada uno de los cuales posee un lote separado, con determinación propia, que viene así a constituír una finca especial, distinta de las que poseen los otros. En esas condiciones a la demanda le faltó uno de los requisitos que exige el artículo 946 del Código Civil, o sea la determinación o singularización de la cosa que se quiere reivindicar, de donde surge patente la

excepción perentoria de petición de modo indebido, que el Tribunal declaró probada.

Por lo demás, así lo ha resuelto la Corte en varios fallos que por la sencillez del asunto resulta innecesario citar.

De lo expuesto se deduce que no son fundados los cargos formulados contra la sentencia que se revisa, la cual no debe ser infirmada.

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, *no casa* la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, con fecha primero de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

ACCION REIVINDICATORIA

1.—Como lo ha dicho la Corte desde muy antiguo y en uniforme jurisprudencia, es absurdo suponer que la incongruencia que da base a casación consiste en la negativa de una o de todas las pretensiones del actor y que hay lugar a casar cuandoquiera que el Tribunal discrepe de las aspiraciones o del concepto jurídico de los litigantes.

2.—Solamente a través de la liquidación de la sociedad conyugal, para lo cual es necesario que se haya disuelto si no es el caso del artículo 7.º de la Ley 28 de 1932, puede determinarse la propiedad individual de cada uno de los cónyuges sobre los bienes que integran el haber social, en forma que pueda habilitarlo para el ejercicio personal y directo de la acción reivindicatoria con prescindencia de la sociedad. "La mujer, como socia y como partícipe en los bienes de la sociedad conyugal existente cuando entró a regir la Ley 28 de 1932, tiene personería propia e independiente del marido para demandar la nulidad e inexistencia de los contratos celebrados por el marido tendientes a extraer bienes de esa sociedad de manera ilegítima y la reivindicación de esos bienes está bien demandada para la sociedad, porque de la sociedad conyugal son y a la sociedad conyugal deben volver", como lo ha dicho la Corte.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Durante la sociedad conyugal formada por el matrimonio católico contraído por Jesús María Osorio Gómez con María Teresa Valencia en el año de 1922, por escrituras públicas números 427 de 27 de septiembre de 1926 y 158 de 28 de julio de 1930, ambas de la Notaría de Caicedonia, el marido compró a Joaquín María Mesa y Apolinar Osorio, respectivamente, un lote de terreno con sus mejoras, llamado El Recreo, en jurisdicción de Caicedonia, alinderado como el título reza, y las tres cuartas partes de unas mejoras situadas en el paraje de El Frontino, consistentes en cultivos de café, pastos, plátano y caña ubicadas dentro de los linderos de la finca de Hoyo Frío que se señalan en la escritura.

Jesús María Osorio Gómez vendió a Juan Antonio Osorio Gómez los mismos bienes a que se acaba de aludir, por medio de las escrituras públicas números 190 de 27 de junio de 1935 y 198 de 30 de junio de 1935, pasadas también ante el Notario de Caicedonia.

Juan Antonio Osorio Gómez a su turno vendió estos mismos bienes a Bernardo Pérez por medio de la escritura pública número 994 de 13 de diciembre de 1939, otorgada ante el Notario principal de Sevilla.

Todos los precitados instrumentos escriturarios obran en autos con la correspondiente nota de registro en la forma legal.

Con apoyo en estos hechos antecedentes y en la consideración de que ella no ha vendido la mitad que en los referidos bienes le corresponde como miembro de la sociedad conyugal, María Teresa Valencia de Osorio, por medio de apoderado y en libelo de fecha 21 de agosto de 1940, demandó a Bernardo Pérez ante el Juzgado Civil del Circuito de Sevilla para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se hagan las declaraciones que en seguida se compendian:

Que los bienes a que se ha hecho referencia son de propiedad de la sociedad conyugal, no disuelta ni liquidada, formada entre la actora y su marido Jesús María Osorio y que en cada uno de tales inmuebles la demandante tiene derecho a la mitad en común y proindiviso con su marido.

Que el demandado, por haber comprado cosa ajena puesto que la demandante no se ha desprendido de su derecho en la mitad en los citados bienes, está obligado a restituirle a la actora la mitad proindiviso de tales bienes en el término que le fije la sentencia junto con la mitad de los frutos percibidos y de los que con mediana inteligencia y cuidado hubiéranse percibido, y, finalmente, que se condene al demandado en las costas del juicio. Surtido el traslado legal de la demanda, el demandado se opuso a las pretensiones de la actora y expresó, para los efectos legales, que sólo era poseedor del lote de El Recreo por haberlo adquirido de persona distinta de la demandante y su marido, y que del lote de mejoras de Hoyo Frío no era poseedor por ha-

berlo vendido hacía meses a Juan Antonio Osorio Ramírez.

Sobre estas bases se desarrolló el debate judicial que concluyó en primera instancia con la sentencia del Juzgado de Circuito de fecha 25 de junio de 1941, en la cual se absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda por no haberse demostrado la posesión del demandado ni la identificación de las cosas pedidas en reivindicación.

Sentencia acusada.

Recurrió en apelación el actor contra este fallo y por este motivo se surtió ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga la segunda instancia del juicio, que finalizó con la sentencia de 28 de octubre de 1942, en la cual se revocó la apelada y en su lugar se decidió:

"Que el lote relacionado en la letra a) del hecho segundo del libelo, por la situación y linderos allí determinados, es de propiedad de la sociedad conyugal, no disuelta ni liquidada, formada por los señores Jesús María Osorio Gómez y María Teresa Valencia de Osorio. Respecto al lote b), la demanda es inepta sustantivamente por no haberse acreditado en forma debida que el demandado Pérez es el actual poseedor de ese lote, y él negó ese hecho. Declárase probada la excepción perentoria de petición de modo indebido; y en consecuencia, se absuelve al demandado de la obligación de restituir a la cónyuge la mitad de los bienes demandados".

Para apoyar estas conclusiones consideró el Tribunal, en primer término, que la demanda no podía prosperar en ninguna de sus solicitudes respecto de las mejoras en el lote de Hoyo Frío, marcado con la letra b) en el hecho segundo del libelo, por adolecer en esta parte de ineptitud sustantiva consistente en haberse establecido con suficiencia probatoria que el demandado Pérez no tenía como poseedor ni en ninguna otra forma el referido bien como lo advirtió desde la contestación de la demanda. Respecto del lote de El Recreo, existiendo la actualidad posesoria de él en el demandado y no habiendo duda sobre su adquisición a título oneroso por uno de los cónyuges durante la sociedad vigente e ilíquida al 1º de enero de 1933, no halló inconveniente legal ninguno para declarar que es propiedad de la sociedad conyugal mencionada.

Acerca de los pedimentos de la demanda para que se declare que los cónyuges son copropietarios por mitad de los citados bienes y para que se condene a Pérez a restituírle a la actora la mitad proindiviso que en ellos le corresponde, con sus frutos proporcionales, estimó el sentenciador que no habiéndose liquidado la sociedad conyugal hay evidente impropiedad jurídica en atribuirse dominio determinado y concreto sobre bienes sociales y en demandar sobre esta base falsa a nombre e interés propio de la mujer como se hace en la demanda, por lo cual declaró la excepción de petición de un modo indebido respecto de la acción propiamente reivindicatoria enderezada a obtener la restitución de la mitad de los bienes y no para la sociedad sino personalmente para el cónyuge demandante.

El recurso.

El apoderado de la actora interpuso oportunamente contra la sentencia definitiva de segunda instancia el recurso de casación que hoy decide la Corte. Con apoyo en las dos primeras causales del artículo 520 del Código Judicial acusa el recurrente la sentencia formulando dos cargos en dos breves capítulos de su demanda, a cual más de infundados.

Es el primero "ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por aplicación indebida del artículo 953 del Código Civil, disposición ésta que textualmente reza: la acción de dominio se dirige contra el actual poseedor".

Alude el recurrente al pasaje en que el Tribunal se refiere a la diligencia de inspección ocular practicada sobre los terrenos demandados, en que se dejó testimonio de que las mejoras en el lote de Hoyo Frío estaban ocupadas en parte por los herederos de Juan Antonio Osorio Ramírez y en parte por los herederos de Jesús María López, para afirmar que el sentenciador "dio al ocupante el carácter de poseedor", cuando la ocupación como medio de adquirir la posesión no basta sin el ánimo de señor durante un espacio de tiempo, "modo éste dominial que no ha podido tener ocurrencia porque ni ha transcurrido el tiempo necesario, de un lado, y porque no está demostrado que los herederos actúen con ánimo de señor y dueño, de otro".

Se considera:

Para que no fuera totalmente desprovisto de razón este cargo sería necesario que el Tribunal no hubiera dicho lo que dijo, esto es, que el demandante no probó la posesión del demandado sobre Hoyo Frío, negada por éste desde la contestación a la demanda, sino que hubiera afirmado lo que no afirmó, esto es, que tal lote estaba poseído "por los herederos", el recurrente no dice de quién. "No habiendo probado el demandante —dice la sentencia— luégo de enumerar las pruebas al respecto que el lote sí estaba poseído por el demandado, la demanda es inepta sustantivamente en cuanto al lote referido denominado Hoyo Frío, porque el artículo 952 del Código Civil dice que la acción de dominio se dirige contra el actual poseedor".

Habiendo el Tribunal concluído en la ausencia de este elemento esencial de la reivindicación

—posesión del demandado sobre la cosa que se pretende reivindicar— sobre el mérito que dedujo del estudio de determinadas pruebas que al efecto cita y enumera en su sentencia, como son la contestación de la demanda, posiciones, inspección ocular con intervención de peritos, el cargo por este aspecto para estar dentro de la técnica del recurso, no puede prescindir de imputación de errores en la estimación probatoria para hacerlo por violación directa de la ley.

Por lo demás, versando el ataque sobre la actualidad posesoria del demandado como uno de los requisitos básicos de la acción de dominio, la acusación, ni aun prosperando el cargo por violación del artículo 952 citado daría lugar a invalidar el fallo, porque en realidad el verdadero fundamento que en él se da para denegar la restitución demandada es la forma legalmente indebida como se pidió, y en torno de esta excepción perentoria no se formula en la demanda de casación ningún reparo por quebranto de ley sustantiva, considerable por la causal primera que se estudia. En este caso quedaría en pie la solución pronunciada por el Tribunal sostenida suficientemente en los soportes o razones no atacados.

"Acuso igualmente la sentencia —dice el recurrente— por incidir en el segundo motivo de casación, esto es, no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Las razones fundamentales que se dan en este capítulo no engranan o armonizan con la naturaleza y objeto de la causal alegada. No se destinan a demostrar inconformidad o incongruencia entre lo pedido en la demanda y lo fallado, por haberse resuelto sobre puntos ajenos a la controversia (ultra petita), o haberse dejado de resolver sobre alguno de los que han sido objeto del litigio (extra petita), o porque se condenare a más de lo pedido (plus petita), o porque no se fallare sobre alguna de las excepciones oportunamente alegadas como medio defensivo (minima petita), sino que se dirigen a sostener que el pedimento restitutorio de la demanda, reducido a la mitad de los bienes está bien hecho porque no es equitativo quitarle a Bernardo Pérez la totalidad de lo que adquirió porque algún efecto debe producir la enajenación hecha por Jesús María Osorio Gómez. "Porque existe en el fondo de la conciencia un algo que no puede hacerse de lado, que grita y proclama el que a la cónyuge no le corresponde sino la mitad y la otra mitad al cónyuge.... Y fue exactamente la consideración de este problema moral lo que me llevó a solicitar la restitución de la mitad de los bienes y de los frutos, porque ello equivale a una liquidación de la sociedad conyugal...."

La índole casi sentimental de estas consideraciones las hace completamente estériles dentro de la técnica jurídica, porque como lo tiene dicho la Corte desde muy antiguo y en uniforme jurisprudencia, es absurdo suponer que la incongruencia que da base a casación consista en la negativa de una o de todas las pretensiones del actor y que hay lugar a casar cuandoquiera que el Tribunal discrepa de las aspiraciones o del concepto jurídico de los litigantes, y porque, aunque esto no reza con la causal que se estudia, solamente a través de la liquidación de la sociedad conyugal, para lo cual es necesario que se haya disuelto si no es el caso del artículo 7º de la Ley 28 de 1932, puede determinarse la propiedad individual de cada uno de los cónyuges sobre los bienes que integran el haber social, en forma que pueda habilitarlo para el ejercicio personal y directo de la acción reivindicatoria con prescindencia de la sociedad. "La mujer, como socia y como partícipe en los bienes de la sociedad conyugal existente cuando entró a regir la Ley 28 de 1932, tiene personería propia e independiente del marido para demandar la nulidad e inexistencia de los contratos celebrados por el marido tendientes a extraer bienes de esa sociedad de manera ilegítima y la reivindicación de esos bienes está bien demandada para la sociedad, porque de la sociedad conyugal son y a la sociedad conyugal deben volver", como lo ha dicho la Corte.

Y no contiene la demanda de casación más cargos contra la sentencia del Tribunal. La ausencia de la parte demandada en este recurso por haber consentido la sentencia de segunda instancia, no da lugar ni oportunidad para analizar cuestiones que resultarían interesantes como la vinculada a la circunstancia de no haber dirigido la acción de este pleito contra el marido vendedor de los bienes sociales y su comprador y sin atacar este contrato haber accionado directamente contra Bernardo Pérez que adquirió por compra a Juan Antonio Osorio Gómez.

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 el 28 de octubre de 1942, que ha sido objeto 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 Hinestrosa Daza, Hernán Salamanca.--Emilio Prieto H., Oficial Mayor en propiedad.

Acción petitoria de declaración de una pretendida filiación natural.

Ya ha dicho la Corte repetidamente que con la vida del supuesto padre natural se extingue también la acción de la Ley 45 de 1936, sobre filiación natural.

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

La señora Adelia Pardo de Sayobá, demandó al señor Drigelio Vásquez, para que con audiencia del Ministerio Público se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primero—Que la señora Adelia Pardo de Saboyá es hija natural de don Eduardo Vásquez Posse, y consecuencialmente es legitimaria en la sucesión de ese señor.

"Segundo—Que en consecuencia se anule y se deje sin ningún valor ni efecto el testamento otorgado por el señor Eduardo Vásquez a favor de don Drigelio Vásquez P. el día veintiuno (21) de junio de mil novecientos veintinueve (1929) con el número mil noventa (1090) de la Notaría quinta (5ª) del Circuito de Bogotá, para que a mi poderdante señora Adelia Pardo de Saboyá le sean reconocidos en la sucesión de don Eduardo Vásquez que cursa en el Juzgado 7º de este Circuito, los derechos que ella tiene en su calidad de legitimaria como hija natural que es del expresado señor, y que equivalen a la totalidad de la herencia, con exclusión de cualesquiera otras personas.

"Tercero—Que a mi poderdante señora Adelia Pardo de Saboyá debe adjudicársele en la partición de los bienes del señor Eduardo Vásquez la totalidad de los bienes pertenecientes a esta sucesión —que es su legítima efectiva—, con exclusión total del señor Drigelio Vásquez quien no tiene derecho alguno a los bienes de la sucesión de don Eduardo Vásquez, en su condición de hermano del causante.

"Cuarto—Que la declaratoria de heredero universal a favor de don Drigelio Vásquez, contenida en el auto de diez (10) de noviembre de mil novecientos treinta y ocho (1938) en el juicio de sucesión de don Eduardo Vásquez que cursa en el Juzgado 7º del Circuito de Bogotá, no tiene valor alguno y en consecuencia debe considerarse insubsistente.

"Quinto—Que a mi mandante debe adjudicársele la totalidad de la herencia de su padre natural don Eduardo Vásquez, y como consecuencia de ello, don Drigelio Vásquez está obligado a restituir a mi mandante señora Adelia Pardo de Saboyá, dentro del término de seis días, todas las cosas hereditarias tanto corporales como incorporales; y aun aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños; especialmente los sigiuentes bienes. (Los bienes a que se refiere esta petición están especificados en los apartes a), b), c), d), e), f), g), h), i), j), k).

"Sexto—Que a mi mandante deben adjudicarse los frutos naturales y civiles o los que hubiere podido percibir la sucesión de don Eduardo Vásquez con una administración activa e inteligente, o sea desde el veintisiete (27) de octubre del año de mil novecientos treinta y ocho (1938) fecha del fallecimiento de don Eduardo Vásquez —lo que debe hacerse dentro del término de seis días— hasta cuando sean entregados los bienes a mi mandante.

"Séptimo—Que el demandado don Drigelio Vásquez está obligado a restituir a mi poderdante dentro del término de seis días, todos los frutos naturales y civiles en la forma establecida en el punto anterior, así como también todos los demás bienes que aparecieren como de propiedad del causante don Eduardo Vásquez.

"Octavo—Que se condene en las costas del presente juicio en caso de oposición."

Seguido el juicio con la plenitud de las formas legales, el Juez de la instancia 6º Civil del Circuito de Bogotá, desató la controversia en sentencia de 29 de enero de 1942, en la cual declaró que Adelia Pardo de Saboyá era hija natural de Eduardo Vásquez Posse, y en consecuencia su legitimaria; declaró reformado el testamento de Eduardo Vásquez para que a aquélla le sean reconocidos sus derechos herenciales en la partición de los bienes de la sucesión o sea la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras y negó las demás peticiones de la demanda.

Apelada esta sentencia por el señor Drigelio Vásquez, subió al Tribunal de Bogotá, y esta en-

tidad en fallo del 27 de enero del año en curso, revocó la sentencia apelada y absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda.

El apoderado de Adelia Pardo de Saboyá, interpuso el correspondiente recurso de casación que le fue concedido y que hoy se decide por estar agotada su tramitación.

Es de advertirse que don Eduardo Vásquez, de acuerdo con la partida de defunción acompañada a la demanda, murió soltero el 27 de octubre de 1938 y en su memoria testamentaria contenida en la escritura pública número 1090 de 29 de julio de 1929, declaró que era soltero, que no tenía descendencia y que nombraba como su único y universal heredero a Drigelio Vásquez Posse.

La acción para que se declarara que la demandante Adelia Pardo de Saboyá era hija natural del señor Vásquez, fue intentada el 28 de abril de 1939, ya muerto el pretendido padre natural.

En casación se renueva el debate, ya decidido y fallado definitivamente por la Corte, acerca de la oportunidad para establecer la acción en demanda de reconocimiento del estado civil de hijo natural y se consideran como violados los artículos 401, 402, 403 y 404 del Código Civil; 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 12 de la Ley 45 de 1936, 68, 69, 73 y 75 de la Ley 153 de 1887, 1115 del Código Civil y otras disposiciones que los complementan y adicionan.

La labor de la Sala, en este asunto, para rebatir los argumentos del recurrente, se reduce a copiar lo que se dijo en sentencia de 23 de mayo del corriente año *(Gaceta Judicial,* tomo LV, página 302), que dice:

"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 pretenso padre, contra sus herederos como continuadores de su persona jurídica. De estas dos tesis en que se ha dividido la opinión de la Sala, amplia 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 ésta 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, páginas 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 inequívoca y hasta sugiriendo su contenido. Para la Sala de Casación Civil puede ser un nuevo aspecto en su función de uniformar la jurisprudencia."

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justica en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha veintisiete de enero de mil novecientos cuarenta y tres.

Sin costas.

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

Irresponsabilidad del dueño de un automóvil por el hecho dañoso de persona que al manejarlo o conducirlo causó la muerte de otra. Teoría de la guarda en derecho francés.- Alcance jurídico de la responsabilidad por el hecho de otro.

La doctrina de la guarda, que en derecho francés tiene su asiento y apoyo en el artículo 1334 del Código Civil, preceptúa que toda persona es responsable no sólo del daño causado por el hecho propio sino también del proveniente del hecho de aquellas personas por quienes debe responder o de las cosas que tiene a su cuidado. Esta última locución fue suprimida en el Código colombiano, sin que ella amengüe en nada la protección que se debe a los ciudadanos por los daños que puedan sufrir, ni menoscabe el derecho que tiene el damnificado para que se le resarza el daño de que fuere víctima. La ley colombiana, como lo ha dicho la Corte, tratándose de culpa extracontractual, ha establecido tres grupos que contienen los principios generales de la responsabilidad delictual y cuasi delictual del hecho personal; del hecho de las personas que están bajo el cuidado y dependencia de otros y el tercero que se refiere a la responsabilidad por el hecho de cosas animadas e inanimadas, de que tratan, entre otras, las disposiciones de los artículos 2324, 2355 y 2356 del Código Civil. De suerte que el Título 34 del Código Civil sobre responsabilidad común por delitos o culpas, confiere pleno derecho al damnificado para que se le repare el daño que pueda imputarse a otra persona directamente o por intermedio de una cosa animada o inanimada, de donde se sigue que no hay para qué apelar a doctrinas foráneas cuando la ley colombiana da asidero y fundamento, más que amplio, para hacer justicia y reparar los daños inferidos a los particulares.

El artículo 2356 trae un principio general que obliga al que por malicia o negligencia haya causado daño a otra persona, a repararlo, y enumera algunos casos que son meramente ilustrativos, pero que de todas maneras preceptúan o dan a entender que al daño causado a otra persona por descuido o negligencia ha precedido, indispensablemente, una intervención directa del hombre sobre la cosa que ha producido daño. En este caso, aquélla ha sido el instrumento que ocasionó el daño o perjuicio, accionada mediata o inmediatamente por la mano del hombre, pero vinculada siempre a la culpa de un agente por acción u omisión, lo que está indicando que es éste quien debe responder por el daño que cause la cosa que él ha dirigido, accionado o puesto en movimiento, o descuidado. La misma jurisprudencia francesa, a pesar de tener como fundamento un precepto legal, ha encontrado tropiezo para definir lo que es la guarda y ha dicho que "la guarda de una cosa es tener el dominio, la dirección y la obligación de velar sobre ella para impedir que cause daño", haciendo distinción entre la guarda de derecho y la de hecho. También ha sostenido que esta guarda puede recaer sobre otra persona, la que viene a ser en este caso el responsable directo de los daños causados por la cosa que maneja y da como ejemplo de ese desplazamiento el contrato de comodato. Puede decirse que la teoría de la guarda en jurisprudencia francesa casi desemboca en la teoría del riesgo, que la Corte ha rechazado en varios fallos de casación.

Según los principios y reglas generales sobre la responsabilidad quien comete el hecho productor del daño está obligado a repararlo. Pero esta presunción puede desplazarse y radicarse en cabeza de otra persona llamada a responder por las acciones de aquéllas que estuvieron bajo su cuidado, en los casos y condiciones taxativamente indicadas por la ley, y en ese evento, es decir, cuando un demandante pretende que una persona responda del daño causado directamente por otra, tiene que demostrar que el individuo que causó el daño estaba a su cuidado y bajo su vigilancia. La responsabilidad por el hecho de otro es de carácter excepcional, que no proviene del hecho propio sino del de un tercero y ello se regula por

las disposiciones de los artículos 2347 a 2349 inclusive del Código Civil, que como excepciones son de estricta interpretación y, por consiguiente, taxativas, sin que puedan extenderse a otros casos de los terminantemente señadados allí.

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

Hortensia Parra de Gómez demandó al señor Noé Jiménez para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que el señor Noé Jiménez es civilmente responsable de la muerte de Parmenio Gómez Parra y del daño causado con esta muerte ocurrida a consecuencia del atropello de que fue víctima el mismo Parmenio Gómez Parra por parte de un automóvil de propiedad del citado Noé Jiménez el dia cuatro de febrero del presente año en la carrera trece cerca de la calle veintisiete de esta ciudad;

"b) Que el señor Noé Jiménez, mencionado, está obligado a pagar al suscrito Domingo Romero y a Hortensia Parra de Gómez, por iguales partes, el valor que fijen los peritos, o que fije usted con arreglo a derecho, los perjuicios causados a Hortensia Parra de Gómez con la muerte de Parmenio Gómez Parra, ocurrida a consecuencia del atropello de que fue víctima por parte de un automóvil de propiedad del citado Noé Jiménez el día cuatro de febrero del presente año, en la carrera trece, cerca de la calle veintisiete de esta ciudad;

"c) Subsidiariamente a la petición anterior, que el señor Noé Jiménez está obligado a pagar a Hortensia Parra de Gómez el valor que fijen los peritos, o que fije usted con arreglo a derecho, los perjuicios causados a la misma Hortensia Parra de Gómez con la muerte de Parmenio Gómez Parra, ocurrida a consecuencia del atropello de que fue víctima por parte de un auautomóvil de propiedad del citado Noé Jiménez el día cuatro de febrero del presente año, en la carrera trece, cerca de la calle veintisiete de esta ciudad;

"d) Subsidiariamente a las peticiones b) y c) inmediatamente anteriores, que el mismo señor Noé Jiménez está obligado a pagar a la sucesión de Parmenio Gómez Parra el valor que fijen los peritos, o que fije usted con arreglo a derecho, los perjuicios causados a la misma sucesión con la muerte del citado Parmenio Gómez Parra, ocurrida a consecuencia del atropello de que fue víctima el día cuatro de febrero del presente año, por parte de un automóvil de propiedad del mismo Noé Jiménez en la carrera trece cerca de la calle veintisiete de esta ciudad;

"e) Que, en caso de no fijarse el valor de la indemnización en el juicio, ese valor se fijará con arreglo al procedimiento sumario señalado por el artículo quinientos cincuenta y tres del Código Judicial;

"f) Que, en caso de la oposición a la presente demanda, se condene en costas al demandado."

El Juez Civil desató la controversia condenando al señor Noé Jiménez a pagar a la señora Hortensia Parra de Gómez y a sus cesionarios doctores Domingo Romero y Marco Naranjo López, los perjuicios ocasionados por la muerte de su hijo, señor Parmenio Gómez Parra, a consecuencia del atropello de que fue víctima por un vehículo automotor de propiedad del demandado Jiménez, conducido por un empleado de éste, el día 4 de febrero de 1940, perjuicios que se valorarán de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial, sin condenar en costas.

Ambas partes apelaron de la sentencia anterior, y el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó en proveído del 10 de diciembre de 1942.

Jiménez interpuso el correspondiente recurso de casación, que le fue concedido y que hoy se estudia por estar agotada su tramitación.

El apoderado del recurrente le formula a la sentencia tres cargos, consistentes en la violación directa y en la aplicación indebida de los artículos 2355 y 2356 del Código Civil. También la tacha por error de derecho en la apreciación de la confesión del demandado y en la apreciación de las pruebas, referentes al procedimiento de Jiménez al prestarle o entregarle a Rafael Rodríguez Sierra el automóvil que causó la muerte del señor Parmenio Gómez.

Asienta el Tribunal en su fallo que el caso concreto que sirve de fundamento a este pleito, es el de un accidente causado por un conductor de automóvil que se sirvió indebidamente del vehículo que le confió el demandado, dueño del automóvil, conduciéndolo "en uso particular y propio", estimando en consecuencia que la cuestión jurídica relativa a la responsabilidad civil del dueño del vehículo no puede dilucidarse a la luz de los principios que regulan la responsabilidad por el hecho de otro. Al respecto así se expresa el Tribunal:

"Se trata, en suma, de saber si Jiménez debe responder civilmente del daño en virtud de los principios que gobiernan la resposabilidad civil de las cosas inanimadas, es decir, si a pesar de haber transferido voluntariamente Jiménez a Rodríguez la tenencia y dirección de su automóvil *Chevrolet*, sin embargo conservaba la guarda

jurídica del vehículo para responder civilmente conforme a esta noción y de acuerdo con la doctrina de los artículos 2355, 2356 y concordantes del Código Civil".

Considera el Tribunal que Jiménez retenía la guarda o custodia jurídica de su automóvil porque el "detentador Rodríguez Sierra" no adquirió, al prestarle la máquina Jiménez, un derecho propio e independiente de dirección sobre ella, fundamentando este concepto en la teoría de la guarda.

El recurrente sostiene que no son aplicables al caso del pleito, en primer lugar, la disposición del artículo 2355 que se refiere al daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, u otros casos análogos no especificados por la ley, ya que esta disposición no es taxativa sino meramente ilustrativa y se extiende a los demás casos similares que puedan acaecer en semejantes circunstancias.

Bien se ve que el Tribunal al tratar de hacer recaer sobre Jiménez la responsabilidad civil por el daño causado por Rodríguez Sierra al conducir, dirigir y accionar el automóvil que ocasionó la muerte de Gómez, aplicó indebidamente la disposición en cita, porque en el caso en estudio no se trata de un daño inferido a una persona por la caída de un objeto situado en la parte superior de un edificio u otro caso análogo, sino del daño causado a Gómez directamente por Rodríguez Sierra, al conducir sin las debidas precauciones el automóvil que dio muerte a dicho señor.

La Corte tiene de reconocer igualmente que el recurrente acierta en sus reparos en la aplicación del artículo 2356 del mismo Código, ya que no se trata de un daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona distinta de la que manejaba el automóvil en el momento de causar la muerte al señor Gómez.

El Tribunal resuelve el caso aplicando la doctrina de la guarda, que en derecho francés tiene su asiento y apoyo en el artículo 1384, que preceptúa que toda persona es responsable no sólo del daño causado por el hecho propio sino también del proveniente del hecho de aquellas personas por quienes debe responder *o de las cosas que tiene a su cuidado.*

Esta última locución fue suprimida en el Código colombiano, sin que ella amengüe en nada la protección que se debe a los ciudadanos por los daños que puedan sufrir, ni menoscabe el derecho que tiene el damnificado para que se le resarza del daño de que fuere víctima.

La ley colombiana, como lo ha dicho la Corte, tratándose de culpa extracontractual, ha establecido tres grupos que contienen los principios generales de la responsabilidad delictual y casi delictual del hecho personal; del hecho de las personas que están bajo el cuidado y dependencia de otros y el tercero que se refiere a la responsabilidad por el hecho de cosas animadas e inanimadas, de que tratan, entre otras, las disposiciones de los artículos 2354, 2355 y 2356 del Código Civil. De suerte que el Título 34 del Código Civil sobre responsabilidad común por delitos o culpas, confiere pleno derecho al damnificado para que se le repare el daño que pueda imputarse a otra persona directamente o por intermedio de una cosa animada o inanimada, de donde se sigue que no hay para qué apelar a doctrinas foráneas cuando la ley colombiana da asidero y fundamento, más que amplio, para hacer justicia y reparar los daños inferidos a los particulares.

El artículo 2356 trae un principio general que obliga al que por malicia o negligencia haya causado daño a otra persona, a repararlo, y enumera algunos casos, que son meramente ilustrativos, pero que de todas maneras preceptúan o dan a entender que al daño causado a otra persona por descuido o negligencia ha precedido, indispensablemente, una intervención directa del hombre sobre la cosa que ha producido daño. En este caso, aquélla ha sido el instrumento que ocasionó el daño o perjuicio, accionada mediata e inmediatamente por la mano del hombre, pero vinculada siempre a la culpa de un agente por acción u omisión, lo que está indicando que es éste quien debe responder por el daño que cause la cosa que él ha dirigido, accionado o puesto en movimiento, o descuidado.

La misma jurisprudencia francesa, a pesar de tener como fundamento un precepto legal, ha encontrado tropiezo para definir lo que es la guarda y ha dicho que "la guarda de una cosa es tener el dominio, la dirección y la obligación de velar sobre ella para impedir que cause daño", haciendo distinción entre la guarda de derecho y la de hecho. También ha sostenido que esta guarda puede desplazarse hacia otra persona, la que viene a ser en este caso el responsable directo de los daños causados por la cosa que maneja y da como ejemplo de ese desplazamiento el contrato de comodato.

Puede decirse que la teoría de la guarda en jurisprudencia francesa casi desemboca en la teoría del riesgo, que la Corte ha rechazado en varios fallos de casación.

No tenía el Tribunal, pues, que valerse para resolver el caso sometido a su estudio de esta teoría porque prestas estaban las disposiciones de los artículos 2341, 2343 y 2356, que señalan

de manera inequívoca, cada una en su caso, la persona que debe reparar o resarcir el daño por ella causado.

En el caso de autos habría sido correcta la aplicación del artículo 2356 en relación con el chofer Rafael Rodríguez Sierra, quien fue el que causó directamente la muerte del menor Gómez, al conducir un automóvil de propiedad del señor Jiménez, si al chofer se le imputare malicia o negligencia en esa conducción o si hubiere cometido un delito o culpa de acuerdo con el artículo 2341 del Código Civil.

La justicia penal en fallo traído a los autos, puso de manifiesto que el chofer Rodríguez Sierra, en el accidente del 4 de febrero de 1940, tuvo culpa y por ello lo condenó, de suerte que no se trata de saber si por el daño causado a Gómez ha de responder otra persona distinta de la de Rodríguez Sierra. Así lo reconoció el mismo sentenciador cuando dijo que la cuestión jurídica relativa a la responsabilidad civil del dueño del vehículo no podía dilucidarse a la luz de los principios que regulan la responsabilidad por el hecho de otro, y contrariando este postulado de su fallo aplicó una doctrina que se refiere a la responsabilidad por el hecho de otro, consecuencia antagónica con el postulado antes sentado por el fallador de Cundinamarca.

Si fue Rafael Rodríguez Sierra la persona que conducía el automóvil que le causó la muerte a Parmenio Gómez Parra, él es quien debe responder por ese daño bien sea de acuerdo con los artículos 2341 y 2343 o 2356 del Código Civil.

Evidente es que el sentenciador aplicó indebidamente esta última disposición, porque el demandado Noé Jiménez no fue quien causó la muerte del menor Gómez Parra y por consiguiente él no tiene obligación de reparar un daño que no ha causado, y de ahí el quebrantamiento de la disposición en cita.

Estas consideraciones son bastantes para quebrar el fallo del Tribunal.

La Corte como Juez de instancia, fuera de las razones expuestas atrás, agrega estas otras para fundamentar el fallo de instancia.

Está demostrado que quien causó la muerte del menor Gómez Parra fue el chofer Rodríguez Sierra, de donde se desprende, según los principios y reglas generales sobre responsabilidad, que quien comete el hecho productor del daño está en la obligación de repararlo. Pero esta presunción puede desplazarse y radicarse en cabeza de otra persona llamada a responder por las acciones de aquéllas que estuvieren bajo su cuidado, en los casos y condiciones taxativamente indicados por la ley, y en ese evento, es decir, cuando un demandante pretende que una persona responda del daño causado directamente por otra, tiene que demostrar que el individuo que causó el daño estaba a su cuidado y bajo su vigilancia. La responsabilidad por el hecho de otro es una responsabilidad de carácter excepcional que no proviene del hecho propio sino del de un tercero y ello se regula por las disposiciones de los artículos 2347 a 2349 inclusive del Código Civil, que como excepciones son de estricta interpretación y por consiguiente taxativas sin que puedan extenderse a otros casos de los allí terminantemente señalados.

No aparece en autos, por parte del demandante, que Rodríguez Sierra estuviera bajo la vigilancia de Jiménez para que éste fuera responsable de los daños causados por hechos de aquél cuando atropelló al menor Gómez, y sin esa comprobación no puede hacerse a Jiménez responsable y obligarlo a resarcir los daños causados por Rodríguez Sierra.

De los elementos necesarios en controversias de esta clase: culpa, daño y relación de causalidad entre éstos, falta respecto de Jiménez la culpa porque la hay, pero no de él sino de Rodríguez, y por consiguiente falta también esa vinculación de causalidad, puesto que si Jiménez no es el autor del daño ni responde por el hecho del ajeno, no cabe conexión entre la persona y actos de Jiménez y el daño sufrido por el niño Gómez.

En suma: el culpado es el chofer, y éste no figura en el elenco de personas por las cuales haya de responder otro, que aquí sería el dueño del vehículo que sirvió de instrumento en el acto culposo. No habiendo nexo de esta clase entre Jiménez y el autor del daño, no puede prosperar la acción de indemnización, en cuanto va dirigida contra Jiménez.

Si Rodríguez Sierra hubiera sido a la sazón empleado o dependiente de Jiménez, o si éste a sabiendas de ser aquél inhábil o de estar ebrio por ejemplo, le hubiese entregado o abandonado el automóvil, circunstancias tan diferentes de las efectivamente presentadas habrían determinado para este juicio una solución muy distinta. Jiménez contrató los servicios de Rodríguez Sierra por unas cuantas horas, como consta de autos y durante ese lapso no se causó perjuicio a nadie. Fue después que Jiménez había pagado a Rodríguez Sierra el valor de sus servicios profesionales, es decir, cuando había cesado entre Jiménez y Rodríguez toda vinculación jurídica, cuando aconteció el siniestro, y en ese instante Rodríguez no obraba por cuenta de Jiménez, sino por su propia cuenta, ya que hacía uso del automóvil que galantemente le había prestado Jiménez, no para pasear, sino para trasladarse a su casa, que estaba a poca distancia del lugar en que Jiménez le prestó su auto. Así consta de autos.

El señor Juez considera que Rodríguez Sierra estaba ligado a Jiménez por un vínculo patronal fundado en la confesión de éste que dice que solicitó los servicios de aquél, pero no paró mientes el juzgador que la confesión hay que admitirla tal como se hace, sin desarticularse, y si por ella se admitió que Jiménez contrató los servicios de Rodríguez, por ella hay que admitir que cesó toda vinculación jurídica cuando éste le pagó sus estipendios y finalizó el corto servicio contratado, después del cual fue cuando Rodríguez atropelló al niño Gómez.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por auridad de la ley, *falla:*

1º Infírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos.

2º Revócase la sentencia del Juez 3º del Circuito en lo Civil de fecha primero de julio de mil novecientos cuarenta y uno.

3º Absuélvese al señor Noé Jiménez de todos los cargos formulados en la demanda promovida por la señora Hortensia Parra de Gómez en representación de su menor hijo Parmenio Gómez Parra.

4º Sin costas.

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

Acción de resolución de un contrato y de reivindicación.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

1º Por contrato consignado en documento privado, suscrito en esta ciudad el 30 de junio de 1939, la sociedad comercial "Colombia Motor Limitada", domiciliada en Bogotá, vendió a los señores José A. Leyva, Marco A. Cárdenas y Marco T. Avendaño el vehículo de motor consistente en un camión nuevo marca *Ford*, tipo 157-95 H.P., por el precio de dos mil novecientos setenta y siete pesos moneda legal ($ 2.977.00) que el comprador se obliga a pagar en la siguiente forma: un mil ciento setenta y siete pesos ($ 1.777.00) en el acto de firmar este contrato y el saldo o sea la cantidad de un mil ochocientos pesos ($ 1.800.00) en doce cuotas de ciento cincuenta pesos ($ 150.00) cada una, debiendo pagar la primera el 30 de julio de 1939, la segunda el 30 de agosto del mismo año y así sucesivamente una cuota cada mes, sin interrupción alguna, hasta el pago completo del precio. Por el valor de cada una de las cuotas referidas el comprador ha aceptado letras que vencen justamente en las fechas de vencimiento de cada una de esas cuotas. Es entendido que la aceptación de tales letras no implica la dación en pago ni novación de la deuda, pues el valor de dichas letras no se acreditará al comprador sino mediante su pago en efectivo. El vendedor hace la venta del vehículo reservándose el dominio hasta el pago total del precio y entretanto el comprador no será poseedor ni propietario, sino mero tenedor del vehículo.

2º Sostiene el actor Cárdenas que la empresa vendedora, en virtud de la reserva del dominio establecida en el contrato y por haber entregado el vehículo vendido única y exclusivamente a uno solo de los compradores —José A. Leyva— infringió el contrato, pues dejó de cumplir la única y fundamental obligación a su cargo, cual era la de entregar la cosa vendida al comprador.

El proceso.

Con fundamento en los hechos expuestos Marco A. Cárdenas L., en libelo fechado el 3 de octubre de 1940, demandó por la vía ordinaria a la sociedad comercial "Colombia Motor Limitada", para que con su citación y audiencia se hicieran las siguientes declaraciones:

Primera—La resolución del contrato consignado en el documento privado antes mencionado, por falta de entrega del objeto vendido;

Segunda—Que como consecuencia de la declaración anterior se condene al demandado:

a) A la restitución del precio recibido;

b) A pagar los frutos civiles del camión vendido;

c) A pagar los perjuicios causados por la no entrega del vehículo, y

d) A las costas del proceso en caso de oposición.

El Juez *a quo*, en sentencia de 20 de octubre de 1941, decidió la primera instancia del proceso y se abstuvo de entrar a estudiar el fondo del litigio porque, en su concepto, no se había establecido la personería sustantiva de la parte demandada.

La sentencia acusada.

Apeló de dicho fallo la parte actora y decidió el segundo grado el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia de 23 de noviembre de 1942, en virtud de la cual negó las súplicas de la demanda y absolvió a la entidad demandada. Quedó descartada en la segunda instancia la cuestión procesal relativa a la personería sustantiva de la sociedad opositora, porque se exhibió oportunamente la prueba legal de su constitución y existencia.

Al entrar a estudiar el fondo del litigio, funda el Tribunal su decisión absolutoria en estas consideraciones básicas:

a) En que está debidamente comprobado el contrato de compraventa cuyo cumplimiento sirve de motivo a este pleito y en él se reservó la entidad vendedora el dominio del vehículo hasta tanto se cubriera la totalidad del precio;

b) En que los tres compradores aparecen obligados solidariamente al pago del precio, como lo demuestra el texto de las letras de cambio giradas en que aparece claramente dicha solidaridad;

c) En que de los testimonios de Carlos Gutiérrez Daza, Carlos Vanegas Dussán y Abelardo Rojas aparece que Cárdenas y Avendaño fueron

admitidos como fiadores y que el solo comprador fue Leyva; pero es costumbre en esta clase de operaciones hacer aparecer en los documentos de venta de los vehículos tanto al comprador como a los fiadores, como si todos fueran compradores;

d) Que conforme a la probanza que se adujo ante el Tribunal, se evidenció plenamente que José A. Leyva, apremiado judicialmente por el cesionario de las letras doctor Fernando Restrepo, en acción de embargo y secuestro preventivo, canceló las letras números 4 a 12;

e) Que apareciendo comprobado debidamente que Leyva fue el comprador del camión y quien cubrió y canceló todas las letras pendientes, como parte del precio, hizo bien la entidad demandada en hacerle entrega del vehículo a Leyva, quedando debidamente cumplida la obligación fundamental de la sociedad vendedora de traspasar el dominio del objeto vendido tan pronto como se cubriera la totalidad del precio.

Concluye la sentencia de segundo grado que habiendo cumplido el vendedor a satisfacción sus obligaciones para con el comprador, no es el caso de decretar la resolución del contrato por incumplimiento. Agrega que si el actor Cárdenas L. considera que tiene alguna acción contra Leyva no es el caso de reconocerla y de que prospere en este juicio, porque esa cuestión no está *sub-judice*, dado que Leyva no figura como demandado en este proceso.

El recurso.

Se alza en casación la parte actora y acusa la sentencia del Tribunal por el motivo señalado en el numeral primero del artículo 520 del Código Judicial, esto es, por ser violatorio de la ley sustantiva.

Los cargos formulados pueden concretarse en esta forma:

1º Violación por falta de aplicación del artículo 1602 del Código Civil, a consecuencia de apreciación errónea del contrato recogido en el documento privado del 30 de junio de 1939, cuya resolución ha demandado;

2º Violación por falta de aplicación de los artículos 1761, 1763, 1765 del Código Civil y 637 del Código Judicial. Tal violación la deduce el recurrente de la no apreciación de varias pruebas exhibidas por el actor, tales como la copia auténtica del contrato, las posiciones absueltas por el representante de la sociedad demandada, inspección ocular practicada por el Juez del conocimiento y carta de 24 de agosto de 1940, dirigida por la "Colombia Motor" a José A. Leyva;

3º Falta de apreciación de varios elementos de prueba aducidos por el demandante, con violación por falta de aplicación de los artículos 593, 594, 597, 604, 608, 637, 697 del Código Judicial y 1757, 1763 del Código Civil, textos que determinan el valor probatorio de los referidos elementos de prueba, y

4º Violación por indebida aplicación al caso del pleito de los artículos 1568, 1570 y 1571 del Código Civil. Funda este cargo en que la solidaridad expresamente establecida en cuanto al pago no puede implicar una solidaridad de derechos entre los compradores, que no se estipuló, para que así se entendiera cumplida la única obligación a cargo del vendedor con el hecho de haber entregado la cosa vendida a uno solo de los que aparecieron como compradores (Leyva); por lo cual dejó de cumplir su prestación fundamental y es viable la acción resolutoria.

Estudio de los cargos.

A. Se ha interpretado erróneamente el contrato de compraventa contenido en el documento de 30 de junio de 1939, en cuanto a la naturaleza y alcance que tienen algunas de sus estipulaciones, como pasa a demostrarse.

En dicha convención es evidente que aparecen como compradores Leyva, Cárdenas y Avendaño, pero expresamente se estipuló en la cláusula tercera que la empresa vendedora se reservaba el dominio del vehículo y no haría su traspaso sino cuando se hubiera cancelado totalmente el precio convenido. De manera que se estipuló el *pactum reservati domini* que consagran los artículos 750 del Código Civil y 1º de la Ley 45 de 1930.

Como consecuencia de esa estipulación, se insertaron en el contrato mencionado las que pasan a transcribirse, que servirán para decidir cuál es la situación jurídica que efectivamente ocupa el actor Cárdenas en este pleito, frente a la sociedad demandada. Son a saber:

"Cuarta—Si hubiere mora o retardo del comprador en el pago de una cualquiera de las cuotas mensuales estipuladas en la cláusula segunda, o si el comprador dejare de cumplir alguna de las otras obligaciones que este contrato le impone, o si usare o empleare el vehículo en una forma perjudicial o peligrosa a juicio del vendedor, para los intereses de éste, el vendedor tendrá derecho a exigirle al comprador la inmediata entrega del objeto vendido.....

El comprador autoriza al vendedor para tomar el vehículo de hecho y renuncia a reclamar perjuicios, por no ser poseedor sino mero tenedor del vehículo."

"Quinta—En el caso de que el vendedor tome el vehículo de acuerdo con la cláusula anterior, podrá disponer de él en la forma que estime conveniente, vendiéndolo en pública subasta o de otro modo, y las sumas que el comprador le

haya pagado por contado inicial y contados subsiguientes quedarán de propiedad del vendedor como indemnización y pago del uso que el comprador haya hecho hasta el día de la devolución del vehículo materia de este contrato...."

"Décima—El comprador conviene en que sin necesidad de notificación, el vendedor puede transferir en todo o en parte, en cualquier momento, los derechos y acciones que se derivan de este contrato, lo mismo que la propiedad del vehículo descrito, a la Ford Motor Company, de Cristóbal, Zona del Canal, Panamá."

En la cláusula segunda se convino en que el precio del camión era la cantidad de dos mil novecientos setenta y siete pesos ($ 2.977.00) moneda legal colombiana, que el comprador debe pagar así: un mil ciento setenta y siete pesos ($ 1.177.00) en el acto de firmar el contrato y el saldo, o sea la cantidad de un mil ochocientos pesos ($ 1.800) en doce cuentas de ciento cincuenta pesos cada una ($ 150.00), debiendo pagar la primera el 30 de julio de 1939, la segunda el 30 de agosto del mismo año y así sucesivamente cada mes una cuota sin interrupción alguna, hasta el pago completo del precio. En desarrollo de tal convenio, viene demostrado en los autos que se libraron doce letras de cambio, por la suma mencionada, en forma solidaria y a cargo de los tres compradores, las que fueron debidamente aceptadas por éstos.

De todo el haz probatorio agregado al proceso, pero sobre todo de las copias de las diligencias de secuestro y embargo preventivo de unos solares en Ventaquemada, de propiedad de los compradores Leyva y Cárdenas y del camión vendido, se desprenden estos hechos:

a) Que los compradores no cubrieron o descargaron las letras de cambio de vencimiento mensual sucesivo marcadas con los números 4 a 12;

b) Que como consecuencia del incumplimiento de la obligación básica y fundamental de la parte compradora, la vendedora hizo uso de la autorización contenida en el contrato y procedió a secuestrar el camión, tomando de esta manera coactiva el vehículo por las vías de hecho y privando al comprador de su mera tenencia, ya que no tenía ni la posesión ni el dominio del objeto vendido;

c) Que en virtud del pacto de reserva del dominio y de tal incumplimiento, el vendedor quedaba como único y exclusivo dueño del vehículo, al tenor de la cláusula quinta antes transcrita, pudiendo disponer de éste en la forma que estimara conveniente, vendiéndolo a quien quisiera y en la medida que le produjese utilidad; y las sumas que los compradores pagaron por contado inicial, y las primeras cuotas sucesivas, como consta que lo hicieron, quedaron de propiedad del vendedor, como indemnización y pago del uso que el comprador había hecho del camión hasta el día de su devolución.

Y eso fue precisamente lo ocurrido, como se desprende de los elementos probatorios, que no han sido atacados ni redargüidos de falsos. Los compradores no pagaron nueve cuotas mensuales por valor de ciento cincuenta pesos cada una; las letras respectivas quedaron sin descargar y en ejercicio de los derechos que se reservó el vendedor, procedió a secuestrar el vehículo, a recuperar su tenencia, ya que conservaba su dominio, y a disponer luégo de éste con toda libertad, como estaba autorizado por las cláusulas contractuales para hacerlo. La cuota inicial y las tres sucesivas que fueron canceladas quedaban a favor de la entidad vendedora o de su cesionario, como indemnización por el uso del camión durante un año.

Aparece demostrado que la Colombia Motor procedió más tarde a vender el vehículo a Leyva, otorgándole la carta de traspaso de su dominio, pero esto lo hizo, en primer lugar, en uso de un derecho legítimo que tenía para disponer libremente del objeto; y además, porque viene evidenciado en los autos, con la copia expedida de la actuación sobre embargo preventivo del camión, que fue Leyva quien pagó las nueve letras de cambio pendientes y en esa virtud consideró la entidad vendedora, dentro de la libertad contractual de que gozaba, que podía venderle nuevamente el camión a Leyva o a cualquier otro comprador, a su elección. Sin que sea admisible por equivocada la conclusión del actor, de que la Colombia Motor violó su obligación de entregar otra vez el vehículo y traspasar su dominio a los compradores anteriores, haciendo exclusivo traspaso y nueva entrega a Leyva, después de haber sido desembargado, porque lo que hacía en ese caso la entidad vendedora no era cumplir el contrato, que ya carecía de fuerza vinculadora entre las partes, sino que recuperado totalmente el goce, la tenencia y el uso del vehículo y conservada la propiedad podía venderlo libremente a quien quisiera, sin estar entonces obligada en forma alguna para con el actor Cárdenas, que estaba en mora de cumplir su prestación principal y ya había perdido todo derecho sobre el vehículo, en virtud de las cláusulas transcritas.

Resulta cierto que la Colombia Motor, en la carta de 24 de agosto de 1940, expresa a Leyva que le hace el traspaso de la propiedad del objeto vendido, en virtud del contrato de 30 de junio de 1939. Pero tal error de cita del vendedor en cuanto al alcance e interpretación de las cláusulas contractuales no les resta ningún valor a los razonamientos anteriores ni a las conclusiones a que va a llegar esta Sala falladora,

porque lo importante es fijar la naturaleza del vínculo contractual y su recta y obvia interpretación, sin que deba influir para nada el error de una de las partes, en materia adjetiva que no afecta el fondo de la cuestión debatida.

B. Se concluye de lo expuesto que cuando Cárdenas ejercitó en este proceso la acción resolutoria del contrato materia de la litis ya éste había quedado resuelto por ministerio de sus mismas previsiones contractuales y no restaba, por tanto, sujeta materia sobre qué ejercitar un medio judicial de esa índole. Por ese motivo la acción resultaba innocua y no había nada sobre que pudiera el juzgador fundar una decisión resolutoria, ya que el actor carecía de todo derecho en que apoyarla.

Resulta de lo expuesto que son equivocados los argumentos y los razonamientos en que ha fundado el Tribunal su fallo absolutorio de segunda instancia y queda en la anterior motivación rectificado tal error de doctrina. Pero como, por otra parte, son infundados los cargos presentados por el recurrente para demostrar que se ha violado la ley sustantiva y que debe decretarse la resolución del pacto que está *sub judice;* y por otra es doctrina ya sentada por esta Sala que cuando se llegue a las mismas conclusiones de la sentencia acusada no es el caso de infirmarla, sino que debe limitarse la Corte a rectificar los errores de interpretación y confirmar la desición, así se procede en este caso.

Fallo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que ha sido materia del recurso.

No hay condenación en costas, por haber hecho una fundamental rectificación doctrinaria.

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 Hinestrosa Daza, Hernán Salamanca.—Emilio Prieto, Oficial Mayor.

Responsabilidad civil por culpa.-Hecho culposo de un tercero.

El caso en estudio, según doctrina interpretativa del artículo 2356 del Código Civil, es uno de aquellos en que opera la presunción de responsabilidad por efecto de la naturaleza peligrosa de la actividad en que se produjo, y que determina el efecto probatorio práctico de hacer comparecer al demandado en situación de responsabilidad presunta, en forma que basta al demandante probar que el daño se causó con motivo de una actividad tal para que su autor quede bajo el peso de la presunción legal, de cuyo efecto indemnizatorio no puede librarse sino en cuanto demuestre fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un elemento extraño. En los casos en que el demandado comparece en juicio en estado de responsabilidad presunta, a él corresponde la obligación de demostrar fehacientemente para salvar su responsabilidad, que estuvo en imposibilidad completa de obrar en forma distinta a como obró, en virtud de la presunción de que el hombre es dueño de sus actos. En el caso de autos se trata del hecho culposo de un tercero, asimilado también a fuerza extraña. Jurídicamente no es cualquier hecho o intervención de tercero lo que constituye la causa de exoneración de responsabilidad; es necesario, entre otras condiciones, que el hecho del tercero aparezca evidentemente vinculado por una relación de causalidad exclusiva e inmediata con el daño causado, caso en el cual la responsabilidad, anexa a la noción de culpa, se desplaza del autor del daño hacia el tercero en seguimiento de la causalidad que es uno de los elementos jurídicos esenciales integrantes de la responsabilidad civil. Cuando el hecho del tercero no es la causa determinante del daño no incide en ninguna forma sobre el problema de la responsabilidad. Los tratadistas ilustran la teoría de esta causal eximente de responsabilidad con estos ejemplos que facilitan su aplicación práctica: una persona empuja a otra y ésta rompe una vitrina; un sujeto empuja a una persona al paso de un automóvil y la hace atropellar; un auto choca contra otro y éste, a consecuencia del impulso que recibe, lesiona a una persona. No hay duda en cualquiera de estos casos de la capacidad exonerativa que corresponde a la intervención del tercero, porque claramente se ve como causa exclusiva del perjuicio. Pero distinta es la situación que se presenta cuando la culpa de un tercero interviene en la realización del daño, no como causa exclusiva sino en concurrencia con la culpa del demandado. La solución para estos casos, como la lógica jurídica y la doctrina de los expositores lo indican, es la de que la víctima puede demandar al autor del daño la reperación integral. (Geny, Mazeaud, Lalou). Este último, en su Tratado de la Responsabilidad Civil (p. 181), al resolver la cuestión de si el hecho de un tercero puede llegar a exonerar de responsabilidad como ocurre con la fuerza mayor, dice: "Desde luégo hay que excluír el caso en que el hecho de un tercero no es la causa exclusiva de la culpa del demandado en acción de responsabilidad. En tal caso el demandado que por su culpa ha causado un daño a otro está obligado a repararlo sin que pueda alegar en el juicio con la víctima, como motivo de exoneración ni siquiera parcial, la coexistencia de una culpa imputable a una persona distinta de la lesionada."

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Se ha originado este pleito sobre responsabilidad civil en el accidente automoviliario que según las pruebas procesales tuvo ocurrencia en la siguiente forma:

Poco después de la una de la tarde del dia martes 23 de julio de 1940 se dirigía Marco Aurelio Rodríguez conduciendo un automóvil de su propiedad por la calle 14 de esta ciudad hacia el oriente, cuando al volver por la carrera 10ª, hacia el sur, y al terminar la curva, imprevisivamente descendió de la acera oriental de la carrera "una mujer de pañolón negro" con el intento de atravesar la vía. El conductor Rodríguez, con el objeto de no atropellar a esta mujer, dio un brusco viraje a su derecha que llevó su coche hasta hacerlo subir sobre el andén occidental donde atropelló a Leonor Herrera, que

caminaba por la acera, hacia el Norte, y quien a consecuencia del golpe sufrió diversas lesiones que de acuerdo con el reconocimiento que le hicieron los médicos legistas calcularon que la imposibilitarían, con buen tratamiento y salvo complicaciones, por ocho días.

En vista de los resultados inmediatos del atropello, que no revelaban especial gravedad según el precitado dictamen de los médicos oficiales, el padre de Leonor, Milciades Herrera, celebró un arreglo amigable con Rodríguez en virtud del cual éste se obligó a pagar la asistencia médica necesaria y a entregar a aquél la suma de $ 80. Herrera se obligó, en cambio, a desistir como en efecto desistió de la acción civil y penal ante el Inspector 3º de Circulación que había abocado el conocimiento del asunto. Transcurrido algún tiempo vino a establecerse que los traumatismos sufridos por Leonor Herrera eran de consecuencias más graves que las determinadas en el reconocimiento médico legal, pues el golpe le produjo una disyunción o separación de los huesos de la articulación sacro-iliaca izquierda con desprendimiento de una pequeña esquirla en la parte externa superior y naturalmente una incapacidad mayor de la que se le prefijó en el primer reconocimiento.

En presencia de esta nueva situación, Leonor Herrera, sin reconocerle ninguna validez al arreglo celebrado por su padre con Marco Aurelio Rodríguez sin su autorización ni su ratificación, y procediendo en nombre propio y con interés personal, por medio de apoderado inició arreglos directos en busca de una transacción con Rodríguez para evitar el litigio. Fracasado el intento transaccional, el apoderado de Leonor Herrera, en memorial que correspondió en repartimiento al Juzgado 3º de este Circuito, demandó a Rodríguez en juicio ordinario para que se le condene a pagarle, por concepto de indemnización por perjuicios materiales e inmateriales causados por el referido accidente, la suma de $ 8.000, o la que pericialmente se fije en el juicio, con deducción de lo que se acredite haber gastado el demandado en servicio y utilidad de la actora desde la fecha del accidente hasta el pronunciamiento de la sentencia.

Surtido el traslado legal de la demanda, Rodríguez se opuso a sus pedimentos, porque aunque acepta la realidad de los hechos en la forma en que quedaron relatados, considera que la circunstancia de haber tenido que evitar el atropello de la mujer que se bajó de la acera imprudentemente constituye una condición eximente de su responsabilidad, y alega especialmente que en materia de lesiones se atiene al certificado de la Oficina de Medicina Legal y que el arreglo que celebró por intermedio del padre de la actora para transigir sobre las consecuencias civiles del accidente, no podía desconocerse.

Sobre estas bases se desarrolló el primer grado del juicio que finalizó con la sentencia del Juzgado del Circuito, de fecha 7 de febrero de 1942, en el cual se condenó a Rodríguez a pagar, a la demandante, seis días después de ejecutoriado el fallo por concepto de la indemnización demandada, $ 750 por perjuicios materiales, $ 2.000 por daños inmateriales, y el valor de las costas procesales.

Sentencia acusada.

Ambas partes apelaron de este fallo y por este motivo se surtió la segunda instancia del juicio ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que lo decidió en sentencia del 23 de enero del año en curso, revocando la apelada y absolviendo en cambio al demandado de todos los cargos de la demanda.

El Tribunal hace un minucioso estudio de todos los elementos de prueba aportados al proceso sobre la manera como se desarrolló el accidente y sobre las circunstancias de hecho que concurrieron en él, especialmente de la diligencia de inspección ocular practicada en la segunda instancia con intervención de peritos en materia de circulación automoviliaria, de los interesados y de los testigos que presenciaron el suceso. Reconstruido éste y oído el concepto de los expertos que consideraron la maniobra de Rodríguez como acomodada a la técnica y pericia automoviliaria, consideró el Tribunal, interpretando jurídicamente el acontecimiento, "que el accidente de que fue víctima Leonor Herrera, así como las consecuencias perjudiciales que le vinieron luégo, fueron la resultante única de una intervención extraña, irresistible e imposible de vencer, ya que la mujer del pañolón, única causa de lo sucedido, intempestivamente, sorpresivamente, si no temerariamente, trató de atravesar el frente de la calle atravesándosele inopinadamente al automóvil de Rodríguez, quien en supremo esfuerzo dio al carro el único movimiento o viraje aconsejable por la técnica para salvar la vida de la intrusa, aunque en momentos en que la Herrera transitaba tranquila y normalmente por la acera a donde forzosamente hubo de botarse el carro. En resumen, la fatalidad vino a servirse de la imprudencia de la anciana pese a la afanosa y diestra maniobra del chofer, para causar a la demandante el daño de que da cuenta el proceso...."

En consecuencia, exoneró al demandado de su presunta responsabilidad civil por estimar que en este caso concurre la eximente de la intervención del hecho de un tercero.

El recurso.

Ha elevado este negocio a la Corte el recurso de casación que oportunamente interpuso contra la sentencia definitiva de segunda instancia el apoderado de la parte demandante y que hoy se decide por estar legalmente preparado.

En la causal primera del artículo 520 del Código Judicial se apoyan todos los cargos por violación legal que el recurrente formula a la sentencia en largos desarrollos de su demanda de casación. Desechando todo lo que de inconducente tiene este libelo y los razonamientos atinentes a cuestiones no tratadas por el Tribunal, como las relacionadas con la naturaleza de las lesiones causadas e importancia de los perjuicios sufridos, la Sala reduce la consideración y análisis de los fundamentos del recurso al que en seguida se enuncia por estimarlo bastante para producir la infirmación del fallo, dentro de la atribución que le da el artículo 538 del Código Judicial:

Violación de los artículos 1494, 2341, 2343 y 2356 del Código Civil, directamente por equivocada interpretación y como consecuencia de la errada apreciación de las pruebas producidas en torno del accidente del 23 de julio, en que tuvo que incurrir el Tribunal para poder concluír desconociendo la realidad del suceso, en la irresponsabilidad del conductor del automóvil, considerándolo como un agente ciego, juguete de fuerzas brutas e irresistibles. No hay base probatoria para afirmar perentoriamente que el atropello de la mujer del pañolón, que se atravesó al cruce de la calle 14 fuera una cosa fatal e irremediable que hubiera de causarle la muerte a la imprudente mujer; pero aun aceptando la situación de hecho que al respecto plantea la sentencia, no hay regla moral, natural ni legal capaz de justificar que en esta especie de escogencia de víctima que se le presentó a Rodríguez, prefiriera a Leonor Herrera, que marchaba con toda normalidad y cuidado por el andén por no causar ningún daño a la mujer que con su imprudencia se expuso al peligro de sufrirlo. La responsabilidad del chofer, que en el accidente que se hubiera producido con la mujer del pañolón hubiera podido atenuarse por la imprudencia de la víctima, en el caso de Leonor Herrera carece de toda justificación y atenuación.

Considera la Sala.

No rueda en este caso la controversia, como se ha visto, sobre la manera como ocurriera el hecho dañoso donde se pretende generada la responsabilidad civil que se quiere hacer efectiva. Hay acuerdo en torno de este aspecto esencial del proceso. Lo que está *sub judice* es la estimación jurídica del hecho, para deducir si dado ese conocido acaecimiento circunstancial el autor del daño está o nó obligado a su indemnización. El caso en estudio, según doctrina interpretativa del artículo 2356 del Código Civil, explicada y sostenida en numerosas decisiones de esta Sala por lo que hace a la prueba de la culpa del demandado, es uno de los en que opera la presunción de responsabilidad por efecto de la naturaleza peligrosa de la actividad en que se produjo, y que determina el efecto probatorio práctico de hacer comparecer al demandado en situación de responsabilidad presunta, en forma que basta al demandante probar que el daño se causó con motivo de una actividad tal para que su autor quede bajo el peso de la presunción legal, de cuyo efecto indemnizatorio no puede libertarse sino en cuanto demuestre fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un elemento extraño. "El artículo 2356 del Código Civil —ha dicho la Corte— que enfoca hacia los daños o perjuicios que puede causar el ejercicio de ciertas actividades, no contiene en sus numerales 1º, 2º y 3º una norma taxativa, párte de la presunción de responsabilidad anexa a ciertas actividades y por eso la carga de la prueba se desplaza del demandante para recaer sobre el demandado porque así lo indica la naturaleza de la actividad peligrosa. La presunción de culpa que en el caso del artículo que estudia pesa sobre el demandado, y lo obliga a la reparación del daño o perjuicio causado, puede ser desvirtuada por uno de estos tres factores: fuerza mayor, caso fortuito e intervención de un elemento extraño no imputable al demandado y que haya determinado la consumación del accidente, y ese elemento puede ser un error de conducta o sea la misma culpa de quien sufrió aquél, es decir, de la víctima. El error de conducta de la víctima, envuelve el concepto de una culpa en ésta y entonces esta culpa se enfrenta a la del agente y se produce según las circunstancias, la reducción en el monto del perjuicio que puede llegar a la compensación total."

El estudio de si la intervención ya conocida que a la mujer del pañolón correspondió en el desarrolo del accidente en que fue lesionada la demandante, merece ser calificada como circunstancia legalmente eximente de responsabilidad, capaz de destruír la presunción que obra en contra del demandado Rodríguez conduce asimismo a deducir conclusiones sobre la legalidad de la sentencia, edificada, como se vio, sobre el reconocimiento de esa intervención extraña como causa de exoneración total.

En los casos en que el demandado comparece en juicio en estado de responsabilidad presunta, a él corresponde la obligación de demostrar fehacientemente, para salvar su responsabilidad, que estuvo en imposibilidad completa de obrar

en forma distinta a como obró, en virtud de la presunción de que el hombre es dueño de sus actos. No se trata aquí, desde luégo, de culpa de la víctima, catalogada en la teoría como intervención de fuerza extraña, que da lugar al fenómeno de compensación por concurrencia culposa, porque Leonor Herrera, que fue la víctima del accidente, marchaba por el andén o zona de seguridad sin exponerse en ninguna forma que pudiera servir para imputarle un error de conducta.

De lo que se trata en este caso es del hecho culposo de un tercero, asimilado también a fuerza extraña. Jurídicamente no es cualquier hecho o intervención de tercero lo que constituye la causa de exoneración de responsabilidad; es necesario, entre otras condiciones, que el hecho del tercero aparezca evidentemente vinculado por una relación de causalidad exclusiva e inmediata con el daño causado, caso en el cual la responsabilidad, anexa a la noción de culpa, se desplaza del autor del daño hacia el tercero en seguimiento de la causalidad que es uno de los elementos jurídicos esenciales integrantes de la responsabilidad civil. Cuando el hecho del tercero no es la causa determinante del daño no incide en ninguna forma sobre el problema de la responsabilidad. Los tratadistas ilustran la teoría de esta causal eximente de responsabilidad con estos ejemplos que facilitan su aplicación práctica: una persona empuja a otra y ésta rompe un vitrina; un sujeto empuja a una persona al paso de un automóvil y la hace atropellar; un auto choca contra otro y éste, a consecuencia del impulso que recibe, lesiona a una persona.

No hay duda en cualquiera de estos casos de la capacidad exonerativa que corresponde a la intervención del tercero, porque claramente se ve como causa exclusiva del perjuicio. Pero distinta es la situación que se presenta cuando la culpa de un tercero interviene en la realización del daño, no como causa exclusiva sino en concurrencia con la culpa del demandado. La solución para estos casos, como la lógica jurídica y la doctrina de los expositores lo indican, es la de que la víctima puede demandar al autor del daño la reparación integral. (Gely, Mazeaud, Lalou). Este último, en su *Tratado de la Responsabilidad Civil* (página 181), al resolver la cuestión de si el hecho de tercero puede llegar a exonerar de responsabilidad como ocurre con la fuerza mayor, dice: "Desde luégo hay que excluir el caso en que el hecho de un tercero no es la causa exclusiva de la culpa del demandado en acción de responsabilidad. En tal caso el demandado que por su culpa ha causado un daño a otro está obligado a repararlo sin que pueda alegar en el juicio con la víctima como motivo de exoneración ni siquiera parcial la coexistencia de una culpa imputable a una persona distinta de la lesionada."

Examinando el caso de autos a la luz de estas nociones, estima la Sala que en favor del demandado Rodríguez no puede actualizarse, sin incurrir en interpretación desviada de la ley que obliga a reparar el daño causado, la eximente de responsabilidad por la intervención de la mujer del pañolón en el accidente automoviliario del 23 de julio. No puede considerarse, a pesar de los conceptos periciales, que se haya demostrado plenamente el estado de imposibilidad en que el demandado Rodríguez se hallara para obrar en forma distinta, esto es, que para salvar a la mujer del pañolón fuera fatalmente necesario atropellar a Leonor Herrera, ni siquiera que para tal cosa fuera inevitable sacar el automóvil de la zona ordinaria de rodamiento para invadir con él la acera opuesta a la de que descendió la mujer, porque entre uno y otro extremo hay posibilidades, como sería la aplicación enérgica de los frenos, cuyo no uso no aparece suficientemente explicado en la ocurrencia. Esto, considerando las cosas en el terreno de las fuerzas mecánicas; porque jurídicamente, analizando el suceso en sus relaciones de causalidad, no hay campo para la causal eximente porque no podría afirmarse que aquí el hecho del tercero pueda tomarse como la causa exclusivamente determinante del daño sufrido por la actora, tal como si la mujer del pañolón hubiera empujado a Leonor para salvarse ella, o, para objetivar el caso con una hipótesis absurda, hubiera empujado el auto sobre ella. La fuerza impulsora del vehículo no fue desviada por la interferencia de otra en el desarrollo mecánico del suceso. Lo que hubo fue que Rodríguez, creyendo poder evitar el accidente a que imprudentemente lo expuso la mujer que descendió del andén sobre la vía, causó el accidente con Leonor Herrera, que no estaba en situación de culpa. Hay sin duda un error de conducta en el chofer al haber llevado el carro a la zona destinada a los peatones, aun cuando sólo sea por haber accionado su dirección confiando imprudentemente en que así podía evitar el atropello a la mujer. Agotados todos los medios de cuidado y destreza de que disponía para salvar a la imprudente que se atravesó en su marcha dentro de la zona destinada a los vehículos, terminaba su obligación jurídica de cuidado con la mujer del pañolón; si extralimitó su conveniencia de salvarla hasta ser imprudente y descuidado o no suficientemente diestro en el manejo de los controles de su máquina e invadió con ella la acera en que no estaba la demandante exponiendo a ningún peligro su integridad corporal, es indudable que se colocó respecto de ésta en situación jurídica de culpa. Se plantea exactamente el problema, al margen de toda cau-

sal de exoneración y como un caso de concurrencia de culpa del demandado y culpa de un tercero, diciendo que Rodríguez estuvo en el acaecimiento de autos al frente de dos situaciones jurídicas distintas e independientes en el campo de la responsabilidad: una en referencia con la mujer del pañolón, que de no haberla salvado, lo habría colocado en el caso de la compensación de culpas que hubiera podido llegar, según las circunstancias, hasta la exoneración completa, y otra en relación con la demandante Herrera, desvinculada de toda culpa, contra cuya demanda indemnizatoria no puede alegar el demandado la culpa de la primera, desconectada de causalidad con el daño en la relación necesaria e inmediata de que se ha hablado.

Descartada la causa legal de exoneración, queda vigente la responsabilidad del demandado porque los elementos procesales que sirven para presumirla, no ofrecen duda en los autos ni han sido objeto de controversia, y sólo falta, para completar la decisión que la Corte ha de proferir en reemplazo de la acusada, determinar la cuantía de la obligación indemnizatoria.

A pedimento de la actora y con el objeto de establecer con precisión y exactitud las lesiones por ella sufridas en el accidente y las consecuencias, se practicó la prueba pericial médica en que intervinieron los facultativos doctores Carlos Trujillo Venegas y Luis G. Forero Nogues, quienes, después de examinar a Leonor Herrera clínica y radiológicamente rindieron el siguiente dictamen, no objetado en ninguna forma por las partes y que la Sala encuentra, por su fundamentación y la calidad científica de los peritos, merecedor de fe completa:

"1). La señorita Leonor Herrera C. desde antes del accidente presentaba dos alteraciones de desarrollo óseo consistentes en lo siguiente:

"a) Una sacralización completa de la apófisis transversa izquierda de la V vértebra lumbar, por la cual dicha apófisis soldó completamente con el ala del sacro, y estos dos huesos, formando un solo bloque, vinieron a articular con el hueso iliaco.

"b) Un bacinete asimétrico.

"2) El accidente determinó lo siguiente:

"a) Una separación de los dos segmentos óseos que formaban la articulación sacro-iliaca y desprendimiento de una pequeña esquirla en la parte externa de esta misma articulación.

"b) Heridas contusas pequeñas en las espinillas de ambos miembros inferiores, a razón de una en el miembro derecho y tres en el izquierdo.

"3) En la actualidad, mediante el estudio practicado por medio de radiografías estereoscópicas de la región afectada, puede concluirse lo siguiente: la solución de continuidad existente entre la apófisis transversa lumbar y el sacro ha disminuido ligeramente, y los bordes óseos, en el foco de fractura, poseen mayor densidad que el resto del hueso. Esta calcificación, hace pensar que la fractura tiene tendencia a la consolidación, la cual se realizará de manera muy lenta. También conviene anotar que el espacio determinado por la separación de los dos huesos y que por consiguiente correspondía la línea de fractura, ya no conserva la nitidez y transparencia tan grande como a raíz del accidente. Esto también habla en favor de la consolidación de la fractura por formación de callo.

"4) El estudio clínico de la señorita Leonor Herrera C. permite concluir lo siguiente:

"a) Dolor subjetivo por esfuerzo, localizado en la región de la cadera izquierda, en el sitio de la fractura.

"b) Limitación muy discreta de todos los movimientos del miembro inferior izquierdo.

"c) Marcha normal.

"d) Cicatrices en ambos miembros inferiores, en relación con las heridas contusas sufridas a causa del accidente.

"e) Ausencia de trastornos tróficos tanto a nivel de la zona traumatizada como a distancia.

"5) Somos de opinión que el accidente sufrido por la señorita Leonor Herrera no fue por sí solo el factor desencadenante de sus actuales molestias, ya que existían alteraciones óseas previas, que tarde o temprano podrían ser causa de dolores neurálgicos pelvianos. Igualmente, somos de opinión que el proceso patológico existente lleva una evolución favorable, pero lenta, y a este respecto creemos que antes de un año no se haya producido la total reparación de las lesiones.

"No conceptuamos que las lesiones existentes puedan perjudicar en nada las funciones vitales o la vida misma de la señorita Herrera.

"Respecto de la maternidad, existe una asimetría del bacinete previa al accidente, que desde la fecha de éste no ha sufrido ninguna modificación y que puede, quizás, hacer difíciles sus partos, pero sin que ello se deba en nada al traumatismo sufrido a nivel de la región sacro-ilíaca izquierda.

"Es indudable que la existencia de las cicatrices a nivel de ambos miembros inferiores, desmejoran notoriamente el aspecto estético de las regiones comprometidas, sin que puedan desaparecer espontáneamente."

Para avaluar el monto de la indemnización por los perjuicios sufridos a consecuencia de las lesiones así determinadas se nombraron en legal forma por las partes peritos avaluadores (doctores Lisandro Leyva Pereira y Gustavo Alvarez), quienes apreciaron separadamente los daños materiales en $ 1.674 y los inmateriales en $ 1.200.

La Sala ha analizado esta prueba pericial en uso de la facultad de avaluación jurídica que le corresponde como juez para determinar en definitiva el valor probatorio del peritazgo, y ha llegado a la conclusión de que en la parte correspondiente al avalúo del daño material tiene el mérito de plena prueba porque es uniforme, explicado y suficientemente fundado (artículo 721 del Código Judicial). Allí aparece, en efecto, que la apreciación del perjuicio patrimonial se asienta sobre bases de realidad como es el cálculo del lucro cesante sufrido por Leonor Herrera durante los dos meses de imposibilidad absoluta en que estuvo para trabajar del 23 de julio al 20 de septiembre de 1940, a razón de $ 70 mensuales; el cálculo del perjuicio sufrido por virtud de la imposibilidad relativa a que estuvo sometida naturalmente con merma de su capacidad productora durante los 22 meses que los médicos le señalaron para el recobro completo de su bienestar por la reparación total de las lesiones sufridas, a razón de $ 42 mensuales; valor de la asistencia médica $ 300; valor de drogas, etc., $ 250; valor de radiografías y exámenes radiográficos $ 60. Todas estas últimas cifras son la computación de gastos procesalmente acreditados.

No acontece lo propio con el peritazgo atinente a los perjuicios inmateriales que los peritos fijaron en $ 1.200 y que el Juez de primer grado, conforme a su arbitrio, estimó en $ 2.000. Los avaluadores hacen consistir este daño, al que dedican capítulo separado en su dictamen escrito, en "los sufrimientos morales que padeció la víctima", "en los trastornos afectivos", en que "los años de enfermedad, durante la plena juventud, pudieron malograr la realización de aspiraciones muy naturales y justas en una mujer de posición decente", y "en los temores acerca de un posible impedimento para las funciones maternales, o al menos de que ellas se dificulten o perjudiquen la salud de la futura madre."

No es posible, en concepto de la Sala, estructurar jurídicamente un daño moral con tales elementos, consistentes algunos en meras hipótesis como la relativa al desmedro de la capacidad maternal de Leonor Herrera, terminantemente desvirtuadas por el concepto médico que atribuye esta circunstancia, como simple posibilidad, a un defecto orgánico preexistente y desligado de los efectos del accidente automoviliario. Varias veces ha procurado la Corte fijar el alcance y contenido del llamado perjuicio moral para sacar del terreno arbitrario la consideración de esta materia, distinguiéndolo del daño material como fuente o causa de indemnización diferente y diferenciable por su origen y su naturaleza. En sentencia de esta Sala del 20 de junio de 1941 (*Gaceta Judicial*, tomo LI, página 300), puede verse la exposición de esta doctrina. Allí se dijo que "en todo juicio de responsabilidad extracontractual es indispensable demostrar plenamente la existencia de un perjuicio cierto y personal, cualquiera que sea la naturaleza jurídica del que se demande, para tener derecho a la reparación pretendida, porque en materia civil todo ha de ser pedido con interés legítimo, probado y alegado, según el viejo principio. El perjuicio moral en su acepción más lata puede ofrecer infinidad de formas y de grados cuya apreciación quedaría sujeta a consideraciones personales completamente arbitrarias de los Jueces, si no se determina y adopta algún criterio diferencial que sirva para definir la existencia de un daño de esta naturaleza sobre bases de realidad jurídica, y tal criterio no puede fundarse sino en las definiciones y reglas normativas que ofrecen la doctrina y los autores.

"Perjuicio moral es el que proviene de un hecho ilícito que ofende, no los derechos patrimoniales ni la persona física, sino la personalidad moral del damnificado hiriendo uno de sus intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran lo que generalmente se llama *patrimonio moral* de una persona. El daño moral puede entenderse de dos maneras que dan lugar a su subdivisión, en *perjuicios morales propiamente dichos*, que son los que afectan 'la parte social del patrimonio moral', como los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales, protegidos por las leyes que sancionan la calumnia, la injuria, la difamación; y en *perjuicios de afección* que son los que hieren la parte afectiva del patrimonio moral, las convicciones y los sentimientos de amor dentro de las vinculaciones familiares, como la pérdida o el daño a personas queridas o la destrucción o deterioro de objetos materiales representativos de valor de afección....".

Es posible que la reliquia de una lesión corporal curada pueda llegar a constituir, por los efectos permanentes que determine, fuente de perjuicio moral en casos, por ejemplo, como los decididos recientemente por la Sala de Negocios Generales de esta Corte, en que lesionados por quemaduras han quedado con deformaciones cicatriciales del rostro que constituyen sin duda un constante motivo de depresión y de tristeza que determina uno de los llamados complejos de inferioridad, que perjudican evidentemente en las relaciones de la vida social y que dan base para estructurar, al lado pero como cosa diferente del deterioro orgánico, un perjuicio moral. Pero no es posible, en el campo jurídico y para los efectos de su reparación, calificar como daño de esta especie el dolor y la perturbación mo-

ral que coexisten infaliblemente con las lesiones del cuerpo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 23 de enero del año que corre, y reformando la de primer grado pronunciada por el Juzgado 3º Civil de este Circuito el 7 de febrero de 1942, decide así este pleito:

Condénase al demandado Marco Aurelio Rodríguez a pagar a Leonor Herrera, dentro del término de seis días a contar de la ejecutoria del auto de obedecimiento y con deducción de lo que acredite haber gastado en servicios y utilidad de la demandante la suma de mil seiscientos setenta y cuatro pesos ($ 1.674) como indemnización por los perjuicios que le causó en el accidente automoviliario de que dan cuenta estos autos y del cual es civilmente responsable.

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

Acción de revisión de unas sentencias.—Cosa juzgada.

Tres son las identidades necesarias para que la cosa juzgada se produzca: de cosa pedida, eadem res; **de razón,** eadem causa petendi, **y de personas,** eadem conditio personarum. **Sobre el particular dice el profesor Pietro Cogliolo que para los romanos la locución** eadem res **no se refería a la identidad del objeto material, sino que tenía el significado que nosotros expresamos con las palabras** relación jurídica; **la** res de qua agitur **es la controversia tomada en su complejidad y en su totalidad, la** questio iuris et facti. **Cierra su exposición con esta frase: "Que por** res **se entiende, no el objeto o corpus, sino la relación jurídica y el problema de hecho debatido, aparece de todos los textos pertinentes de nuestras instituciones."**

Enseñan los doctrinantes —Chiovenda entre ellos— que la obligatoriedad de la cosa juzgada se refiere al Juez de los procesos futuros; tiende a excluír, no sólo una decisión contraria a la precedente, sino simplemente una nueva decisión sobre lo que ya ha sido juzgado, como consecuencia del principio de la consumación procesal y de la preclusión que tal fallo anterior contiene. La actividad jurisdiccional ha de desarrollarse una sola vez, y sobre los posibles errores del Juez predominan las ventajas de la certeza jurídica. Si al litigante que invocando un olvido o distracción o falso concepto acerca de no necesitarse tal o cual prueba cuya falta produjo un fallo que le fue adverso, como razón para impedir que éste tenga sus consecuencias legales, como su obligatoriedad, esto es, si le fuese dado arrebatar por ello la calidad de sentencia definitiva al fallo que negó por esa causa sus pretensiones, desaparecería la cosa juzgada y, abriéndose la posibilidad de renovación indefinida del pleito, desaparecería consiguientemente el amparo con que la ley escuda para siempre a quien lo ha ganado una vez. El hondo significado jurídico y social de la cosa juzgada, su trascendencia, su fuerza y alcance, unánimemente las consignan las legislaciones y los reconocen los doctrinantes. El tema, por decirlo así, está agotado al punto de haber asumido el carácter de axiomático lo tocante al imperio de la cosa juzgada.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el señor Alfonso Salcedo Salgar contra la sentencia de segunda instancia del Tdibunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario incoado por el recurrente en el Juzgado 3º Civil de este Circuito contra la señora María Antonia Serrano de Gómez, quien contrademandó.

Antecedentes.

Por escritura número 1287, otorgada el 28 de agosto de 1930 ante el Notario 5º de Bogotá, el doctor Pablo Emilio Salazar se constituyó deudor del señor Salcedo Salgar por los $ 20.000 oro colombiano acuñado que de éste recibió en mutuo con plazo de un año contado desde esa fecha, al interés mensual del 1¼% y del 1½% respectivamente en plazo y mora. En garantía de estas obligaciones la señora Serrano de Gómez hipotecó en ese instrumento el inmueble de su propiedad allí determinado.

El 15 de diciembre de 1933 Salcedo demandó a esta señora a fin de que se vendiese esa finca para cubrirle el principal dicho y sus intereses desde el 27 de diciembre de 1931 y las costas. Habiéndose opuesto la señora, se siguió la actuación del caso, que el Juzgado falló el 20 de noviembre de 1934 negando la venta solicitada, declarando extinguida la hipoteca y ordenando la cancelación de su registro. El Tribunal confirmó esta providencia en cuanto a la denegación de la venta y la revocó, suprimiéndolo, en lo de cancelación del registro y extinción del gravamen, en fallo de 28 de marzo de 1935.

Para aquella negativa Juzgado y Tribunal acogieron la afirmación de la opositora sobre que había ocurrido una ampliación del plazo sin concurrencia del tercero dueño de la cosa hipotecada, esto es, que el caso era el contemplado por el artículo 1708 del Código Civil. Y para suprimir lo de extinción y cancelación del gravamen, el Tribunal consideró que estas cuestiones no son para decididas en juicio especial y que, versando el incoado sólo sobre la venta, lo único procedente en él era negarla.

En junio de 1934 la señora Serrano de Gómez entabló juicio ordinario contra el señor Salcedo Salgar para que se declarase extinguida la hipoteca y se ordenase en consecuencia la cancelación de su registro, fundándose en lo que acaba de informarse, en relación con el citado artículo 1708, cuando se opuso a la venta en dicho juicio especial. El Juzgado 2º Civil de este Circuito, que fue el de primera instancia, decretó lo pedido por la demandante; pero su fallo de 16 de abril de 1935, lo revocó el Tribunal en el de 24 de septiembre de 1936, agregando que en su lugar "resuelve que no es el caso de hacer las declaraciones pedidas en la demanda". La Corte, según sentencia de 30 de abril de 1938, no casó la del Tribunal. El fundamento de éste, acogido por la Corte, fue la ausencia de la escritura pública constitutiva de la hipoteca cuya extinción era la materia y finalidad del pleito, porque estimó indispensable que ese instrumento obrara en el expediente.

El 17 de junio de 1938 el Juzgado 8º Civil de este Circuito decretó el mandamiento ejecutivo solicitado por Salcedo contra la señora Serrano de Gómez por los ya dichos $ 20.000 e intereses desde el 27 de diciembre de 1931. Ella opuso excepciones que el Juzgado declaró no probadas el 31 de enero de 1939; pero el Tribunal al decidir el 11 de agosto de 1939 la apelación de esa providencia acogió la de cosa juzgada, por estar en pie la sentencia dictada en el juicio especial de venta, distinguiendo entre cosa juzgada absoluta y relativa, para advertir que es esta última la que encuentra, en razón de conservar su fuerza de tál la que en el juicio de venta se pronunció, por no haberse revisado, y agregando que un fallo de esta clase, si bien mantiene temporalmente su imperio, mientras no se le haya infirmado revisándolo, por lo mismo que es revisable no tiene aquella fuerza en calidad de absoluta.

El 3 de diciembre de 1940, en demanda repartida al Juzgado 3º Civil de este Circuito, Salcedo Salgar solicitó la revisión de las sentencias de 20 de noviembre de 1934 de ese Juzgado y de 28 de marzo de 1935 del Tribunal, pronunciadas en el referido juicio especial de venta, y la del Tribunal de 11 de agosto de 1939 en la mencionada ejecución, y que en lugar de ellas se disponga que, por estar vigente la hipoteca, se venda en pública subasta el inmueble hipotecado para que con su producto se paguen al demandante el capital e intereses antedichos y las costas.

La señora contrademandó a Salcedo para que, revisándose la sentencia del Tribunal de 28 de marzo de 1935 dictada en el juicio de venta, se la adicione declarando probada la excepción consistente en estar extinguida la hipoteca y, por tanto, en el de ordenar consecuencialmente su cancelación, tal como lo había hecho el Juzgado en la providencia de que el Tribunal suprimió esa declaración y orden. Es fundamento cardinal lo antedicho sobre prórroga en relación con el artículo 1708 del Código Civil.

Sentencias de instancia.

El Juzgado sentenció el 26 de agosto de 1941 negando lo pedido en la demanda principal, de cuyos cargos absuelve a la demandada, declarando probada la excepción de cosa juzgada propuesta por el contrademandado, y negando las declaraciones de la contrademanda, de cuyos cargos lo absuelve.

El Juez observa que la revisión de que se trata es distinta del recurso establecido por el artículo 542 del Código Judicial, pues se trata del que corresonde al artículo 473 del mismo en la parte final de su inciso 2º, consistente en un cambio de apreciación de los elementos tenidos en cuenta al dictar la respectiva sentencia en juicio especial; y, como encuentra que las cartas y recibos del acreedor en que se basó el fallo revisado ahora acreditan la ampliación del plazo concedida sin concurrencia del tercero dueño de la cosa hipotecada, estima imposible acceder a lo que el demandante suplica en el presente juicio, que es la declaración de estar vigente la hipoteca y el decreto consiguiente de venta del inmueble hipotecado para pagar la deuda con su producto. Estas reflexiones, formuladas respecto de las sentencias del juicio especial de venta, análogamente las formula para llegar a igual conclusión sobre la sentencia de excepciones en el juicio ejecutivo.

Cuanto a la contrademanda, acompaña al demandante en su concepto sobre la fuerza de cosa juzgada de la sentencia del Tribunal, no infirmada por la Corte, en el juicio ordinario, en vista de que negó lo pedido en la respectiva demanda y de que lo que ésta solicitó fué cabalmente que se declarara extinguida la hipoteca y se ordenara la cancelación de su registro en virtud de la prórroga antedicha, esto es, ante el citado artículo 1708.

El Juzgado no condenó en costas.

Apelada la sentencia por ambas partes, el Tribunal, después de tramitar la segunda instancia, la desató el 12 de diciembre de 1942 revocando la del Juzgado y resolviendo en su lugar:

"1º No se hacen las declaraciones solicitadas en la demanda principal y se absuelve a la demandada de los cargos formulados en ella; 2º Declárase no probada la excepción perentoria de cosa juzgada propuesta por el contrademandado; 3º Declárase extinguida la hipoteca....; 4º Cancélase el registro de la hipoteca....; 5º Ordénase la cancelación de la inscripción de la deman-

da; 6º Líbrense los correspondientes oficios al Registrador....; 7º Costas a cargo del demandante en ambas instancias."

Después de historiar los antecedentes, el Tribunal observa ante todo que lo demandado es la revisión de las sentencias pronunciadas en el juicio especial de venta y en el ejecutivo, citadas aquí, y advirtiendo que es ocioso hablar del artículo 542 del Código Judicial, por saltar a la vista que el recurso actual no es el allí establecido, el que se surte en la Corte Suprema de Justicia; entra a indagar cuál es el sentido de la revisión a que se contrae el citado artículo 1030 de esa obra en su inciso 2º, que es el de que aquí se trata, y dice que, no definiéndolo la ley, debe entenderse, por ser su sentido natural y obvio, que esa revisión consiste en volver a examinar el litigio debatido en esos juicios especiales, por lo cual, a más de ser diferente de la nulidad, los extremos de ese litigio especial no pueden ser alterados en el ordinario que se siga para revisarlos y la única diferencia está en la mayor amplitud que éste ofrece para la producción y discusión de la prueba. Por esta senda se ve conducido el Tribunal al estudio de la misma cuestión que en forma de oposición en el juicio de venta y de excepción en el ejecutivo presentó la señora demandada al afirmar que hubo ampliación del plazo sin su concurrencia y que por eso quedó extinguida la hipoteca a la luz del citado artículo 1708. Analiza los elementos probatorios correspondientes, y llega a esta conclusión:

"Dados los elementos de convicción relacionados, no es posible poner en duda la existencia de un convenio entre el acreedor y el deudor para ampliación del plazo y como, por otra parte, el acreedor ni siquiera ha intentado demostrar que hubiera tomado parte en esta ampliación la dueña del bien hipotecado, vuelve a llegar el Tribunal a la conclusión de que en el presente caso se cumplió la situación contemplada por el artículo 1708; por tanto, no es el caso, en esta parte, de cambiar lo resuelto por las sentencias que desataron el juicio de venta, en cuanto ellas negaron la venta del bien hipotecado."

En seguida expone conclusión análoga sobre la sentencia del Tribunal en el ejecutivo.

Aboca el estudio de la reconvención y lógicamente lo comienza por el de la excepción de cosa juzgada que el demandante opuso como contrademandado invocando el fallo del juicio ordinario tántas veces citado ya en el presente. Conceptúa el Tribunal que, si bien hay identidad de causa y de personas, falta la de objeto, y de ahí concluye que no está probada la excepción. Su razonamiento sobre la falta de tal identidad se resume así: para la determinación de este elemento no se atiende a la materialidad de la cosa pedida, sino al derecho; la demanda del juicio ordinario solicitó que se declare extinguida la obligación hipotecaria y se ordene la consecuencial cancelación del registro, y la contrademanda del presente juicio pide que la sentencia del juicio de venta se adicione con la declaración de que está extinguida la hipoteca y se ordene su consecuencial cancelación, ya que en ese juicio especial no se decidió en su totalidad la excepción que opuso. Agrega ahora el Tribunal que entonces debió confirmarse íntegramente la decisión del Juzgado, porque el hecho alegado por la señora fue la extinción de la hipoteca y no había motivo para limitar sus consecuencias a la mera negativa de la venta.

Respecto de la excepción de cosa juzgada advierte que la sentencia del juicio ordinario no absolvió, sino que se limitó a no hacer las declaraciones solicitadas, y se debió a la falta de prueba de la materia del mismo juicio, "lo que hace que los fallos en él proferidos no agotaran en su integridad la materia del litigio y, por tanto, no sean óbice para que en la actualidad se discuta la materia propia de la revisión con las consecuenciales declaraciones de extinción y cancelación...."

El recurso.

El abogado del demandante, parte que como ya se dijo es la recurrente, acusa de violación: en primer lugar, de los artículos 473 y 474 del Código Judicial, por cuanto el fallo recurrido desoye la cosa juzgada, y en segundo lugar, de los artículos 2448, 2422 y 2452 del Código Civil por no haberlos aplicado y haber desconocido al acreedor hipotecario lo que estas disposiciones le conceden y aseguran.

La clave del problema está en si efectivamente la sentencia del juicio ordinario tiene la fuerza de cosa juzgada sostenida por el actor o carece de ella como opina el Tribunal en su fallo materia del presente recurso.

Como se ha relatado, las razones de este concepto son en suma: no haber agotado la materia la sentencia del juicio ordinario, tanto por no haber pronunciado expresa absolución, cuanto principalmente por haber surgido de la falta de presentación de la escritura de hipoteca y no de un estudio de fondo sobre las pruebas concernientes a la ampliación del plazo y la consiguiente determinación de si el caso es a la verdad el del artículo 1708 del Código Civil o si en esta disposición no está comprendido; halla también fundamento el Tribunal para su opinión en lo que señala como diferencia de cosa pedida.

El recurrente transcribe las peticiones del libelo inicial de aquel juicio ordinario y las de la contrademanda del presente, y se detiene a exponer los hechos fundamentales de uno y otra para compararlas y de la confrontación deduce una completa identidad entre ellas. Sobre la

base de esta identidad y de la negativa pronunciada en la sentencia definitiva del juicio ordinario a las solicitudes de la demandante, funda su referida acusación al respecto, consistente en que con todo el imperio y alcance enfáticamente establecido por el citado artículo 473 en su inciso 1º, quedó decidido allí lo tocante a extinción de la hipoteca y cancelación de su registro; de suerte que es quebrantando esta disposición legal sustantiva como ha podido el Tribunal ahora volver sobre esos mismos temas para declarar y decretar lo que desde entonces quedó negado en esa forma. Ese inciso es de este tenor:

"La sentencia firme dada en materia contenciosa, tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes."

La Sala ha procedido de suyo a esa confrontación, a fin de indagar si en realidad son unas mismas las súplicas de la señora Serrano de Gómez en su demanda de aquel juicio ordinario y en su contrademanda del presente y si efectivamente hay igualdad entre sus hechos fundamentales. Una y otra versan sobre la hipoteca en cuestión, la que ambas citan detallando la escritura constitutiva y la finca hipotecada. La parte petitoria de la demanda del juicio ordinario incoado por la señora Serrano de Gómez la formula ella diciendo que demanda al señor Salcedo Salgar "para que con su citación y audiencia se declare en definitiva: Primero, que está extinguida la hipoteca que constituí por escritura.... (aquí los detalles de ésta) sobre una casa de mi propiedad.... (aquí sus detalles). Segundo, que, en consecuencia, se ordene la cancelación del registro de la mencionada hipoteca...." En la contrademanda del presente juicio solicita que, revisándose la sentencia del juicio especial de venta, se la adicione "en el sentido de declarar probada la excepción consistente en estar extinguida la hipoteca.... (aquí los detalles de la escritura), y como consecuencia, en el de ordenar, como en efecto se ordena, la cancelación de dicha hipoteca."

Salta a la vista la identidad de objeto.

Más todavía: aun dentro de los párrafos de la sentencia del Tribunal en cuya casación están destinados a hacer ver la diferencia que él encuentra al respecto, no se advierte sino algo que parece mero juego de palabras, puesto que allí dice el Tribunal que en el juicio fallado el 24 de septiembre de 1936 "se solicita que se declare extinguida la obligación hipotecaria y se ordene la consecuencial cancelación del registro"; y agrega allí mismo el Tribunal que lo impetrado ahora en la contrademanda es que, revisándose la sentencia del juicio de venta, "se adicione con la declaración de que está extinguida la hipoteca y se ordene su consecuencial cancelación".

Ahora bien: ante esta confrontación de fundamentos y de súplicas, no puede negarse la identidad, no sólo entre la materialidad sino también en el problema jurídico, existente entre las dos demandas, o sea, la del juicio ordinario fallado en 1936 negando las declaraciones pedidas en ella, y la de reconvención en el presente. Esto significa que no falta la identidad de objeto.

El profesor Pietro Cogliolo en el volumen I de los en que recogió sus *Scriptti varii di Diritto Privato* (páginas 90 y siguientes) dice que para los romanos la locución *eadem res* no se refería a la identidad del objeto material, sino que tenía el significado que nosotros expresamos con las palabras *relación jurídica;* la *res de qua agitur* es la controversia tomada en su complejidad y en su totalidad, la *questio iuris et facti.* Cierra su exposición con esta frase: "Que por *res* se entiende, no el objeto o *corpus,* sino la relación jurídica y el problema de hecho debatido, aparece de todos los textos pertinentes de nuestras instituciones."

Y por aquí tenemos una confirmación de lo ya dicho sobre la presencia del elemento *eadem res* en este juicio y el consiguiente error del Tribunal al echarlo de menos, siendo así que en la demanda del juicio ordinario y en la contrademanda del presente se solicita que se declare extinguida la hipoteca y se ordene cancelar su registro, invocando en ambas igual razón.

Según condensación generalmente admitida, tres son las identidades necesarias para que la cosa juzgada se produzca: de cosa pedida, *eadem res;* de razón, *eadem causa petendi,* y de personas, *eadem conditio personarum.* El Tribunal estima presentes las dos últimas y ausente la primera. Mediando también ésta en concepto de la Corte, preciso es declarar probada la excepción desde este punto de vista.

Mas no es en ello donde pone mayor ahinco el opositor, sino en lo que también anota el Tribunal acerca de que la sentencia de 24 de septiembre de 1936 y la de la Corte que en casación se negó a invalidarla, no dijeron palabra sobre el problema de fondo y si, por ende, dejaron de entrar en él, no puede decirse que quedara juzgado. El opositor añade en este sentido:

"El error del recurrente consiste en que hace depender la cosa juzgada de la identidad de las demandas, con prescindencia absoluta del contenido de los fallos en que se apoya la pretendida cosa juzgada."

Poniendo el ejemplo de fallo favorable al demandado por heredero que no acredita esta ca-

lidad, afirma que suele ocurrir que contra nueva demanda del mismo actor contra el mismo reo por la misma razón y en busca del mismo fin no puede oponerse como cosa juzgada una sentencia anterior, en siendo de esa clase.

La petición antes de tiempo libra al demandado sólo temporalmente, pues aplaza la acción para su día; la de petición de un modo indebido produce resultado análogo. Otro tanto puede ocurrir con la *exceptio non adimpleti contractus.* Apareado con el ejemplo traído por el opositor, puede recordarse la demanda entablada por o para una sociedad cuya existencia no se acredita. En esto de personería es agible y aun fácil multiplicar citas y paradigmas.

Pero lo acontecido en el pleito anterior cuya sentencia se invoca en el presente para oponer *la exceptio rei indicatae,* es algo del todo diferente: allí se negaron las súplicas de la respectiva demanda, no por formuladas prematuramente o indebidamente o por quien no tenía personería al efecto, ya de suyo, ya por obrar en representación ajena no acreditada, sino por la falta del comprobante de la materia misma de la controversia, en la cual, dentro de la amplitud probatoria de las instancias o previsoramente con el libelo mismo, al demandante le fue sencillo llevarlo al proceso.

Enseñan los doctrinantes —Chiovenda entre ellos— que la obligatoriedad de la cosa juzgada se refiere al Juez de los procesos futuros; tiende a excluir, no sólo una decisión contraria a la precedente, sino simplemente una nueva decisión sobre lo que ya ha sido juzgado, como consecuencia del principio de la consumación procesal y de la preclusión que tal fallo anterior contiene. La actividad jurisdiccional ha de desarrollarse una sola vez, y sobre los posibles errores del Juez predominan las ventajas de la certeza jurídica.

Si al litigante que invocando un olvido o distracción o falso concepto acerca de no necesitarse tal o cual prueba cuya falta produjo un fallo que le fue adverso, como razón para impedir que éste tenga sus consecuencias legales, como su obligatoriedad, esto es, si le fuese dado arrebatar por ello la calidad de sentencia definitiva al fallo que negó por esa causa sus pretensiones, desaparecería la cosa juzgada y, abriéndose la posibilidad de renovación indefinida del pleito, desaparecería consiguientemente el amparo con que la ley escuda para siempre a quien lo ha ganado una vez.

El hondo significado jurídico y social de la cosa juzgada, su trascendencia, su fuerza y alcance, unánimemente los consignan las legislaciones y los reconocen los doctrinantes. El tema, por decirlo así, está agotado al punto de haber asumido el carácter de axiomático lo tocante al imperio de la cosa juzgada. Ocioso consignar aquí los fundamentos de este principio.

Los romanos llegaron a declararla como uno de los fundamentos de la sociedad civil: *status reipublicae in rebus judicatis maxime continetur,* y proclamaban con vehemencia que hacia *de albo nigrum et de nigro album,* significando y exaltando así su alcance y poder.

A mayor abundamiento se recuerda que los comentadores, estudiando la diferencia entre sentencia nula y sentencia inicua, anotan que aquélla, salvo que se haya saneado la nulidad, no puede tener la autoridad de cosa juzgada, puesto que se ha pronunciado contra la forma judicial o fuera de ésta, al paso que la inicua, a despecho de serlo, tiene esa autoridad, por haberse pronunciado según la forma y tramitación judicial, en cuanto no sea ya susceptible de recursos para impugnarla.

Entre éstos nuestras leyes tienen establecido el extraordinario de revisión, condicionado y reglamentado ahora por el artículo 542 del Código Judicial. La existencia de un remedio tan singular y la enumeración taxativa y detallada de las contadas causas que lo generan, reafirma el concepto de la Corte sobre que el hecho de no haberse aducido la prueba necesaria no puede por sí solo invocarse para restar a la sentencia respectiva su virtud de hacer tránsito a cosa juzgada. Ese artículo 542 dice:

"Puede revisarse una sentencia ejecutoriada proferida por la Corte Suprema o por un Tribunal Superior, en los casos siguientes: 1º Si después de pronunciada se recobran piezas decisivas detenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida...."

Por donde se ve que la ausencia de pruebas que haya determinado un fallo no puede fundar la infirmación de éste, sino sólo cuando se presentan estas excepcionales circunstancias, al tratarse de aquel singular recurso, cuya prosperidad es lo único que, en casos como el presente, puede hacer desaparecer la sentencia y con ella misma, y sólo así, su efecto obligado en ley, o sea el enfáticamente proclamado por el inciso 1º del artículo 573 del Código Judicial, transcrito aquí.

Lo dicho obliga a admitir los cargos formulados por el recurrente, tanto en lo atañedero a la cosa juzgada, cuanto en lo relativo a la acción hipotecaria. En efecto, si hay cosa juzgada y el Tribunal la desconoce, ha quebrantado las disposiciones legales de carácter sustantivo contenidas en los artículos 473 y 474 del Código Judicial y consecuencialmente las citadas del Civil, ante todo el artículo 2452, que confieren al acreedor hipotecario los derechos cuyo reconocimiento pide el demandante en la intención de su libelo inicial. Este solicita la declaración de que,

estando vigente la hipoteca, se subaste el inmueble hipotecado para pagar con su producto la deuda que garantiza, y el artículo 2452 en su inciso 1º dice:

"La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada."

El artículo 2448 confiere al acreedor hipotecario los mismos derechos que al prendario sobre la prenda, "para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas"; y el artículo 2422 dice:

"El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta para que con el producto se le pague...."

El Tribunal en el fallo hoy recurrido niega las súplicas del demandante por estimar que la hipoteca se extinguió, y si la sentencia a que la Corte reconoce la calidad y fuerza de cosa juzgada se denegó a declarar tal extinción, es evidente el quebranto de todas aquellas disposiciones legales, que es de lo que el recurrente acusa.

Las partes están acordes en que la hipoteca se constituyó, lo que está acreditado en legal forma con la copia notarial debidamente inscrita y anotada en el registro, que obra en autos entre la documentación acompañada a la demanda inicial. Contra ese gravamen o su vigencia no se ha alegado hasta ahora sino lo antedicho en relación con el artículo 1708 del Código Civil, esto es, que hubo una ampliación del plazo concedida por el acreedor sin concurrencia del tercero dueño del inmueble hipotecado. Esa alegación no puede prosperar porque las declaraciones a que habría dado lugar sobre extinción y cancelación, quedaron negadas en sentencia definitiva, ejecutoriada, pronunciada en juicio ordinario incoado cabalmente con el fin de que ellas se hiciesen.

Claro es que por otros caminos puede llegarse a esa extinción, por ejemplo, la de la deuda misma por su pago o cualquiera otro de los medios de que habla el artículo 1625 del Código Civil. Pero, como aquí únicamente se ha opuesto el del citado artículo 1708, es claro que, así las cosas, prácticamente resulta que la imposibilidad de declarar la extinción por esta causa viene a equivaler a la afirmación de la vigencia o subsistencia del gravamen.

Las precedentes consideraciones bastan para fundar el recurso. Sin embargo, como los conceptos del Tribunal contienen la sugestión al menos de que en realidad se produjo la situación de dicho artículo 1708, precisa agregar algunas reflexiones, breves que sean, a ese respecto.

Juzgado y Tribunal en el juicio especial de venta estimaron comprobada la concesión de la prórroga, y otro tanto sucedió en el fallo de primera instancia en el referido juicio ordinario anterior y en el presente, de lo cual parece derivarse opinión actual en igual sentido. Pero debe tenerse presente que el acreedor hizo salvedades y modificaciones a la afirmación escueta de prórroga cuando absolvió posiciones y reconoció la carta suya en que de ella habla, arguyendo que ésta no expresa ni contiene una concesión de presente, sino una oferta de prórroga para el futuro, oferta sometida en la misma carta en que se formula a una condición que quedó fallida, porque el acreedor exigía que para cierta fecha el deudor estuviese al corriente en intereses devengados hasta ella, como requisito para la ampliación del plazo que a partir de esa fecha se contaría, y el deudor no cubrió esos intereses. Alega también Salcedo que si recibió intereses correspondientes a época posterior al vencimiento del plazo, ello fue estando devengados ya aquéllos, por lo cual ese recibo no implica prórroga ni concesión alguna, sino su sometimiento a hechos consumados; y que, si hubo rebaja en la tasa del interés, no fue tampoco por obra de pacto o concesión, sino por imposición de las leyes y decretos dictados entonces sobre deudas.

Ante la situación del presente pleito y recurso, tal como queda trazada aquí, sería improcedente analizar esas alegaciones del acreedor e indagar si están o no respaldadas por los elementos probatorios del proceso; pero sí son de traerse a cuento, así sea tan sólo para reconocer que el hecho básico de haber habido prórroga no puede darse por incuestionable y definitivamente demostrado, sino que, por el contrario, es de suponérsele como de decisión incierta ante el sentenciador de segunda instancia en el evento de que hubiera podido entrar en el fondo en su sentencia de 24 de septiembre de 1936.

Al propio tiempo que el recurso queda motivada con las precedentes consideraciones la sentencia de instancia que ha de reemplazar la recurrida.

Las súplicas de la demanda principal deben decretarse, salvo la de costas, porque ninguna temeridad puede encontrarse en la defensa y oposición de la señora demandada. Y las súplicas de ella en su reconvención no pueden acogerse por estar decididas ya en la sentencia del juicio ordinario a que la Corte reconoce la calidad de cosa juzgada, excepción del contrademandado que se acoge. Esto basta para impedir condenación en costas a su cargo, a más de que el recurso y su acción le prosperan.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Supe-

rior del Distrito Judicial de Bogotá el doce de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, y reformando la del Juzgado 3º Civil de este Circuito de veintiséis de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, falla el pleito así:

1º Estando vigente el gravamen de que se habla en seguida, asiste al señor Alfonso Salcedo Salgar, como acreedor hipotecario, el derecho de hacerse pagar con el producto de venta del inmueble hipotecado, en legal forma, en su principal y accesorios, el crédito que consta en la escritura pública número 1287, otorgada ante el Notario 5º de Bogotá el veintiocho de agosto de mil novecientos treinta, por medio de la cual la señora María Antonia Serrano de Gómez constituyó hipoteca sobre la finca de su propiedad allí determinada, en garantía de esa deuda contraída como mutuario por el doctor Pablo Emilio Salazar en favor de dicho Salcedo.

2º Declárase probada la excepción de cosa juzgada opuesta por el demandante Salcedo a la demanda de reconvención de la señora Serrano de Gómez, de cuyos cargos se le absuelve.

3º Quedan así revisadas e infirmadas estas sentencias: la de veinte de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro del Juzgado 3º Civil de este Circuito y la de veintiocho de marzo de mil novecientos treinta y cinco del Tribunal Superior de Bogotá, dictadas en el juicio especial de venta del referido inmueble incoado por dicho Salcedo contra la señora Serrano de Gómes; y la de once de agosto de mil novecientos treinta y nueve del mismo Tribunal en el juicio ejecutivo entre los mismos demandante y demandada para el cobro del mismo crédito.

4º No se hace condenación en costas a cargo de ninguna de las partes en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

Acción petitoria de declaración de una pretendida filiación natural.

Constituye motivo de casación, al tenor del numeral 7º del artículo 520 del Código Judicial, el hecho de revocar un Tribunal la sentencia de primer grado y en lugar de entrar a estudiar y á decidir las cuestiones propuestas por el actor y que constituyen el lazo de instancia, limitarse a ordenar la devolución del proceso al inferior para que éste pronuncie de nuevo y por segunda vez su decisión definitiva.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

En virtud del recurso de casación oportunamente interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia pronunciada el 28 de noviembre de 1942, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, han llegado a esta Sala los juicios acumulados de carácter ordinario que sobre filiación natural, reconocimiento de un legitimario, nulidad y reforma de una partición, petición de herencia y otras acciones ha adelantado como actor Luis Antonio Caicedo contra diversos demandados cuyas calidades se expresan a continuación: Joaquín A. Collazos Vásquez, Efraím A. Collazos Vásquez, María Jacoba Collazos de Núñez y Mariana Vásquez V. de Collazos, hijos legítimos y cónyuge sobrevivientes, respectivamente, de Máximo Collazos, en su calidad de herederos y representante de éste; contra Manuel María Osorio C., en su doble carácter de albacea y heredero testamentario del doctor Joaquín A. Collazos; contra Encarnación Osorio de Castillo, Alfonso, Luis José, Lida, Alba y María Teresa Osorio de Vallecilla, Dolores Osorio Bustamante, herederos unos y representantes de herederos otros, en la sucesión del doctor Joaquín Antonio Collazos.

La acumulación de los juicios fue válidamente decretada por el Juzgado de origen, según aparece en la providencia de 16 de diciembre de 1937, confirmada por el Tribunal de Cali el 25 de marzo del año siguiente.

Falló el negocio acumulado el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cali, quien en providencia fechada el 8 de mayo de 1940 decretó algunas de las numerosas súplicas solicitadas, a saber:

1ª Que Luis Antonio Caicedo tiene la calidad de hijo natural de Joaquín Antonio Collazos;

2ª Que Luis Antonio, en su calidad de legitimario, tiene derecho a la mitad de los bienes herenciales en la forma establecida en el artículo 1242 del Código Civil;

3ª Que la partición de bienes de Joaquín Antonio Collazos debe reformarse al tenor de la enmienda del testamento antes decretada;

4ª En relación con la acción reivindicatoria incoada contra los herederos testamentarios de Collazos, decláranse probadas las excepciones de carencia de acción y de petición antes de tiempo, por lo cual se absuelve a los demandados de los cargos formulados a este respecto.

El Juez *a quo* se abstuvo de impartir fallo sobre las peticiones que contiene tanto el libelo principal como el de corrección y que aparecen en esos documentos bajo los numerales b), c) y d) de la demanda principal y e) de la de corrección, sin que exprese en el cuerpo de su sentencia las razones o fundamentos que tuvo para esa omisión.

La sentencia acusada.

Por virtud de apelación de las dos partes litigantes subió el negocio acumulado al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, entidad que falló en definitiva la segunda instancia en sentencia fechada el 28 de noviembre de 1942, en cuya parte resolutiva *revoca* la sentencia de 8 de mayo de 1940 y en su lugar ordena al Juez de primer grado que dicte el fallo correspondiente con relación a todas las acciones y postulados que se invocaron en la demanda y demás escritos de que se ha hecho mérito, para que la sentencia se atempere a las normas y requisitos del artículo 471 del Código Judicial.

Funda tal decisión el Tribunal de Cali en la consideración, ya antes indicada, de que el Juez de grado dejó de considerar y fallar lo relativo a la acción de nulidad de la partición, así como la solicitud de condenación a cada uno de los herederos testamentarios de entregar al actor la parte de los bienes herenciales que le fueron adjudicados en la partición, con sus consecuenciales.

El razonamiento básico que tuvo el fallador de segundo grado para revocar, abstenerse de

decidir sobre el fondo del pleito y en su lugar ordenar que se devuelva el proceso al Juez de primera instancia, está concebido en estos textuales términos:

"Queda establecido que la sentencia no hizo, con la debida separación, el pronunciamiento correspondiente a cada uno de los puntos litigiosos, ni ofrece la consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el juicio, contra lo expresamente preceptuado en el artículo 471 del Código Judicial y con detrimento de la claridad y precisión que se exigen en los fallos. Y como esta situación anómala coloca al Tribunal en la imposibilidad de decidir sobre puntos no considerados por el sentenciador de primer grado, a menos de pretermitir el procedimiento y usurpar la jurisdicción del inferior, habrá que revocar la providencia apelada, a fin de que el juzgador atempere a la norma general del artículo citado y resuelva o decida sobre todas las acciones y postulados de las demandas primitivas y de sus correcciones y adiciones".

El recurso.

Se halla debidamente preparado el recurso de casación que interpuso la parte actora y es procedente entrar a decidirlo. Acusa el recurrente la sentencia del Tribunal por varios motivos de los consagrados en el artículo 520 del Código Judicial, tales como los determinados en las causales primera y séptima de tal precepto legal. Pero comoquiera que uno de tales motivos debe prosperar en casación, a juicio de esta Sala, produciendo como lógica consecuencia la infirmación del fallo que es materia del recurso, a dicha causal de tacha habrá de limitarse el estudio de la Corte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 538 del Código Judicial.

El cargo que prospera está concebido en los términos que pasan a extractarse:

Séptima causal.—Haberse abstenido el Tribunal de conocer y fallar un asunto de su competencia y declararlo así en la sentencia acusada.

El Tribunal de Cali, al revocar la providencia de primera instancia para el solo efecto de que el Juez falle sobre las peticiones que omitió considerar en su proveído, dictó una sentencia definitiva de segunda instancia en la cual se abstiene de decidir sobre todas las cuestiones sometidas a la decisión judicial, disponiendo que sea el inferior quien dicte de nuevo el fallo definitivo del pleito. Fallar un negocio en la forma en que lo ha hecho el Tribunal es no fallarlo y devolverlo al Juzgado de primera instancia, en tales casos es ocasionar una demora y un perjuicio gravísimo a las partes, con la circunstancia de que el inferior no puede volver a fallar sobre cuestiones que ya fueron decididas en otra providencia.

De aquí que el artículo 482 del Código Judicial contenga la norma obligatoria para los Jueces de fallar los asuntos sometidos a su decisión, sin reservar para otro juicio las cuestiones que les hayan sido propuestas, entendiéndose aquí por juicio no un proceso por nuevo trámite, sino el aplazamiento para posterior ocasión del fallo definitivo de la cuestión propuesta.

Estudio de los cargos.

Considera la Sala de Casación:

Consagra el numeral séptimo del artículo 520 del Código Judicial como motivo suficiente de casación haberse abstenido el Tribunal de conocer un asunto de su competencia, declarándolo así en el fallo acusado.

Y esto ha sido precisamente lo ocurrido en este pleito cuando el Tribunal de Cali revocó la sentencia de primer grado y en lugar de entrar a estudiar y a decidir las cuestiones propuestas por el actor y que constituían el lazo de instancia, se limitó a ordenar la devolución del proceso al inferior para que éste pronunciara de nuevo y por segunda vez su decisión definitiva.

Aparece debidamente demostrado que el Juez de grado dejó de decidir sobre las peticiones formuladas tanto en la demanda principal como en la de corrección y marcadas con los numerales b), c), d), de la primera y e), f) de la segunda. Sobre tales súplicas guardó silencio y se abstuvo de impartir una decisión judicial, en circunstancias de que ellas versaban sobre cuestiones de suyo trascendentales para la solución completa del litigio y hacían parte del lazo de instancia, tales entre otras como la de rescisión de la partición de los bienes herenciales del señor Collazos y la petición de que los herederos poseedores de dichos bienes relictos los devolvieran al actor, como legitimarios.

Fue esta omisión del Juez *a quo*, que dejó sin fallar esas cuestiones que estaban *sub-judice*, lo único que sirvió de fundamento al Tribunal para revocar y en su lugar devolver el expediente al funcionario de primer grado, con orden de decidirlas.

Salta a la vista que la decisión del Tribunal es injurídica y contraría la función propia que le corresponde como entidad falladora de segunda instancia, ya que en vista de la omisión injustificada del inferior, el Tribunal debió surtir en su totalidad el grado de apelación y entrar a resolver en el fondo tal recurso, en consonancia con todas las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Así lo preceptúan los artículos 471 y 482 del Código Judicial, sin que la cita que se hace de estas normas legales quiera decir que se les reconoce la calidad de disposi-

ciones sustantivas, ni que se consideren infringidas por algún concepto, a través de la causal primera del artículo 520, antes mencionado.

Porque precisamente para subsanar esa anomalía y ante la prohibición que tiene el Juez *a quo* de rectificar por sí mismo la decisión adoptada por él en una sentencia definitiva de grado, fue por lo que se interpuso el recurso de alzada ante el Tribunal, para que éste, con plena jurisdicción, haga las enmiendas del caso y decida en definitiva sobre todas las cuestiones propuestas, al tenor del debate probatorio y de la existencia de los derechos invocados.

Se deduce de lo expuesto que no debió abstenerse el Tribunal de decidir en la sentencia acusada sobre las peticiones incoadas, omisión que ha ocasionado que numerosas cuestiones fundamentales del debate no hayan sido estudiadas ni definidas por los dos falladores de instancia. Lo pertinente, para corregir esa anomalía, es infirmar la sentencia que es materia de este recurso y en su lugar disponer que el proceso vuelva al Tribunal, a efecto de que avoque el conocimiento del negocio y decida sobre la totalidad de las cuestiones que están *sub-judice*. (540).

Fallo.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 28 de noviembre de 1942 y en su lugar ordena devolver el expediente a dicha entidad falladora, para el debido cumplimiento de los fines antes anotados.

Sin costas.

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 Hinestrosa Daza, Hernán Salamanca.—Emilio Prieto, Oficial Mayor.

Acción petitoria de filiación natural.

En sinnúmero de fallos ha sostenido la Corte que en juicios sobre filiación natural la acción no puede prosperar sino en tanto que ella se ejercite durante la vida del padre, pero no muerto él.

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

Alicia López demandó a Leontina Zuluaga v. de Gómez y a Alfredo Gómez, para que se declarara que los menores Luz Dary y Mario Augusto López eran hijos naturales del señor Santiago Gómez Zuluaga y que por tanto se les reconociera como herederos de dicho señor Gómez.

El Juez falló reconociendo a los menores como hijos naturales de Santiago Gómez, declarando que tenían derecho a recibir los bienes de éste en la cuota que les corresponde de acuerdo con la ley.

Apelado el fallo anterior por la señora demandada, el Tribunal Superior de Buga lo confirmó en fallo de fecha diez de abril del año en curso y contra éste se interpuso el correspondiente recurso de casación, que fue concedido y que hoy se estudia por estar terminada su tramitación.

El recurrente aduce varios cargos contra el fallo del Tribunal y la Corte considera que el recurrente tiene razón al conceptuar que dicho fallo viola los artículos 401, 402 y 404 del Código Civil en armonía con el artículo 7º de la Ley 45 de 1936, puesto que admitió la demanda que ejercitaba la acción de reconocimiento de la paternidad después de muerto el presunto padre.

La Corte en sinnúmero de fallos ha sostenido la tesis que en juicios sobre filiación natural la acción no puede prosperar sino en tanto que ella se ejercite durante la vida del padre, pero no muerto él.

En apoyo de esta tesis se cita la sentencia proferida por esta Superioridad el 23 de mayo del corriente año *(Gaceta Judicial,* tomo 50, página 302), que dice:

"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 pretenso padre, contra sus herederos como continuadores de su persona jurídica. De estas dos tesis en que se ha dividido la opinión de la Sala, amplia 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 ésta 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, páginas 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 definido con razones importantes, fije con autoridad el sentido y alcance de la reforma en materia de filiación natural como 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 inequívoca, y hasta sugiriendo su contenido. Para la Sala de Casación Civil puede ser este un nuevo aspecto en su función de uniformar la jurisprudencia".

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

1º Infírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el diez de abril de mil novecientos cuarenta y tres.

2º Revócase la sentencia proferida por el Juez de primera instancia de fecha ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno.

3º Absuélvese a los demandados de todos los cargos de la demanda.

4º No se hace condenación en costas.

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

Acción petitoria de declaración de dominio de un terreno.

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

Luis Felipe Herrera solicitó del Gobernador del Departamento de Caldas, en 20 de mayo de 1935, se le adjudicara un lote de terreno baldío, denominado "Italia", situado en la fracción de "El Macho", en el Municipio de Pijao.

Sustanciándose ante el Gobernador las respectivas diligencias administrativas para la adjudicación del lote en mención, Jesús Antonio González se opuso a ella por ser colono cultivador de una parcela de terreno comprendida dentro del lote solicitado por Herrera en adjudicación.

El Gobernador en vista de esa oposición, y de acuerdo con el artículo 74 del Código Fiscal, remitió el expediente al Juez de Circuito de Calarcá para que las partes hicieran valer sus derechos ante el Poder Judicial.

El 17 de julio de 1936, el señor González formalizó su oposición demandando al señor Herrera para que por sentencia definitiva se hicieran estas declaraciones:

"a) Que soy dueño, a título de colono o cultivador, de las mejoras alindadas en el punto 2º de los hechos;

"b) Que como consecuencia de la anterior declaratoria, no se puede adjudicar al demandado Herrera, el terreno comprendido por la alinderación del punto 2º por tener yo mejor derecho a él como colono o cultivador;

"c) Que en consecuencia se declare la exclusión de dicho terreno del baldío denominado 'Italia' cuya adjudicación ha solicitado el demandado Herrera".

Subsidiariamente solicitó estas declaraciones:

"1ª Que soy dueño, a título de colono o cultivador, de las mejoras alinderadas en el punto segundo de los hechos;

"2ª Que en consecuencia, el demandado Herrera está en la obligación de pagarme el valor de tales mejoras, o sea la suma de tres mil pesos ($ 3.000.00) moneda legal en que las estimo, o el precio que se les fije pericialmente en el curso del debate".

El Juez del Circuito de Calarcá en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto ejecutivo número 59, reglamentario de la Ley 200 de 1936, remitió el negocio al señor Juez de Tierras de Pereira y ese Juzgado, en sentencia de 27 de septiembre de 1938, falló el pleito así:

"1º No se hacen las declaraciones pedidas en los apartes a), b) y c) del libelo de demanda;

"2º En consecuencia, no hay lugar a decidir sobre ningún derecho alegado por las partes, ni al pago de mejoras, por ahora;

"3º Envíese copia de este fallo al señor Gobernador del Departamento de Caldas, y

"4º Se condena en costas a Luis Felipe Herrera, en cuanto a la actuación administrativa en este negocio, en favor de la Nación".

El apoderado del demandado apeló del fallo para ante el Tribunal Superior de Pereira, y esta entidad resolvió la alzada en sentencia fechada el 2 de marzo del año en curso, incurriendo al par del Juzgado de Tierras en negligencia en el estudio del asunto, confirmando el fallo apelado en todas sus partes.

El Juez de Tierras fundó su sentencia en el hecho de que como el señor Herrera había solicitado la adjudicación de un lote baldío de 20 hectáreas y él constaba de 40, como apareció de la diligencia de inspección practicada por el mismo Juzgado, consideró que Herrera no tenía derecho a que se le adjudicara el lote de "Italia" y a consecuencia de esa argumentación no hizo las declaraciones pedidas por González en la respectiva demanda, porque si a Herrera no se le podía adjudicar el lote "Italia", era innecesario hacer las declaraciones pedidas por González, ya que carecían de objeto práctico. Esto es lo que hay que deducir de las razones expuestas por el Juez de Tierras en su respectivo proveído.

El Tribunal aceptó las razones expuestas por el Juez y confirmó el fallo.

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

Varios son los reparos que el recurrente le hace al proveído del Tribunal de Pereira, pero no se estudiarán todos porque la Corte encuentra fundadas algunas de las causales suficientes para infirmar totalmente el fallo, procedimiento éste permitido por el artículo 538 del Código Judicial.

Sostiene el recurrente que el Tribunal cometió un error de hecho en la interpretación de la demanda y que a su vez, incurrió en el segundo motivo de casación de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes.

Se justifican estos reparos porque como se ha visto el Tribunal decidió un punto extraño a la demanda, el de saber si Herrera tenía o nó derecho a que se le adjudicara el globo baldío "Italia", solución ésta que compete a la autoridad administrativa pero nó al juzgador judicial, puesto que esa petición no fue formulada en la demanda de oposición entablada por González, y si bien es cierto que el fallo del Juez de Tierras confirmado por el Tribunal, declara que no se hacen las peticiones de los numerales a), b) y c) del libelo, esa solución, basada como se ha visto, en que Herrera no tenía derecho a la adjudicación solicitada, no las resolvió de fondo y dejó en pie el problema jurídico planteado por González en su respectiva demanda de oposición, incidiendo, por tanto, en las causales atrás señaladas.

Justificados estos reparos habrá de casarse la sentencia del Tribunal, y para fundamentar la de instancia que dictará la Corte como juzgador de segundo grado, se asientan estas consideraciones:

El demandante acompañó para comprobar su acción, copia de la escritura número 19 de 13 de enero de 1936, por la cual le compró a José Rubén Triana unas mejoras en terrenos baldíos, situadas en la región de "Los Juanes" del Municipio de Pijao, mejoras que dice el demandante que son las que reclama por medio de esta acción judicial. En esta escritura se hizo constar que González las había comprado desde julio del año de 1935 y que desde esa fecha estaba en posesión de ellas.

Adviértese, como cosa de importancia en este asunto, que la escritura de venta de Triana a González, es posterior a la denuncia del terreno baldío hecha por Herrera y posterior también la fecha en que González entró a poseer materialmente esas mejoras, porque tanto la escritura en referencia como la tenencia material de González, se refieren a enero de 1936 y julio de 1935, respectivamente, fechas posteriores a la solicitud hecha por Herrera ante el Gobernador de Caldas para la adjudicación de un lote de terreno, que lleva fecha 20 de mayo de 1935.

Con las declaraciones de Lázaro Arango, José Tomás López, Martín Patiño y Manuel López, pretendió el demandante comprobar que las mejoras que hoy reclama fueron puestas por su vendedor Triana a sus expensas y que las cultivó y mejoró sin oposición de nadie hasta que las enajenó al señor González, pero estos testigos al ratificarse en sus declaraciones, y contrainterrogados, expusieron que no sabían si Triana había entrado a plantar esas mejoras como contratista o como colono cultivador y que no les constaba que el lote que ocupó Rubén Triana esté comprendido dentro del terreno que solicita en adjudicación Herrera. Aseguran que esas mejoras las plantó el señor Triana a sus expensas, pero no dan la razón de su dicho. De suerte que esas exposiciones, a juicio de la Sala, no son suficientes para comprobar que las mejoras que reclama González sean de su propiedad.

La prueba que pudiera desprenderse de la escritura de venta de Triana a González, sufre mengua al compararla con las pruebas acompañadas por el demandado de las cuales aparece que Herrera desde 1919, por escritura número 431, le compró al señor Rafael Herrera unas mejoras en el punto denominado "El Macho", de la jurisdicción de Pijao y que desde esa época hasta hoy las ha poseído y ensanchado con dineros propios.

En la diligencia de inspección ocular practicada por el señor Alcalde de Pijao en cumplimiento de la comisión conferida por el Gobernador del Departamento, aparece que el lote baldío denominado "Italia", cuya adjudicación solicita Herrera, estaba dentro de las condiciones que exige la ley fiscal para que pueda adjudicarse y que en él no existían colonos o cultivadores que pudieran reclamar lotes de terreno previamente cultivados por ellos. Esa diligencia se practicó en 19 de noviembre de 1935, en fecha posterior a aquella en la cual entró González, según la escritura número 19 ya citada, a disfrutar de las mejoras compradas a Triana. Esa diligencia de inspección conserva hoy toda su fuerza, de donde hay que concluir que cuando ella se practicó el señor González no ocupaba el terreno que reclama.

Aparece también de autos un documento suscrito en Pijao, a 26 de noviembre de 1933, por el cual Luis Felipe Herrera y Francisco Román celebraron un contrato para que este último sembrara en terrenos de Herrera sementeras de café y plátano, de las cuales disfrutaría Román por cierto tiempo, pasado el cual volverían a poder de Herrera pagándole éste las plantaciones establecidas, al precio señalado en el mismo contrato.

Es cierto que el demandante tacha ese documento por faltarle las correspondientes estampillas, pero así y todo, él refuerza la prueba testimonial presentada por Herrera para comprobar que José Rubén Triana, vendedor del lote que reclama González, entró al terreno denominado "Italia", nó por su propia cuenta y en su calidad de colono, sino en nombre y representación de Herrera, por cuanto los señores Román le cedieron a Triana el contrato que ellos habían celebrado con Herrera para el establecimiento en

ese globo de tierra, de sementeras de café y plátano. Así lo declaran los Romanes al absolver posiciones y así lo confirman varios testigos de la parte demandada.

Existen también en el proceso copias del juicio de lanzamiento establecido por Herrera contra Francisco Román, demanda que tiene fecha 6 de marzo de 1936, que se resolvió por sentencia de 19 de junio del mismo año decretando el lanzamiento de los arrendatarios demandados Francisco Román y Ricardo Angel Román, y al practicarse la diligencia de lanzamiento, en agosto del mismo año, el Juez 1º del Cicuito de Calarcá no encontró que en los terrenos mandados a entregar a Herrera hubiera otros colonos que los señores Francisco Román y Ricardo Angel Román, y sería cosa de llamar la atención, que si en la época del lanzamiento estaba González en posesión de mejoras en ese terreno de "Italia", no hubiera hecho valer sus derechos al practicarse la diligencia del lanzamiento.

Los testigos presentados por la parte demandada aseveran que Luis Felipe Herrera dio en arrendamiento a Francisco y Ricardo Román el lote de terreno relacionado en el punto 2º de los hechos de la demanda, que forma parte de la finca "Italia"; que los Román, de acuerdo con el contrato, pusieron en el lote arrendado plantaciones de café y plátano y que cedieron ese contrato a Rubén Triana quien más tarde se lo traspasó a Jesús Antonio González y que por ello les consta que Triana no trabajó en el lote como colono cultivador sino como subrogatario de los señores Román.

Con estas probanzas queda demostrado, a juicio de la Sala, que Luis Felipe Herrera poseyó como colono cultivador, de manera directa y por conducto de los contratistas Román la finca de "Italia" desde el año de 1919 en que se la compró al señor Rafael Herrera; que al identificarse el terreno por el Alcalde de Pijao en noviembre de 1935, no encontró ocupando ese terreno a ninguno otro colono cultivador; que al hacer el Juzgado de Calarcá entrega al señor Herrera del terreno ocupado por los Román el 6 de agosto de 1936, no encontró que González ocupara ninguna parcela del terreno que se le entregaba a Herrera y que Triana recibió el lote de terreno para cultivarlo por cuenta de Herrera.

La posesión de Herrera sobre todo el lote de "Italia" es muy anterior al título presentado por González, título que emana de Triana, pero queda demostrado que este señor no tenía el carácter de colono cultivador, sino que obraba como cesionario de los Román que a su turno eran arrendatarios del señor Herrera, de manera que la escritura aducida por González no puede prevalecer sobre la posesión de Herrera, anterior a ella, ya que Triana no podía transferir a González sino los derechos que tuviera, y se ha demostrado que no era colono cultivador sino cesionario de los Román arrendatarios de Herrera.

Por estas consideraciones, habrá de reformarse la sentencia de primera instancia, que no falló las peticiones aducidas en la demanda por González.

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 Infírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira el dos de marzo del año en curso.

2º No se hacen las declaraciones pedidas en las peticiones principal ni subsidiaria de la demanda y en consecuencia se absuelve a Luis Felipe Herrera de los cargos que por ese libelo le formó Jesús Antonio González.

3º Queda así reformada la sentencia del Juzgado de Tierras de Pereira proferida el veintisiete de septiembre de mil novecientos treinta y ocho.

4º No se hace condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

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

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

Acción petitoria de pago de perjuicios.—Culpa extracontractual. Perjuicios morales.—Responsabilidad delictual y cuasidelictual por hecho personal.—Responsabilidad por hecho de personas que están bajo dependencia de otra.—Responsabilidad por hecho ajeno.

1.—Las disposiciones de los artículos 593, 601, 632 y 670 del Código Judicial son meramente normativas, como por ejemplo la contenida en el artículo 471, y no son susceptibles por sí solas de dar base para que prospere un recurso de casación. Las disposiciones del mismo Código que tienen per se el carácter de sustantivas, como las referentes a pruebas, tampoco, por sí solas, pueden dar base para casar una sentencia sino que es preciso que de la infracción de una de esas disposiciones resulte infringida otra norma sustantiva, que, o no tuvo operancia o se aplicó o interpretó mal precisamente por no haberse aplicado o haberse aplicado erróneamente una disposición del Código Judicial. Cuando sólo se cita como violada la disposición del Código Judicial, pero sin hacer referencia a la otra norma sustantiva que queda desconocida por esa violación, el cargo resulta incompleto y entonces no puede prosperar, porque el juzgador no sabe cuál es la otra norma sustantiva que el recurrente estima violada y no puede proceder de oficio al respecto. Lo anterior no quiere decir ni significa que no existan disposiciones en el Código Judicial cuya invocación y, sin referirse a ninguna otra persona, puedan dar lugar en su caso a la casación de un fallo; tal es, por vía de ejemplo, el artículo 474 del Código Judicial, entre otros, y así lo acaba de aplicar y de resolver la Corte en sentencia de 26 de noviembre de 1943.

Mas en materia de disposiciones del Código Judicial sobre pruebas y en las meramente normativas, es preciso, cuando ellas se invocan en casación, la relación con otras normas. La anterior es la doctrina de la Corte sustentada en numerosos fallos. Un ejemplo aclara y pone en evidencia la doctrina de la Corte. Suponiendo que se tratara de un juicio de reivindicación no le bastaría al recurrente afirmar que se había violado el artículo 697 del Código Judicial, sustantivo, sino que esa violación debería hacerla incidir, por ejemplo, sobre el artículo 946 del Código Civil. En el caso del ejemplo propuesto podría decir el recurrente: al no estimarse dos declaraciones se violó el artículo 697 del Código Judicial y esa violación condujo a la no aplicación del artículo 946 del Código Civil.

2.—En el caso del artículo 2356 del Código Civil cuya interpretación y alcance ha fijado la Corte en varias sentencias, y por lo tocante a la culpa del demandado, la presunción opera contra él, en forma que basta al demandante probar que el daño se causó por motivo de una actividad peligrosa para que su autor quede bajo el peso de la presunción legal, de cuyo efecto indemnizatorio no puede libertársе sino en cuanto demuestre fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un elemento extraño. El hecho culposo de un tercero se asimila también a fuerza o elemento extraño, pero es necesario para que este fenómeno sea exculpatorio, que se reúnan ciertas circunstancias. La Corte se refirió a este punto en sentencia de 25 de noviembre de este año de 1943.

3.—La indemnización por perjuicios morales no tiene por fin acrecentar el patrimonio de la víctima, aunque a eso se llegue en ocasiones; y en la fijación de esos perjuicios existe siempre un extremo indefinido y vago, configurado por las contingencias del porvenir.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Sobre los siguientes hechos fundamenta el señor Manuel Olano su demanda contra la empresa de "Taxis Rojos" domiciliada en Bogotá y de que se hará referencia luégo.

A eso de las siete y media de la noche del 23 de julio de 1939, el expresado Olano fue atropellado violentamente por el automóvil 3320 de

propiedad de la empresa de "Taxis Rojos", y que estaba manejado por el chofer Víctor Granados; el hecho ocurrió antes de llegar a la esquina de la calle 16 con la carrera 13 de esta ciudad, al atravesar esta carrera de Occidente a Oriente. El atropello ocurrió cuando Olano atravesaba la carrera 13, fue arrollado por el automóvil, herido con el guarda-fango en la pierna derecha y a consecuencia del accidente sufrió la fractura del cráneo y la lesión del ojo izquierdo. Antes del accidente Olano gozaba de buena salud y a consecuencia de éste se vio obligado a guardar cama por un espacio mayor de tres meses sin poder trabajar.

El mencionado Manuel Olano demandó a la empresa "Taxis Rojos" representada por su Gerente para que ésta sea condenada a pagarle la suma de $ 6.000 como perjuicios sufridos a causa del accidente de que se ha hecho mérito. Suplica también los intereses legales sobre la suma de dinero a que fuere condenada la empresa y las costas del juicio.

En sentencia de 8 de marzo de 1941 proferida por el Juez 3º del Circuito en lo Civil de Bogotá, fue absuelta la compañía demandada. Apelado el fallo por la parte actora, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo revocó por sentencia de 30 de junio de 1942 y decidió en su lugar que la empresa de "Taxis Rojos" es responsable de los perjuicios causados al demandante, por motivo del accidente de que ya se ha hecho mérito y condenó a dicha empresa al pago de la suma de $ 870 moneda corriente en que los peritos estimaron los perjuicios materiales y resolvió que el monto de los perjuicios morales a que haya lugar se fijará al tiempo de ejecutarse la sentencia.

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de casación que tramitado debidamente pasa hoy a decidirse.

El Tribunal sobre la base de la existencia del accidente, y de la relación de causalidad entre aquél y el daño, y por aplicación de los artículos 2346 a 2349 del Código Civil, dedujo la condenación la cual dividió en dos partes: Por perjuicios materiales teniendo en cuenta lo acreditado al respecto en los autos y el dictamen pericial que fijó el monto en $ 870 y los perjuicios morales, a los cuales condenó también no obstrante que el mismo Tribunal reconoce que no están acreditados pero dice que deben estimarse en la ejecución de la sentencia.

Acusa la sentencia el recurrente por la primera causal consagrada por el artículo 520 del Código Judicial y divide su acusación en varios capítulos que deben estudiarse por separado.

En el primer capítulo acusa el fallo por violación del artículo 234 del Código Judicial; en el segundo, por violación de los artículos 471 y 481 ibídem y además por violación de los artículos 1613 y 1614 del Código Civil; en el capítulo cuarto por violación de los artículos 593, 601, 632 y 670 del Código Judicial.

La Corte se refiere a las acusaciones fundadas en las disposiciones del Código Judicial ya mencionadas y observa al respecto:

Las disposiciones del Código Judicial citadas, que son meramente normativas como por ejemplo la contenida en el artículo 471, no son susceptibles por sí solas de dar base para que prospere un recurso de casación. Las disposiciones del mismo Código, que tienen *per se* el carácter de sustantivas, como las referentes a pruebas, tampoco por sí solas pueden dar base para casar una sentencia sino que es preciso que de la infracción de una de esas disposiciones, resulte infringida otra norma sustantiva, que o no tuvo operancia o se aplicó o interpretó mal precisamente por no haberse aplicado o haberse aplicado erróneamente una disposición del Código Judicial. Cuando sólo se cita como violada la disposición del Código Judicial, pero sin hacer referencia a la otra norma sustantiva que queda desconocida por esa violación, el cargo resulta incompleto y entonces no puede prosperar, porque el juzgador no sabe cuál es la otra norma sustantiva que el recurrente estima violada y no puede proceder de oficio al respecto.

No quiere decir ni significa lo anterior, que no existan disposiciones en el Código Judicial, cuya sola invocación y sin referirse a ninguna otra norma, puedan dar lugar en su caso, a la casación de un fallo, tal es por vía de ejemplo el artículo 474 del Código Judicial, entre otros, y así lo acaba de aplicar y de resolver la Corte en sentencia de 26 de noviembre de 1943.

Mas en materia de disposiciones del Código Judicial sobre pruebas y en las meramente normativas, es preciso cuando ellas se invocan en casación, la relación con otras normas. La anterior es la doctrina de la Corte sustentada en numerosos fallos. Un ejemplo aclara y pone en evidencia la doctrina de la Corte. Suponiendo que se tratara de un juicio de reivindicación no le bastaría al recurrente afirmar que se había violado el artículo 697 del Código Judicial, sustantivo, sino que esa violación debería hacerla incidir, por ejemplo sobre el artículo 946 del Código Civil. En el caso del ejemplo propuesto podría decir el recurrente: Al no estimarse dos declaraciones, se violó el artículo 697 del Código Judicial y esa violación condujo a la no aplicación del artículo 946 del Código Civil.

Como en los capítulos a que ya se hizo mérito el recurrente se refiere a los artículos del Código Judicial que señala como violados pero sin relacionarlos con otras normas sustantivas, los cargos contenidos en ellos no pueden prosperar, no

dan base para una casación, por todo lo que ya se ha expuesto.

En los capítulos segundo y tercero el recurrente acusa la sentencia por violación de los artículos 1613, 1614, 2347 y 2357 del Código Civil.

Antes de entrar a considerar esos cargos, la Corte cree del caso tanto para aclarar el asunto, como tesis o doctrina, como también para evitar algunas confusiones al respecto en que parece incide el recurso, referirse a la jurisprudencia, a la doctrina y a los textos legales que configuran la culpa extracontractual y lo hace en los siguientes numerales:

1º Las normas que regulan la culpa extracontractual en el derecho colombiano (Título 34 del Libro 4º del Código Civil), son no sólo más numerosas y precisas sino más completas que las que regulan esa culpa en el Código Civil francés. Por eso las conclusiones que la doctrina colombiana ha derivado de la aplicación de aquellas normas, no pueden considerarse ni como una imitación ni menos como una copia de la doctrina francesa. En ésta algunas conclusiones al respecto proceden de la aplicación de principios generales únicamente, al paso que en Colombia proceden de la aplicación de textos expresos que no existen en el Código Civil francés.

2º El estudio y aplicación de textos tan claros como los contenidos en los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, llevaron a la Corte desde hace casi veinte años a la conclusión de que en la reparación por los daños inferidos a una persona, caben no sólo los perjuicios materiales sino los morales. En sentencia de 22 de agosto de 1924 *(Gaceta Judicial,* tomo XXXI, sentencia en que por primera vez se sentó la doctrina al respecto) dijo la Corte: "El artículo 2356 del Código Civil extiende la reparación a todo daño inferido a una persona por malicia o negligencia de otra, de manera que no puede limitarse su ordenamiento únicamente al daño patrimonial, o sea en lo que mira al derecho de propiedad respecto de los bienes pecuniarios, ya que ese derecho es sólo una parte del conjunto de elementos que integran la persona humana como sujeto de derecho..... Tratándose de estimar perjuicios que pueden llamarse morales, por no referirse a daño pecuniario en la hacienda o patrimonio del damnificado, se presenta el escollo de la cuantía por falta de unidad de medida para su apreciación; pero ello no es motivo para desconocer el derecho a la reparación, aun cuando ésta sea difícil o imposible."

La anterior doctrina ha sido seguida por la Corte desde entonces, sin disidencia de ninguna especie y no existe ninguna razón suficiente para modificarla. Se han dictado al respecto más de treinta fallos. La dificultad, como lo apuntó la Corte desde el principio, se halla en algunos casos en la determinación del *quantum* por la reparación del daño moral y al respecto la jurisprudencia ha sentado algunas normas, haciendo la distinción entre perjuicios objetivados y no objetivados, como puede verse entre otros en el fallo de 20 de octubre de 1942, en el juicio ordinario de Mario Ojeda contra José Ricardo Vejarano, aún no publicado en la *Gaceta Judicial.* El perjuicio moral proviene de un hecho ilícito que ofende, no los derechos patrimoniales ni la persona física sino la personalidad moral del damnificado hiriendo uno de sus intereses o bienes no económicos de los que integran el conjunto llamado patrimonio moral. El daño moral, como lo ha dicho la Corte (sentencia de 25 de noviembre postrero), se divide en dos maneras, perjuicios morales propiamente dichos, que son los que afectan la parte social del patrimonio moral, como los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales y perjuicios de afección que son los que hieren la parte afectiva del patrimonio moral, las convicciones y los sentimientos de amor dentro de las vinculaciones familiares, como la pérdida o el daño a personas queridas. Pero como dijo la Corte en sentencia de 20 de junio de 1941 *(Gaceta Judicial,* tomo LI, página 300), "en todo juicio de responsabilidad extracontractual es indispensable demostrar plenamente la existencia de un perjuicio cierto y personal, cualquiera que sea la naturaleza jurídica del que se demande, para tener derecho a la reparación pretendida, porque en materia civil todo ha de ser pedido con interés legítimo probado y alegado, según el viejo principio".

3º Un estudio prolijo, detenido y meditado, llevó a esta Corte a hacer una fundamental distinción entre los textos que forman el Título 34 mencionado, en su sentencia de 12 de mayo de 1939 *(Gaceta Judicial,* tomo XLVIII, número 1947, páginas 23 a 31). Las disposiciones de dicho Título pueden dividirse en tres grupos: el primero constituido por los artículos 2341 y 2345 que contienen los principios generales de la responsabilidad delictual y cuasidelictual del hecho personal; el segundo formado por los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352 que regulan lo relativo a la misma responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otra, y el tercero que comprende los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356 que se refieren a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas o inanimadas. Explicando esa distinción dijo la Corte en dicha sentencia "cada uno de estos tres grupos contempla situaciones distintas e inconfundibles, de manera que no es posible, por ejemplo, resolver problemas relativos al tercer grupo con las normas del se-

gundo. El dominio de la responsabilidad por el hecho de otro como el de la responsabilidad por el hecho de las cosas, es de carácter excepcional. El derecho común de la responsabilidad está contenido en las reglas que gobiernan el primer punto. Pero fuera de esta responsabilidad directa, hay otra que no por indirecta es menos eficaz, en virtud de la cual estamos obligados a responder del hecho dañoso de las personas que están bajo nuestra dependencia o de las cosas animadas o inanimadas cuya guarda o custodia nos compete. Esta ya es una responsabilidad de carácter excepcional, porque no proviene inmediatamente del acto personal del interesado, sino de presunciones de culpa que la ley establece contra el responsable, culpa que consiste en una falta de vigilancia o en una mala elección".

4º Antecedente de la anterior doctrina, es el fallo de 14 de marzo de 1938 *(Gaceta Judicial* número 1938, tomo XLVI, páginas 221 y siguientes), que no sólo señaló la distinción entre los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, sino que concluyó que si por regla general la carga de la prueba en materia extracontractual corresponde al demandante, por excepción, como cuando se trata de la responsabilidad por el hecho ajeno de personas sometidas a la dependencia de otras o por el daño de las cosas inanimadas que están bajo el cuidado de los hombres, la prueba se desplaza del demandante para recaer sobre el demandado por la presunción de culpa que establece la ley en varios textos como en los artículos 2346 y 2356 del Código Civil. En el fallo mencionado dijo la Corte: "La presunción de inocencia a favor de todo imputado y de la buena fe en pro del poseedor, implican, como toda presunción, la carga de la prueba en contrario. No es excepción al principio que informa las disposiciones legales a que aquí se alude la que hace responsable de la pérdida del cuerpo cierto a quien debe su entrega, puesto que está obligado a conservarlo hasta que la haga, y, por ende a poner en ello la diligencia y cuidado correspondientes según la naturaleza o estipulaciones del respectivo contrato o las pertinentes disposiciones legales. A este mismo principio, determinante de lo que sucede en los ejemplos que brevemente acaban de invocarse, obedece el artículo 2341 del Código Civil, según el cual la obligación de indemnizar en él mismo impuesta recae sobre el que ha cometido un delito o culpa; tal su categórica redacción. El artículo 2356 ibídem (que no se halla en el Código francés, observa hoy la Corte) que mal puede reputarse como repetición de aquél ni interpretarse en forma que sería absurda si a tanto equivaliese, contempla una situación distinta y la regula, naturalmente, como a esta diferencia corresponde. Así es de hallarse desde luégo en vista de su redacción y así lo persuaden, a mayor abundamiento, los ejemplos que aduce o plantea para su mejor inteligencia, a manera de que casos que especialmente se debe reparar el daño a que esta disposición legal se refiere, que es, todo el que 'puede imputarse a malicia o negligencia de otra persona'. Exige, pues, tan sólo que el daño pueda imputarse. Esta es única exigencia como base o causa o fuente de la obligación..... Entendido de la manera aquí expuesta nuestro artículo 2356 tántas veces citado, se tiene que al autor de un hecho no basta alegar que no tuvo culpa ni puede con esta alegación ponerse a esperar que el damnificado la compruebe, sino que para excepcionar eficazmente ha de destruir la referida presunción demostrando uno al menos de estos tres factores: caso fortuito, fuerza mayor o intervención de un elemento extraño".

5º En los casos de los artículos 2346 a 2349 del Código Civil, existe la responsabilidad del padre de familia, en el marido, en los directores de colegio, en los amos o patrones por las personas que están bajo su dependencia o cuidado, y esa responsabilidad no se puede desvirtuar sino demostrando que no se les puede imputar negligencia o descuido o que el daño causado por sus subordinados se realizó cuando no estaban bajo su custodia.

6º La doctrina de la guarda jurídica, con carácter de ilimitada y en tratándose de actividades peligrosas, ejercitadas por terceros, que no son dueños o subordinados de la máquina que causa el accidente, no ha sido aceptada irrestrictamente por la Corte, porque además que desemboca en la teoría del riesgo, que tampoco ha sido aceptada por esta corporación, como puede verse entre otros en el fallo de 18 de noviembre de 1940 *(Gaceta Judicial;* tomo L, números 1964 y 1965, página 437), nuestro Código Civil no la considera, lo que no pasa en el Código Civil francés. (Sentencia de 17 de noviembre de 1943).

7º En el caso del artículo 2356 del Código Civil cuya interpretación y alcance ha fijado esta Corte en varias sentencias, y por lo que hace a la culpa del demandado, la presunción opera contra él, en forma que basta al demandante probar que el daño se causó por motivo de una actividad peligrosa para que su autor quede bajo el peso de la presunción legal, de cuyo efecto indemnizatorio no puede libertarse sino en cuanto demuestre fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un elemento extraño. El hecho culposo de un tercero se asimila también a fuerza o elemento extraño, pero es necesario para que este fenómeno sea exculpatorio, que se reúnan ciertas circunstancias. La Corte en sentencia de 25 de noviembre en curso, acaba de referirse, con toda claridad, a este punto, y dada su im-

portancia se transcribe en seguida lo pertinente de ese fallo:

"Jurídicamente no es cualquier hecho e intervención de tercero lo que constituye la causa de exoneración de responsabilidad; es necesario, entre otras condiciones, que el hecho del tercero aparezca evidentemente vinculado por una relación de causalidad exclusiva e inmediata con el daño causado, caso en el cual la responsabilidad, anexa a la noción de culpa, se desplaza del autor del daño hacia el tercero en seguimiento de la causalidad que es uno de los elementos jurídicos esenciales integrantes de la responsabilidad civil. Cuando el hecho del tercero no es la causa determinante del daño no incide en ninguna forma sobre el problema de la responsabilidad. Los tratadistas ilustran la teoría de esa causal eximente de responsabilidad con estos ejemplos que facilitan su aplicación práctica: una persona empuja a otra y ésta rompe una vitrina; un sujeto empuja a una persona al paso de un automóvil y la hace atropellar; un auto choca contra otro y éste, a consecuencia del impulso que recibe, lesiona a una persona.

"No hay duda en cualquiera de estos casos de la capacidad exonerativa que corresponde a la intervención del tercero, porque claramente se ve como causa exclusiva del perjuicio. Pero distinta es la situación que presenta cuando la culpa de un tercero interviene en la realización del daño, no como causa exclusiva sino en concurrencia con la culpa del demandado. La solución para estos casos, como la lógica jurídica y la doctrina de los expositores lo indican, es la de que la víctima puede demandar al autor del daño la reparación integral. (Gény, Mazeaud, Lalou). Este último en su tratado de la Responsabilidad Civil (página 181), al resolver la cuestión de si el hecho de tercero puede llegar a exonerar de responsabilidad como ocurre con la fuerza mayor, dice: 'Desde luégo hay que excluír el caso en que el hecho de un tercero no es la causa exclusiva de la culpa del demandado en acción de responsabilidad. En tal caso el demandado que por su culpa ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo sin que pueda alegar en el juicio con la víctima como motivo de exoneración ni siquiera parcial la coexistencia de una culpa imputable a una persona distinta' ".

7º Las acciones por indemnización de delitos y culpa a que se refiere el Título 34 del Código Civil, excluyen toda relación jurídico-contractual preexistente, y eso caracteriza la culpa aquiliana, así como la contractual está caracterizada por la existencia de tal vínculo o relación. No pueden pues confundirse ni involucrarse estas dos acciones, de manera que cuando pretende deducirse la culpa contractual, por el incumplimiento de un contrato, las disposiciones del Título 34 citado no son pertinentes ni tienen operancia.

8º Cuando se pronuncia una sentencia condenatoria por culpa extracontractual, el demandado es condenado a la indemnización de perjuicios, que se hayan acreditado y la condenación puede ser *in abstracto*, dejando para la ejecución del fallo la determinación del monto, pero sobre la base de que la existencia de los perjuicios se demostró en el respectivo juicio ordinario. De esa indemnización hablan los artículos 2341, 2342, 2347 y 2356 entre otros, del Título 34 mencionado y aunque algunas de esas normas no emplean el término sacramental *indemnización*, es claro que hay siempre lugar a ésta. El legislador en algunas de esas normas ha empleado el término *reparación del daño*, que equivale a indemnización por los perjuicios causados y esa indemnización comprende los dos elementos que la integran de acuerdo con los artículos 1613 y 1614 del Código Civil. El daño causado, el perjuicio, es la causa eficiente de la indemnización.

Sentadas las anteriores premisas pasa la Corte a estudiar la verdadera cuestión de fondo planteada en el recurso cual es la violación de los artículos 2347 y 2357 del Código Civil que según se desprende del recurso es doble, a saber: El recurrente sostiene que está demostrada la exoneración de responsabilidad de la parte demandada, tanto porque ésta no incidió en culpa *in eligendo*, como porque el demandante se expuso por un error de conducta al accidente de que fue víctima. Sostiene asimismo, y más bien de una manera subsidiaria que esas normas fueron quebrantadas en cuanto el fallador de Bogotá condenó al pago de perjuicios morales que no fueron ni demandados ni menos acreditados en el proceso.

La Corte considera: Son extremos indiscutibles y plenamente acreditados en este proceso los siguientes: que el demandante Manuel Olano fue atropellado por un automóvil de propiedad de la empresa de los "Taxis Rojos". Que como consecuencia de ese atropello sufrió Olano graves lesiones y que el chofer que manejaba el auto era el día del accidente, subordinado o dependiente a la empresa mencionada.

De lo anterior se desprende que de acuerdo con el texto del artículo 2347 del Código Civil la empresa de "Taxis Rojos" es responsable del hecho del chofer, que manejaba el auto y que causó el accidente. Muy claramente enseña esa norma que los empresarios responden por el hecho de sus dependientes.

Pero esa responsabilidad puede quedar desvirtuada si se demuestra que la empresa no obstante su cuidado no pudo evitar el accidente, o

si se demuestra fuerza mayor, caso fortuito o la intervención de un elemento extraño, que puede ser la misma culpa de la víctima.

Este último extremo es el que se ha aducido como defensa, aseverando que Manuel Olano estaba embriagado cuando atravesó la carrera 13 y que por esa causa, por haber perdido el control, fue atropellado por el automóvil.

Esta aseveración no está plenamente demostrada en los autos por lo que sigue: Una vez acaecido el accidente el 23 de julio de 1939 fueron a la Permanencia de la Policía Nacional el chofer y la víctima señor Olano y previo reconocimiento de éste el Juez de Permanencia dirigió un informe al Inspector 3º de Circulación dándole cuenta del accidente, aseverando que Olano se hallaba en estado de embriaguez y que las heridas que le causó el atropello no son de gravedad, según dictamen del Practicante de Turno y que como se pudo constatar que el chofer no tuvo ninguna culpa, ni siquiera se le detuvo.

Este informe es de todo punto errado y el Tribunal con mucha razón apunta que ese primer examen clínico fue superficial, lo que es exacto porque el 24 de julio de 1939, el facultativo doctor Aquilino Soto, en vista del resultado del reconocimiento radiológico del cráneo del paciente, informó que las placas mostraban la existencia de una fractura muy extensa en la bóveda craneana, en la región fronto-temporal izquierda, fractura que quizás se extienda a la bóveda del cráneo; presenta deficiencias visuales muy acentuadas en ambos ojos. Este dictamen fue confirmado por la Oficina Central de Medicina Legal de Bogotá donde fue reconocido Olano y donde se dio el siguiente dictamen: "..... Presenta equimosis de los párpados del ojo derecho. Según la radiografía del cráneo en el sentido lateral tiene una fractura angular que interesa los huesos frontal y temporal del lado izquierdo y en el frontal los huesos de la órbita. Por la radiografía antero-posterior se aprecia una fractura vertical del occipital. En la región posterior de la pierna derecha y en su tercio superior, una erosión de la piel de seis centímetros de longitud. En la región ilíaca izquierda una amplia equimosis; en el dorso de la mano izquierda, pequeñas erosiones diseminadas. Estas lesiones son consecuencia de un traumatismo y le producirán cuarenta y cinco días (45) de incapacidad, contados desde el veintitrés (23) de julio pasado, con tratamiento adecuado y sin complicaciones".

Los anteriores dictámenes desvirtúan por lo tanto completamente el primitivo reconocimiento y dictamen hecho a Olano en el Juzgado Permanente de Policía.

Si esto sucedió con una cuestión técnica y científica, también acaeció con una cuestión de hecho o sea la embriaguez de Olano, mero concepto de ese Juzgado y al cual no se le puede dar ningún valor probatorio pues entre otras cosas está plenamente desvirtuado por una serie de testimonios que acreditan que Olano se hallaba en su sano juicio. Además, es inexplicable que habiendo salido Olano de una casa donde estaba de visita con su familia, y donde se hallaba en perfecto estado, se hubiera embriagado en el curso de unas tres o cuatro cuadras, distancia que mediaba entre la casa y el sitio del atropello, cosa sorprendente, porque no está demostrado que Olano se hubiera demorado durante ese tránsito, para tomar licor.

No hubo pues error manifiesto de hecho del Tribunal en la apreciación de las pruebas al respecto, de donde se deduce que por este aspecto no hubo violación de los artículos 2347 y 2357 del Código Civil, por cuanto no está demostrado el error de conducta de Olano. El efecto de la exculpabilidad, por ese concepto, no está acreditado y entonces rige la regla general que consagra el primer inciso del artículo 2347.

Por el hecho de que la Compañía demandada tome datos, antecedentes y se cerciore de la competencia y demás circunstancias de los choferes que están a sus órdenes y servicio, no queda exenta de responsabilidad porque por una parte las empresas en que se ejercitan actividades peligrosas la llevan anexa y por la otra tal responsabilidad sólo queda desvirtuada y sin trascendencia como hecho culposo que dé lugar a la indemnización de perjuicios, cuando se acredita alguna de las causas exculpativas de que se ha hecho mérito.

El actor pidió en su demanda la condenación a perjuicios, contra la Compañía sin hacer distinción entre morales y materiales. Se practicó el dictamen pericial al respecto, unánime, muy fundado por cierto y de acuerdo con los elementos probatorios que existen en los autos. De ese dictamen que corre a los folios 7 a 9 vuelto del cuaderno número 7 aparece que los peritos avaluaron los perjuicios ocasionados a Olano por el accidente en la suma de ochocientos setenta pesos que dividieron así: gastos hechos por Olano por asistencia médica, medicinas y radiografías, $ 300; lo que dejó de ganar en tres meses de incapacidad, $ 300; lucro cesante por incapacidad parcial durante nueve meses, $ 270. Este dictamen fue puesto en conocimiento de las partes y no objetado.

Pero fuera de estos perjuicios, plenamente acreditados, el Tribunal consideró que existen perjuicios morales separadamente y ordenó que se fijaran al tiempo de ejecutarse la sentencia.

La anterior conclusión es inaceptable por cuanto si es cierto que el monto de unos perjuicios puede fijarse por el procedimiento de que

trata el artículo 553 del Código Judicial, también lo es que esa fijación no procede sino cuando en la sentencia se ha hecho la condenación a perjuicios *in abstracto* y esa condenación no procede nunca sino cuando en el juicio ordinario se ha demostrado la existencia de esos perjuicios, aun cuando no se haya acreditado la cuantía.

En el caso de este pleito ni esos perjuicios morales se demostraron ni el demandante alegó nada sobre el particular, ni objetó el dictamen, en el cual como se ha dicho, los peritos tuvieron en cuenta los elementos probatorios existentes al respecto en los autos.

La tesis del Tribunal llevaría a la consecuencia inadmisible de que dentro del procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, puede discutirse la existencia de unos perjuicios que no se demostraron en el juicio a que puede dar lugar tal procedimiento. La indemnización por perjuicios a que se refieren los artículos 2347, 2356 y 2357 del Código Civil, debe recaer sobre los que se hayan demostrado, por lo menos *in abstracto,* en el juicio donde se ejercita alguna de las acciones a que se refiere el Título 34 citado.

Es cierto que el Tribunal halló algunas deficiencias en el haz probatorio, pero esto, por lo que el mismo fallador explica, no es causa para inhibir de responsabilidad a la Compañía demandada.

El cargo que al respecto hace el recurrente, es por lo tanto fundado, lo cual lleva a la casación parcial de la sentencia en el sentido de suprimir la condenación a que se refiere el numeral 4º de la sentencia y de modificar el numeral 3º en el sentido de que el pago de los $ 870 cubre el valor de la indemnización que se debe pagar a Olano por todo concepto.

El Tribunal se refirió al artículo 306 del Código de Comercio, referencia improcedente, porque se trata de la culpa extracontractual y no de la contractual y ya se explicó que esos dos conceptos y esas dos acciones no pueden involucrarse ni confundirse.

El reparo pues que el recurrente hace al fallo, sobre el particular, reparo que hizo también el Magistrado disidente, es fundado, pero no es motivo para casar la sentencia, porque dicho fallo se apoya principalmente en los artículos 2347 y 2357 del Código Civil, y ya se vio que la acusación en casación no prospera hasta el extremo de llegar a una decisión absolutoria.

Finalmente, y en relación con el memorial que el recurrente presentó el 29 del pasado mes, la Corte observa: Para esta corporación no es desconocida la sentencia de la Sala de Negocios Generales, a que alude el recurrente. Dicha Sala sigue al respecto la doctrina sentada por la Corte, especialmente en la sentencia de 20 de octubre de 1942, en el juicio ordinario de Mario Ojeda contra José Ricardo Vejarano, ya citada anteriormente y de que fue ponente el mismo Magistrado que tiene hoy la ponencia de este asunto. Se dijo en ese fallo que la indemnización por perjuicios morales no tiene por finalidad acrecentar el patrimonio de la víctima, aunque a eso se llegue en ocasiones y que en la fijación de esos perjuicios, existe siempre un extremo indefinido y vago, configurado por las contingencias del porvenir.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia recurrida, *revoca* la de primer grado y *falla* en definitiva este pleito, en la siguiente forma:

1º Declárase que la empresa de "Taxis Rojos, S. A." es responsable civilmente de los perjuicios causados al demandante Manuel Olano con el automóvil número 3222, de propiedad de aquélla, en el accidente ocurrido el veintitrés de julio de mil novecientos treinta y nueve, en la carrera 13 con la calle 16 de esta ciudad;

2º Condénase a dicha empresa a pagar al demandante Manuel Olano, tres días después de ejecutoriado el auto de obedecimiento y cumplimiento que debe dictar el Juez *a quo* en virtud de este fallo, la suma de ochocientos setenta pesos ($ 870) moneda corriente, como indemnización total y definitiva en concepto de toda clase de perjuicios que sufrió Olano con el accidente de que se ha hecho mérito;

3º Se niegan las demás peticiones de la demanda;

4º 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.

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



Oposición a un deslinde.-Técnica del recurso de casación.-Causal 2ª.

El recurso de casación, instituído en interés público de la ley para reparar los errores en que incurran los Tribunales acerca de su verdadero concepto y contenido, está sujeto por razones derivadas de la naturaleza especial y extraordinaria de este medio procesal, a una sistematización legal técnica ya en lo que se refiere a las sentencias sometidas al recurso, a su interpretación y concesión, a las causales por las cuales procede, a su admisión, sustanciación y sentencia. A cada causal corresponde un mecanismo especial que impone una técnica precisa en la forma de acusación de la sentencia. No basta que la Corte haya admitido el recurso para que con base en cualquier reparo sobre la legalidad de la sentencia pueda reabrir el estudio de las cuestiones controvertidas en el juicio como si se tratara de una nueva instancia judicial. Si se acusa el fallo del Tribunal con apoyo en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, es indispensable, con el objeto de dar lugar y base al estudio de la Sala de Casación, que se citen en la demanda fundamental del recurso los textos legales que el recurrente estime infringidos y el concepto en que los considere quebrantados. La enunciación y cita de los textos de la ley es requisito esencial cuando se usa la causal primera. Varias ocasiones ha habido en que la Corte, procediendo con amplitud de criterio, ha ordenado y destacado, no obstante la defectuosa composición del libelo, el pensamiento confuso del recurrente para configurarlo conceptualmente en torno de las disposiciones sustantivas cuyo quebranto da lugar a la casación, pero contando siempre con la condición imprescindible de la cita de las disposiciones pertinentes.

La causal 2ª, fundada en la inconsonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, ya porque resuelva sobre puntos que no han sido objeto de la controversia o se deje de resolver alguno de los que han sido, se condene a más de lo pedido o no se falle sobre alguna de las excepciones perentorias alegadas, si fue el caso de hacerlo, está destinada a evitar fallos sorpresivos para alguna de las partes garantizando el principio de que la sentencia definitiva ha de recaer sobre la acción deducida en juicio y ha de pronunciarse únicamente sobre la cantidad, cosa o hecho que se demanda. Tratándose de juicios de deslinde, cuando las partes no se conforman con la línea divisoria fijada, surge un juicio ordinario promovido por el colindante que se considera agraviado, con el objeto de discutir por sus trámites amplios y en contradicción probatoria si la demarcación fijada en el deslinde tiene fundamento o si no qué línea debe prevalecer entre las heredades. La sentencia que finalice el juicio puede adoptar la línea propugnada por una u otra parte, la fijada en la diligencia de apeo o una distinta de acuerdo con las pruebas producidas. En estas condiciones es muy difícil que pueda operar en sentencias producidas en esta especie de juicios la causal de incongruencia. Sin embargo, la jurisprudencia ha aceptado la procedencia de este motivo para casos en que aparezca de modo manifiesto e inequívoco que la línea de separación de los predios limítrofes es vaga o incompleta, porque entonces puede decirse que existe inconsonancia entre lo pedido, que es el alindamiento cierto y completo, y lo fallado, en que hay falta de demarcación precisa o adecuada. Pero siendo siempre y por esencia la determinación de los términos prediales una cuestión de hecho que se dilucida y decide con apreciación y confrontación de pruebas, es indispensable, para poner a la vista la discontinuidad o imprecisión de la raya divisoria, que se citen ante la Corte en razonamientos documentados los elementos probatorios de donde pueda deducirse evidentemente que la línea de deslinde adoptada en el fallo adolece de alguno de los anotados defectos. Sin este análisis demostrativo, con las solas afirmaciones de contradicción que formule el recurrente y en presencia de la descripción literal de unos límites, es imposible destruír el imperio de una decisión de instancia pronunciada por jueces que han tenido bajo sus ojos la realidad geográfica de los predios y que han sido asistidos en su labor demarcadora por el concepto de peritos y el testimonio de numerosas personas.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

En libelo fechado el 28 de julio de 1924 y dirigido al Juzgado Civil del Circuito de Popayán, José María Iragorri, por medio de apoderado, demandó a José, Alfredo, Clelia, Josefina y Tulia Canencio para que mediante los trámites del juicio especial de deslinde se señalara judicialmente la línea divisoria entre los predios de Sotará, de propiedad del actor, y Piedra de León, del dominio de los demandados.

Después de múltiples incidentes de actuación que han prolongado excesivamente la duración de este juicio, producidos por el cambio de leyes de procedimiento que durante su secuela han ocurrido y cuya mención no es necesaria para los efectos de esta decisión, por auto del 14 de noviembre de 1938 el Juzgado del conocimiento señaló día para que se llevara a efecto la diligencia de apeo, verificada el 24 de enero de 1939 con intervención de peritos y el lleno de todas las formalidades que prescribe la ley, en la cual se fijó la línea divisoria de los predios y se señalaron los mojones correspondientes.

Se opusieron los demandados a este deslinde y en virtud de esta oposición se ha seguido este juicio ordinario en que ellos han figurado como demandantes para impugnar el deslinde adoptado en la diligencia del 24 de enero. Agotada la tramitación legal del primer grado, el Juzgado del Circuito profirió sentencia el 7 de mayo de 1941, en la cual se "declara en firme el deslinde practicado por este Juzgado el 24 de enero de 1939, por medio del cual se fijó en la parte disputada esta línea divisoria entre las haciendas de Sotará y Piedra de León: "....la quebrada que desemboca en la margen izquierda del río Cauca, frente a una gran piedra situada en la margen derecha del mismo río, donde descansa un puente que da paso a los transeúntes de la región, siguiendo la tal quebrada hasta su nacimiento en las faldas del cerro de Peñas Blancas y de allí en línea recta, al pico más alto de dicho cerro. La desembocadura de la quebrada con que se comenzó a trazar este lindero está poco distante, aguas abajo, del punto donde río Negro desemboca a Cauca y queda frente al lote del Convenio, de propiedad de los herederos del señor Ignacio Muñoz C., donde Gonzalo Muñoz tiene unas mejoras conocidas con el nombre de El Semillero. Mojones: la gran piedra situada junto a la desembocadura de la quebrada; el curso de esta quebrada hasta su nacimiento y el pico más alto de Peñas Blancas".

Recurrido en apelación este fallo del Juzgado por el apoderado de la parte demandante, se surtió la segunda instancia del juicio ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán que la decidió en sentencia del 19 de diciembre de 1942, en la cual, después de un minucioso estudio de pruebas, modificó la línea divisoria entre las heredades de Sotará y Piedra de León en la forma siguiente: "La que partiendo del punto más alto de la cima de Peñas Blancas vaya en línea recta a encontrar el nacimiento de la quebrada o Chorrera de Sotará, que nace en las faldas del páramo de Sotará, teniendo como nacimiento la vertiente más alta y teniendo también como quebrada o Chorrera de Sotará la que desagua en el río Cauca en los llanos de Paletará, cerca de la casa de esta hacienda y de ese nacimiento, aguas abajo dicha Chorrera, hasta su desembocadura en el río Cauca."

El recurso.

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia y en la debida oportunidad interpuso la parte demandada el recurso de casación que hoy se decide por estar legalmente preparado.

Dice fundar su acusación el recurrente en los motivos 1º, 2º, 3º y 6º de los que enumera el artículo 520 del Código Judicial, esto es, ser la sentencia violatoria de ley sustantiva en todas las formas previstas por la citada disposición; no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes; contener en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias, y haberse incurrido en la causal de nulidad que señala el artículo 448 del Código Judicial, en su ordinal 3º.

Es la demanda de casación un conjunto confuso de consideraciones y razonamientos generales destinados a combatir la línea divisoria fijada en la sentencia por no corresponder a la realidad geográfica, pero consignados sin el orden y la separación necesarios que la ley orgánica establece como requisitos técnicos a que debe someterse el planteamiento de este recurso extraordinario ante la Corte. "La demanda de casación —dice el artículo 521 del Código Judicial— debe contener un resumen de los hechos materia de la controversia, y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando los textos legales que el recurrente estime infringidos. Si son varias las causales del recurso, se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada uno."

La falta de acomodación a esta exigencia legal dificulta el estudio de los cargos por la indiscriminación de sus fundamentos. Lo mejor será, en estas condiciones, considerar la sentencia acusada, dentro de la naturaleza y limitaciones de

cada una de las causales alegadas, para ver si alguna de las dispersas acusaciones del libelo ofrece apoyo al recurso.

Violación de ley sustantiva.—Bien sabido es que el recurso de casación, instituido en interés público de la ley para reparar los errores en que incurran los Tribunales acerca de su verdadero concepto y contenido, está sujeto por razones derivadas de la naturaleza especial y extraordinaria de este medio procesal, a una sistematización legal técnica ya en lo que se refiere a las sentencias sometidas al recurso, a su interposición y concesión, a las causales por las cuales procede, a su admisión, sustanciación y sentencia. A cada causal corresponde un mecanismo especial que impone una técnica precisa en la forma de acusación de la sentencia. No basta que la Corte haya admitido el recurso para que con base en cualquier reparo sobre la legalidad de la sentencia pueda reabrir el estudio de las cuestiones controvertidas en el juicio como si se tratara de una nueva instancia judicial. Si se acusa el fallo del Tribunal con apoyo en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, es indispensable, con el objeto de dar lugar y base al estudio de la Sala de Casación, que se citen en la demanda fundamental del recurso los textos legales que el recurrente estime infringidos y el concepto en que los considere quebrantados. La enunciación y cita de los textos de la ley es requisito esencial cuando se usa la causal primera.

Varias ocasiones ha habido en que la Corte, procediendo con amplitud de criterio, ha ordenado y destacado no obstante la defectuosa composición del libelo el pensamiento confuso del recurrente para configurarlo conceptualmente en torno de las disposiciones sustantivas cuyo quebranto da lugar a la casación, pero contando siempre con la condición imprescindible de la cita de las disposiciones pertinentes. Pero en el caso presente la Sala no puede entrar en el examen de la sentencia acusada, por lo que hace a la causal primera, porque la demanda de casación no cita ni señala ni una sola disposición de la ley sustantiva cuyo imperio pudiera confrontarse con el fallo acusado.

No es impertinente insistir sobre la importancia de estas normas de tecnicismo del recurso recordando lo que tántas veces se ha dicho al respecto y que hoy se copia de páginas 499 a 500 del Tomo XLIX de la *Gaceta Judicial:*

"En cuanto a la técnica de casación y especialmente en lo que se refiere al motivo primero del artículo 520 del Código Judicial, se parte de la base de que en una demanda de casación se enfrentan la sentencia y la ley, y de la confrontación entre esos dos extremos se llega o nó a la infirmación del fallo. Por eso cuando se acusa la sentencia por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea de los textos sustantivos, deben citarse éstos, para que así el juzgador sepa cuál es ese segundo factor de la confrontación. Se ha llegado a concluír que lo esencial es la cita del artículo o artículos violados aun cuando el concepto al citarlos no coincida en toda su extensión con el precepto indicado, y esto porque el principio básico de la casación, unificación de la jurisprudencia nacional, obliga a la Corte a estudiar el texto o textos que la demanda señala como violados por la sentencia, por mal interpretados, mal aplicados o dejados de aplicar por ésta.

"Cuando la acusación se funda en apreciación errónea, o falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que al concepto, al motivo, se añadan la disposición o disposiciones sustantivas violadas. No basta en este caso la mera enunciación conceptual, sino que es necesaria la cita legal pertinente, porque la acusación por el concepto, marca el camino de la Corte para el estudio y le circunscribe el motivo, pero está inhibida para llegar hasta el fin, si no encuentra el factor de confrontación, la cita legal, que debe hacer el recurrente para entonces comparar el texto sustantivo señalado como infringido, por algún motivo, con el fallo recurrido. Y ni aun así puede prosperar un recurso de casación si el error de hecho no aparece de manifiesto en los autos, puesto que no es en el caso que se contempla, cualquier error cometido por el Tribunal, el que lleva a casación, sino aquél que sea patente y que haya determinado o sea determinante de la violación de una disposición sustantiva por la falta de apreciación o la mala apreciación de una prueba."

Por lo expuesto, se rechaza la acusación por el motivo primero.

Causal segunda.—Esta causal, fundada en la inconsonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, ya porque resuelva sobre puntos que no han sido objeto de la controversia o se deje de resolver alguno de los que han sido, se condene a más de lo pedido o no se falle sobre alguna de las excepciones perentorias alegadas, si fuere el caso de hacerlo, está destinada a evitar fallos sorpresivos para alguna de las partes, garantizando el principio de que la sentencia definitiva ha de recaer sobre la acción deducida en juicio y ha de pronunciarse únicamente sobre la cantidad, cosa o hecho que se demanda.

Tratándose de juicios de deslinde, cuando las partes no se conforman con la línea divisoria fijada, surge un juicio ordinario promovido por el colindante que se considera agraviado, con el objeto de discutir por sus trámites amplios y en contradicción probatoria si la demarcación fijada en el deslinde tiene fundamento o si no qué

línea debe prevalecer entre las heredades. La sentencia que finalice el juicio puede adoptar la línea propugnada por una u otra parte, la fijada en la diligencia de apeo o una distinta de acuerdo con las pruebas producidas. En estas condiciones es muy difícil que pueda operar en sentencias producidas en esta especie de juicios la causal de incongruencia que se estudia. Sin embargo, la jurisprudencia ha aceptado la procedencia de este motivo para casos en que aparezca de modo manifiesto e inequívoco que la línea de separación de los predios limítrofes es vaga o incompleta, porque entonces puede decirse que existe inconsonancia entre lo pedido, que es la alinderación cierta y completa, y lo fallado, en que hay falta de demarcación precisa o adecuada. Pero siendo siempre y por esencia la determinación de los términos prediales una cuestión de hecho que se dilucida y decide con apreciación y confrontación de pruebas, es indispensable, para poner a la vista la discontinuidad o imprecisión de la raya divisoria, que se citen ante la Corte en razonamientos documentados los elementos probatorios de donde pueda deducirse evidentemente que la línea de deslinde adoptada en el fallo adolece de alguno de los anotados defectos. Sin este análisis demostrativo, con las solas afirmaciones de contradicción que formule el recurrente y en presencia de la descripción literal de unos límites, es imposible destruir el imperio de una decisión de instancia pronunciada por jueces que han tenido bajo sus ojos la realidad geográfica de los predios y que han sido asistidos en su labor demarcadora por el concepto de peritos y el testimonio de numerosas personas.

Tal acontece en este caso en que la Sala no encuentra en las consideraciones generales de la demanda de casación una demostración perfecta de error que le permita y autorice para separarse de las conclusiones de la sentencia.

Los puntos de vista que propugna el recurrente sobre la irrealidad y desacierto del deslinde, parten de la base de que La Chorrera de Sotará no es la señalada por el Tribunal, pero siendo ésta una de las cuestiones fundamentales que la sentencia asienta como inequívocas al traducir topográficamente las leyendas de los numerosos títulos que estudió y confrontó y la copiosa prueba testimonial que tuvo en consideración, no puede despreciarse ni dejarse de lado sin la previa y completa demostración de un error de hecho en que el sentenciador incurriera al respecto al apreciar las pruebas y que apareciera de manifiesto en los autos.

La indeterminación del lindero la hace consistir el recurrente en que una línea recta de la longitud de la fijada sólo puede concebirse en abstracto, porque los terrenos, base de esa línea, pertenecen hace muchos años a infinidad de personas que nada tienen que ver con esta litis. "Fijada de esa manera —dice la demanda— la delimitación de la hacienda de Sotará de la de Piedra de León, es imposible darle cumplimiento a la sentencia por imposibilidad científica y jurídica; de manera que al poner las partes (Luis Carlos Iragorri y herederos de José Canencio) en posesión de los respectivos terrenos, surgirán sinnúmero de pleitos de todo orden, con graves perjuicios para la ganadería y la agricultura, dadas la extensión y calidad de la hacienda de Paletará que fue del Gran General Tomás Cipriano de Mosquera y hoy de los herederos del señor don Ignacio Muñoz C., y de particulares que han logrado adquirir quintas de primer orden en aquella región."

La alegación de que "la línea fijada por el honorable Tribunal hace desaparecer, en la mayor parte la colindancia entre la hacienda de Sotará y la de Piedra de León, fijada entre los dueños de esas haciendas, señores Iragorri Isaacs y Canencio", carece de toda fuerza como argumento esgrimido contra el deslinde contenido en la sentencia, entre los cuales no son fácilmente visibles las diferencias porque ambos contienen la enunciación de los mismos puntos de referencia y de límites arcifinios. Por lo demás, se refiere el recurrente a la escritura pública número 169, de 15 de marzo de 1910, otorgada en Notaría de Popayán, en que consta que José María Iragorri, antecesor de Luis Carlos del mismo apellido, y José Canencio, quisieron aclarar su colindancia, sin lograrlo. Porque es indudable que si después de esto han tenido que recurrir a la justicia en acción de deslinde, es porque su intento de aclaración dejó viva la confusión de sus términos. Por otra parte, el reparo que se considera tendría algún valimento si este juicio se hubiera instaurado para que se respetara aquélla línea y no, como ha sido, para que se haga el deslinde de los citados predios.

Lo antedicho hace inaceptable el cargo por incongruencia.

Tercer motivo.—Esta causal, que consiste en que la sentencia acusada contenga en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias, que subsistan a pesar de haberse pedido en tiempo aclaración de ella, se alega en este caso con notoria improcedencia. El fallo acusado no contiene, como se ha visto, sino la descripción de la línea divisoria entre los predios de Sotará y Piedra de León y las órdenes de su inscripción en el registro y de la entrega correspondiente a los dueños limítrofes. No es posible, pues, hallar en esta resolución la contradicción a que alude la causal 3ª del artículo 520 del Código Judicial que implica lógicamente la coexistencia de disposiciones en que se afirme

una cosa y en otra se niegue en forma que haga imposible la ejecución simultánea de los ordenamientos judiciales. Se echa de menos, además, en este caso, el requisito previo indispensable de haber solicitado oportunamente aclaración de la sentencia.

Causal sexta.—Tampoco hay base procesal para acusar la sentencia del Tribunal de Popayán por motivo de haberse incurrido en la causal de nulidad procedimental definida en el numeral 3º del artículo 448 del Código Judicial y que el recurrente hace consistir en el hecho de que no fueron citados ni emplazados en el juicio los propietarios de las zonas que él considera afectados por el deslinde de la sentencia que al ser ejecutada les causará despojo.

La citación y emplazamiento cuya falta es causa suficiente para invalidar la actuación, se refiere, como es obvio y como la ley lo dice, a las personas que han debido ser llamadas al juicio, que es con quienes reza el sentido de garantía de esta disposición tutelar. Los propietarios a que alude el recurrente, terceros absolutos en esta relación procesal, nada tienen que ver con la sentencia que define el deslinde de predios y propietarios distintos. Por otro aspecto, como en numerosas ocasiones lo ha dicho la Corte, la nulidad que se funde en la causal de que se trata, no puede ser alegada con interés legítimo sino por la parte que no ha sido legalmente notificada o emplazada.

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 Popayán el 19 de diciembre de 1942, objeto 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 Hinestrosa Daza, Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

Jurisdicción en lo tocante a cuestiones atinentes con el contrato de trabajo.-Sociedad entre concubinos.

1.—En varios fallos ha dicho la Corte que no es susceptible de ser considerada en casación, por falta de jurisdicción, la decisión judicial proferida por los Tribunales Superiores en juicio ordinario que versa sobre ejercicio de acciones nacidas del contrato de trabajo. Se ha fundado esta conclusión de la Sala en que todas las acciones de esta naturaleza deben ser necesariamente tramitadas en la forma verbal y sumaria que determina el Título 46 del Libro III del actual Código Judicial, y al tenor del artículo 1213 de tal codificación, los fallos que se profieran en esta clase de procesos, no están sujetos al recurso de casación.

2.—Cuando se trata de sociedad entre concubinos es indispensable: 1º Que la sociedad no haya tenido por fin crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si esto fuere así, habrá nulidad por ilicitud de la causa en razón del móvil determinante; 2º Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Ante el Juzgado Tercero del Circuito de Barranquilla demandó la señora Ana Virginia Orozco a Juan A. García, para que previos los trámites de un juicio ordinario se le condenara al pago de la suma de quince mil seiscientos veintitrés pesos con cuarenta centavos ($ 15.623.40) moneda corriente, por concepto de sueldos no pagados, domingos trabajados, auxilio de cesantía, vacaciones remuneradas y horas extras diurnas y nocturnas, todo a partir del año de 1935 hasta marzo de 1940.

Más tarde presentó corrección de dicha demanda, elevando la cuantía de la acción a veinte mil seiscientos veinte y tres pesos cuarenta centavos ($ 20.623.40), incluyendo la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000.00) por perjuicios que hace deducir de ciertas afirmaciones del demandado.

Como peticiones subsidiarias suplicó las siguientes: a) Que se declare la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos; b) Que se condene al demandado a entregarle la mitad de los bienes que actualmente posee la sociedad, previo inventario; c) Que se le condene en costas.

Falló la primera instancia el Juez *a quo* en sentencia fechada el 4 de marzo de 1942, en la cual se negó o hacer, tanto las declaraciones principales como las subsidiarias impetradas, absolviendo en consecuencia al demandado. Para adoptar esta decisión consideró el fallador que la actora no había logrado comprobar debidamente ninguna de las acciones incoadas en este proceso.

La sentencia acusada.

En virtud de apelación interpuesta por el apoderado de la parte actora conoció de la alzada el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, quien en sentencia fechada el 28 de octubre de 1942 le puso fin y confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

Comienza el Tribunal por declarar que a su juicio existe cierta contrariedad entre la petición principal y la subsidiaria, pues es de evidencia notoria que si la demandante era empleada de Juan A. García, no podía ser a la vez coasociada del mismo, por tratarse de dos posiciones que se excluyen.

Pero no obstante la anterior observación, entra el Tribunal a estudiar los fundamentos de ambas acciones y después de un estudio pormenorizado de los elementos probatorios exhibidos por la actora llega a la conclusión de que ésta, por una parte, no ha logrado comprobar que efectivamente el demandado esté en mora de pagarle la cantidad de dinero que se fija en el libelo principal, por concepto de salarios devengados, domingos trabajados, vacaciones remuneradas, horas extras y auxilio de cesantía. Estima el Tribunal, en cuanto al ejercicio de esta acción que se hace originar de un pretendido contrato de trabajo, que los elementos probatorios apor-

tados al proceso no son suficientes para condenar al demandado al pago de la cantidad determinada por la actora.

En cuanto a la acción *pro socio* ejercitada como subsidiaria y que se hace consistir en que entre la señora Orozco y el demandado García existió una sociedad de hecho entre concubinos para la explotación de los establecimientos denominados "Café Metropol" y "Heladería El Polo", considera el Tribunal que la actora tampoco ha logrado evidenciar ninguno de los elementos o requisitos que son indispensables para que pueda aceptarse la existencia de esta clase de asociación. Acepta el fallador que entre las partes hubo en realidad relaciones sexuales permanentes, durante un período de tiempo que no ha podido precisarse, y conviene igualmente en que aparece demostrado también que la actora prestó servicios al demandado en tales establecimientos. Pero concluye que no aparece plenamente evidenciado que tal colaboración o servicios de la Orozco constituyeran una sociedad de hecho entre concubinos.

El recurso.

Está debidamente preparado el recurso de casación que contra el anterior fallo del Tribunal interpuso oportunamente la parte actora. Lo acusa por el motivo que consagra el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial y que hace consistir en infracciones de varios preceptos legales sustantivos, por diversos conceptos, y a través de errores de hecho y de derecho en la apreciación de la demanda y de algunas pruebas que figuran en el proceso. Se pasan a extractar esos cargos:

Primero. El Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho en la interpretación de la demanda, consistente en conceptuar que el hecho del trabajo realizado por la demandante no podía engendrar el derecho a su remuneración por uno de estos dos títulos: el de socio o el de arrendamiento de servicios. Aparte de que el concepto no es exacto, porque nada impide a un socio ser empleado de la sociedad, es lo cierto que lo que importa en este caso es el hecho del trabajo de la actora, que de acuerdo con las súplicas de la demanda ha podido ser efectuado a título de socio o a título de empleado.

Violó el fallador de segundo grado los artículos 209 del Código Judicial, 2083 del Código Civil y 12 de la Ley 10 de 1934.

Segundo. El Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho por no haber apreciado la prueba referente a la copia auténtica de las diligencias administrativas surtidas ante la Inspección Seccional del Trabajo de Barranquilla. De esas diligencias aparece que Ana Virginia Orozco demandó a García ante el Inspector Seccional del Ministerio del Trabajo, para que se le tuviera como empleado de García y se le reconociera su jornal en ese juicio administrativo.

Violó el Tribunal, por ese concepto, los artículos 207, 597, 601, 663, 664, 697 y 702 del Código Judicial y el 12 de la Ley 10 de 1934.

Tercero. Incurrió en error de hecho manifiesto en el examen de las declaraciones rendidas por Rosales, Benítez, Pereira, Anaya, Donado, López, Pacheco, Ahumada, Miranda y Contreras, porque al mismo tiempo que considera que con esos testimonios se estableció que los deponentes conocieron a la Orozco trabajando en la heladería "El Polo" y Café "Metropol", afirma su deficiencia absoluta en lo relativo "al sueldo devengado, las horas extras trabajadas y demás hechos expuestos como base de la acción principal".

Incurrió también en error manifiesto de hecho en la apreciación de las posiciones absueltas por la demandante, porque en ellas se acredita que la señora Orozco tuvo la iniciativa en la fundación de la heladería mencionada. A consecuencia de esos errores incurrió el Tribunal en los correspondientes errores de derecho, porque le negó el mérito legal que tienen esas pruebas y exigió implícitamente a la actora la prueba de la índole onerosa de sus servicios, siendo así que quedaba a cargo de García comprobar la gratuidad del trabajo realizado por la demandante.

Violó por ese concepto los artículos 662, 665, 697, 606, 609, del Código Judicial, 1494, 1524, 1757 y 2317 del Código Civil, 4º, 5º y 8º de la Ley 153 de 1887, y 12 de la Ley 10 de 1934.

Cuarto. El Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho en la apreciación de la contestación de la demanda, donde García afirma que la Orozco es su concubina; las deposiciones de los testigos antes citados, donde aparece la intervención activa de la Orozco en la administración de los negocios de García; la confesión de García, donde consta que esos dos establecimientos son contiguos; la confesión de la Orozco donde consta se comprueba que la heladería "El Polo" fue adquirida por la iniciativa de la Orozco y la carta dirigida por el demandado a la actora el 3 de abril de 1940. Con tales pruebas se acredita que era concubina de García, que intervenía en la administración de los establecimientos de propiedad de éste, que le consultaba sus principales negocios y que García sí consideraba que algo le debía por esa colaboración.

Por tal error manifiesto violó el Tribunal los artículos 604, 806, 609, 662, 663, 665, 697 y 702 del Código Judicial, 1757, 1763, 1765 y 1769 del Código Civil, lo que produjo como resultado la infracción del 2083 ibidem.

Estudio de los cargos.

A). En varios fallos ha dicho ya esta Sala que no es susceptible de ser considerada en casación, por falta de jurisdicción de la Corte, la decisión judicial proferida por los Tribunales Superiores en juicio ordinario, que versen sobre ejercicio de acciones nacidas del contrato de trabajo. Se ha fundado esta conclusión de la Sala en que todas las acciones de esta naturaleza deben ser necesariamente tramitadas en la forma verbal y sumaria que determina el Título 46 del Libro II del actual Código Judicial, y al tenor del artículo 1213 de tal Codificación, los fallos que se profieran en esta clase de procesos no están sujetos al recurso de casación.

En la primera de las sentencias en que se sentó esta doctrina definitiva, fechada el 31 de mayo de 1940 (*Gaceta Judicial*, tomo XLIX, pág. 507), se dijo: "La Ley 10 de 1934, inspirada en un criterio jurídico fundamentalmente distinto del que inspiró las disposiciones atinentes del Código Civil y contentiva de reglas más justas para gobernar las relaciones del trabajo, que deben entenderse incorporadas en todo contrato que sobre la materia se celebre, no puede considerarse como una simple adición o modificación a las normas que regían sobre trabajo en la anterior legislación. Su reforma principal consiste en la implantación del contrato de trabajo con empleados, esto es, la convención por medio de la cual se obligan recíprocamente el patrono y el empleado, la cual contendrá, además de las estipulaciones que acuerden los contratantes y que no contraríen la ley, las especificaciones del trabajo a que se obligue el empleado, cuantía de la remuneración, forma y período de pago, duración del contrato, causas de caducidad durante su vigencia, etc., es decir, el régimen jurídico que gobierna las relaciones entre empleadores y empleados particulares. La ley citada, pues, no se limitó a establecer determinados derechos para los empleados particulares, sino que atendió a la creación de un estatuto jurídico que gobernara con criterio de unidad las relaciones originadas en un sector del trabajo nacional estableciendo una de estipulaciones mínimas, pero autorizando asimismo a patronos y empleados para estipular en el contrato de trabajo todo lo que no pugne con el espíritu y texto de la ley, y que guarde relación con la índole y naturaleza de la convención de trabajo."

"El artículo 18 de la Ley en mención ordenó que 'mientras se establece una jurisdicción especial para la solución de los conflictos del trabajo que puedan originarse con motivo de la aplicación de las disposiciones de la presente Ley, dichas controversias se tramitarán de conformidad con el procedimiento señalado en el Título 46 del Libro II de la Ley 105 de 1931. Las solicitudes y actuaciones que se adelanten en ese respecto, estarán exentas de los impuestos de papel sellado y timbre nacional'." (Hasta aquí la sentencia de la Corte).

Ahora bien: como la acción principal instaurada por la parte actora viene originada en un pretendido contrato de trabajo y tiende a que se le reconozca y pague sumas de dinero por sueldos pendientes, horas extras de trabajo, auxilio de cesantía, domingos trabajados, etc., en su condición de empleada del demandado en los negocios de la heladería "El Polo" y Café "Metropol", tales acciones debieron haberse tramitado por la vía sumaria antes indicada y la decisión del Tribunal que les pusiera fin no era susceptible del recurso de casación. Por lo cual es de rigor desestimar por inoperantes los cargos que versen exclusivamente sobre las conclusiones a que llegó el Tribunal en lo atinente al ejercicio de esas acciones, ya que la Corte carece de jurisdicción para conocer en casación de esa clase de procesos.

B). Pero como también ejercitó la actora la acción *pro socio* alegando que entre ella y el demandado se había establecido una sociedad de hecho entre concubinos; y respecto de esta acción sí tiene competencia la Sala, se pasa a estudiar el fundamento legal que puedan tener las tachas presentadas contra el fallo del Tribunal.

a) Incompatibilidad entre las dos acciones.

Es cierto que el Tribunal, en uno de los párrafos de la sentencia acusada dice que "a simple vista se ve que existe cierta contrariedad entre la petición principal y la subsidiaria de la demanda. Pues es de evidencia notoria que si la demandante era empleada de Juan A. García, no podía ser a la vez coasociada del mismo. Son dos posiciones que se excluyen". Sigue la sentencia: "o trabajaba en los establecimientos heladería 'El Polo' y Café 'Metropol', con su condición de empleada o trabajaba como dueña de dichos establecimientos".

Pero conviene advertir que tal concepto del Tribunal reviste en realidad un carácter teórico, puesto que a pesar de hacer esa declaración, adelantó un estudio a fondo de ambas acciones incoadas y de los elementos probatorios exhibidos por la actora para fundamentarla, llegando luégo a la conclusión de que ninguna de las dos estaba plena y suficientemente evidenciada en los autos. Tanto es así, que hizo un análisis de los medios probatorios traídos por la demandante para demostrar que había sido empleada del demandado y coasociada de éste en el desarrollo de tales négocios, en su calidad de concubina.

De manera que teniendo la sentencia acusada, como tiene, otros soportes básicos en que se fun-

da su decisión absolutoria, no se hace necesario decidir sobre esta tacha presentada en casación, desde luégo que aun rectificada siempre conservaría suficiente fundamento por otros conceptos el fallo que es materia del recurso.

b) Existencia de una sociedad entre concubinos.

En sentencia fechada el 30 de noviembre de 1935 sentó esta Sala de Casación su doctrina sobre el reconocimiento de sociedad de hecho entre concubinos (*Gaceta Judicial*, tomo XLII, página 476). En dicho fallo, además de señalar la Corte la división y clasificación de las sociedades de hecho en general, enumera los requisitos adicionales indispensables para que existan las sociedades de hecho entre concubinos. No se hace necesario reproducir los razonamientos de esa decisión y a ella se remite la Sala en este caso, por tratarse de un caso similar. Le es suficiente con recordar que cuando se trata de sociedad entre concubinos, es indispensable además:

1º Que la sociedad no haya tenido por finalidad crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si esto fuere así habría nulidad por ilicitud de la causa en razón del móvil determinante;

2º Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios.

Con vista de la anterior doctrina es pertinente decidir si el Tribunal pudo incurrir en errores manifiestos de hecho en el estudio y análisis de las pruebas exhibidas por la actora para demostrar la existencia de tales circunstancias constitutivas de la sociedad entre concubinos.

Ante todo, viene evidenciado en los autos y así lo aceptan ambas partes, que entre la señora Orozco y el demandado García existieron relaciones sexuales de carácter permanente durante un período que no ha podido precisarse, pero que puede enclavarse entre los años de 1937 a 1941. De manera que tal aspecto de la cuestión no es materia de controversia ni en las instancias ni en este recurso.

Pero a su vez la misma actora confiesa y reconoce en posiciones estos hechos: a) Que en el año de 1935 entró al servicio de García como empleada del Café "Metropol", que ya existía; b) Que posteriormente se convirtió en la concubina de García, pero no precisa la fecha de este acontecimiento; c) Que más tarde a los dos hechos anteriores abrió García la heladería "El Polo", debiéndose la instalación de este negocio a los consejos que le diera la Orozco.

De las manifestaciones anteriores de la actora se desprende que en fecha no precisada, pero que se supone en 1937, se convirtió en mujer de Juan García, y que prestaba servicios en los dos establecimientos del demandado. Pero no ha logrado evidenciar en forma alguna que para la explotación de esos negocios se hubiera constituido una sociedad entre los concubinos, con el propósito de realizar beneficios y repartirse tanto las labores de administración como las utilidades y las pérdidas. Antes bien, aparece debidamente comprobado que cuando entró en 1935 al servicio de García, ya éste explotaba el negocio del Café "Metropol" y que para entonces todavía no existían relaciones de concubinato entre ambos; que fue posiblemente en 1937 cuando, según frases textuales la Orozco "por una de aquellas fatalidades de la vida me convertí en mujer de Juan García...."; y que si bien la demandante prestaba servicios en ambos establecimientos, esa circunstancia no puede originar por sí sola la existencia de una sociedad entre concubinos.

Pero hay algo más: en la respuesta dada por la actora a la pregunta 15 del pliego de posiciones (folio 28 vuelto), reconoce de manera explícita a García como único propietario de los establecimientos antes mencionados. Con lo cual desvirtúa ella misma su pretensión de ser copropietaria del negocio.

Tampoco ha incurrido el Tribunal en error manifiesto de hecho en la apreciación de los testimonios exhibidos por la actora, que vienen citados en la demanda de casación. Lo ocurrido es que el fallador de segundo grado, con toda razón desestimó, por considerarlos imprecisos y vagos y no llevar ninguno de ellos a la certeza procesal de que en realidad existía sociedad entre las partes. Los testigos deponen que la Orozco trabajaba en los establecimientos del demandado, pero ignoran en qué condición y tampoco precisan el tiempo en que prestara tales servicios, ni el monto de salarios debidos, etc.

De las anteriores circunstancias y de la deficiencia de los elementos probatorios que acaban de citarse, dedujo el juzgador de grado esta conclusión final, que la Sala halla intachable: "El concubino permite a su concubina la ingerencia de su actividad en ciertos aspectos del negocio y ella, por complacerlo, procura estar atenta a los trabajos que deban realizarse. Todo indica que García tenía la organización, dirección y vigilancia de los negocios en sus manos. Ninguna ingerencia encuentra este Despacho que permita deducir 'una serie coordinada de hechos de explotación común' y que 'la colaboración entre los presuntos asociados se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de

ellos excluído de la participación activa en la dirección, en el control o en la supervigilancia de la empresa'."

Fallo.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el 28 de octubre de 1942, con el exclusivo fin de declarar que no es susceptible de ser considerado en casación el referido fallo, por falta de jurisdicción de la Corte, en cuanto se refiere al ejercicio de las acciones originadas del contrato de trabajo y que aparecen incoadas como principales en este litigio.

En todo lo demás se confirma la sentencia que ha sido materia del recurso de casación.

Sin costas.

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 Hinestrosa Daza.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

SOCIEDADES DE HECHO

Las sociedades de hecho son de dos clases, a saber: la sociedad que no alcanzó el grado de perfección legal para ser sociedad de derecho se convierte en una sociedad de hecho, si reúne los requisitos característicos de ella; la sociedad creada de hecho se subdivide en dos: la que resulta de un acuerdo verbal cuando según la ley el contrato era solemne y esa solemnidad consistía en el escrito o en éste y su registro y publicaciones, y las sociedades de hecho que resultan de los hechos, con lo cual no se quiere decir que no requieran el consentimiento sino que éste fue implícito o tácito, o más propiamente, que se induce de las circunstancias, habiendo eso sí, patrimonio colectivo y riesgo común. El animus contrahendi societatis, debe existir en toda sociedad, tanto de derecho como de hecho y aun cuando ésta última nazca o sea resultante de ciertos hechos; debe existir la relación jurídica de igualdad entre los socios, y además, negocio común, aporte en cualquiera de sus formas y riesgo común también entre los socios, de donde resulta la participación en las pérdidas y en las ganancias.

El artículo 2083 del Código Civil no tiene aplicación sino cuando se forma una sociedad de hecho, que no pueda subsistir legalmente ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno. Entonces se liquida esa especie de comunidad para que cada socio retire lo que hubiere aportado a ella. Es preciso en el caso de esa norma, no sólo el aporte sino la afectio societatis, la voluntad de los socios para asociarse, voluntad que no trasciende con efectos civiles sobre una sociedad, por faltarle ciertos requisitos que impiden su existencia. Entonces, para poner fin a ese estado anómalo, autoriza la ley la liquidación de las operaciones realizadas.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Eloísa Mendoza, por medio de apoderado demandó a Pioquinto Cifuentes para que se hicieran las siguientes declaraciones:

Que en el tiempo comprendido entre los años de 1915 a 1940 existió entre Eloísa y Pioquinto una sociedad de hecho relacionada con la explotación agrícola de la finca denominada "La Regadera", situada en el Municipio de Usme y de propiedad de Cifuentes; que la sociedad debe liquidarse; que restituído a Cifuentes el inmueble que llevó como propio a la sociedad, todos los demás que durante ésta o por razón de la misma sociedad se adquirieron, deben dividirse entre la señora Mendoza y el señor Cifuentes, en proporción a sus aportes; que forman parte del acervo social los bienes adquiridos durante la sociedad y relacionados en el hecho sexto de la demanda.

En derecho se funda ésta en los artículos 2081, 2079, 2083, 2141 y demás pertinentes del Código Civil y se invoca la sentencia de esta Corte, de fecha 30 de noviembre de 1935.

Los hechos de la demanda sintetizados son éstos: En el lapso comprendido entre los años de 1915 y 1940 Eloísa Mendoza y Pioquinto Cifuentes trabajaron en común, en cooperación o de compañeros en la explotación de la finca "La Regadera", de propiedad de Cifuentes; durante este lapso Eloísa vivió bajo un mismo techo con Cifuentes; la Mendoza vivió dedicada en la hacienda a toda clase de labores como a los quehaceres y cuidados de los bienes de la hacienda, preparación de alimentos y atención de los trabajadores y peones y labores agrícolas; aunque Cifuentes era el que se entendía con terceros para toda actividad o negocios relativos a la explotación de la finca, el que contrataba los peones, dirigía las siembras, recolectaba las cosechas y las vendía, la señora Mendoza quedaba apersonada en esas labores de gestión cuando Cifuentes se ausentaba y procedía con ánimo de interés propio; que algunas veces los valores provenientes de la venta de frutos y bienes de la finca estuvieron colocados en los Bancos de esta ciudad en cabeza de Eloísa y que como fruto del trabajo se adquirieron los bienes que se señalan en la demanda.

El demandado se opuso a las pretensiones de la demanda, negó los hechos sustentatorios de la acción y alegó que la Mendoza era su sirvienta o dependiente, y además su concubina.

El Juzgado del conocimiento, 6º del Circuito de Bogotá, en sentencia de 20 de abril de 1941 absolvió al demandado de los cargos de la demanda con condenación en costas a cargo de la demandante, quien apeló y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo de 16 de octubre del año próximo pasado, la confirmó.

Interpuso recurso de casación la parte vencida y concedido y tramitado pasa hoy a decidirse.

Se funda en esto la sentencia recurrida:

a) En que no está demostrada la sociedad de hecho a que se refiere la parte actora en la demanda, porque ni por un acto de voluntad expreso ni por hechos posteriores de donde pudiera deducirse ese acto, pudo surgir aquélla; b) En que no está demostrado el *animus contrahendi societatis*, elemento esencial e indispensable para que cualquiera sociedad pueda existir; c) En que las relaciones entre Cifuentes y la Mendoza, respecto de los negocios agrícolas del primero no fueron las que requieren la igualdad jurídica entre los socios sino las de dependencia, de la Mendoza respecto de Cifuentes, lo cual excluye la idea de sociedad entre ellos; e) En que para la existencia de la sociedad es necesario el aporte por parte de ambos socios, siquiera sea en industria y que tal elemento esencial tampoco está acreditado.

Estudio de los cargos.

En el primer motivo y fundado en el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial, acusa el recurrente la sentencia por interpretación errónea de los artículos 2079 y 2080 del Código Civil y violación directa del artículo 2094 de la misma obra.

El concepto en que funda la acusación es el siguiente: En que el mismo Tribunal reconoce que hubo una cooperación entre Cifuentes y la Mendoza respecto de los trabajos agrícolas desarrollados en "La Regadera" y porque no es necesario que se demuestre en ninguna sociedad, la estipulación sobre participación de utilidades y pérdidas.

Considera la Corte: El fallador de Bogotá partió de esta base que es exacta: Las sociedades de hecho son de dos clases a saber: la sociedad que no alcanzó el grado de perfección legal para ser sociedad de derecho se convierte en una sociedad de hecho si reúne los requisitos característicos de ella; la sociedad creada de hecho se subdivide en dos: la que resulta de un acuerdo verbal cuando según la ley, el contrato era solemne y esa solemnidad consistía en el escrito o en éste y su registro y publicaciones, y las sociedades de hecho que resultan de los hechos, con lo cual no se quiere decir que no requieran el consentimiento sino que éste fue implícito o tácito, o más propiamente, que se induce de las circunstancias, habiendo eso sí, patrimonio colectivo y riesgo común.

El *animus contrahendi societatis*, debe existir en toda sociedad, tanto de derecho como de hecho y aun cuando ésta última nazca o sea resultante de ciertos hechos; debe existir la relación jurídica de igualdad entre los socios, y además, negocio común, aporte en cualquiera de sus formas y riesgo común también entre los socios, de donde resulta la participación en las pérdidas y en las ganancias.

Por el aspecto que se analiza el problema no pudo haber mala interpretación ni infracción de las normas que cita el recurrente; todo lo contrario: el Tribunal se atuvo a ellas y por esa razón dedujo que no había sociedad de hecho por cuanto no se había demostrado ni la *afectio societatis* entre Cifuentes y la Mendoza, ni menos que existiera una relación de igualdad entre ellos, como socios.

El Tribunal estimó que hubo una cooperación entre demandante y demandado, respecto de las labores agrícolas de "La Regadera", pero que tal cooperación no dio nacimiento a ninguna sociedad por cuanto la Mendoza tenía en esas labores una posición de subordinada o dependiente con relación a Cifuentes. No toda cooperación en un trabajo común engendra una sociedad; para que ésta nazca es indispensable la existencia de los factores de que se ha hecho mérito.

El cargo, por lo tanto, no puede prosperar.

El recurrente estima que hubo error de derecho en la apreciación de las pruebas, de donde según él se deduce y se demuestra la existencia de la sociedad de hecho, por cuanto con ellas están acreditados los factores o elementos que integran toda sociedad y ese es el motivo del segundo cargo.

El Tribunal tuvo en cuenta la copia del acta número 217, traída a los autos, y de fecha 19 de febrero de 1940, acta levantada en la Oficina de Trabajo de Cundinamarca donde comparecieron Eloísa Mendoza y Pioquinto Cifuentes. Se transcribe de ese documento lo siguiente: "La señora Mendoza se queja de que después de haber trabajado por el término de treinta años al servicio del señor Cifuentes, ha sido despedida sin que se le hubiera pagado el servicio durante todo el tiempo, ni se le hubieran pagado las demás prestaciones sociales a que haya lugar. En consecuencia, pide la intervención de este Despacho en orden a buscar la solución a este problema, ya que su expatrono Cifuentes se ha negado a arreglar amigablemente lo que le adeuda. Por su parte el señor Cifuentes manifiesta que no es cierto que la reclamante haya estado a su servicio sino que por el tiempo que estuvo a su lado fue su concubina. Que no le debe nada de lo reclamado, pues mientras vivió con él recibió lo indispensable para mantenerse ella y dos hijas más que tiene, debiendo además costearles el colegio. Por esta razón, considera el señor Cifuentes que no se justifica el reclamo que se le hace por la señora Mendoza, ya que por lo demás él no reconoce la paternidad que se atribuye a las hijas de la reclamante. Finalmente, después de larga deliberación, se ha convenido entre las partes que el señor Cifuentes dará con carácter de ob-

sequio a las hijas de la señora Mendoza, señoritas Adelia y María Dioselina, una casa situada en la calle tercera, número 13-76, de propiedad de Cifuentes, y la cual casa se avalúa aproximadamente en $ 8.000. Con la aceptación del ofrecimiento anterior, la señora Mendoza se declara satisfecha por todo concepto en relación con el señor Cifuentes, y una vez hecha la correspondiente escritura, lo cual tendrá lugar a más tardar dentro de quince días, se declara a paz y salvo con su expatrono Cifuentes."

El Tribunal, subrayando que las partes militantes en este juicio han respetado el contenido de ese documento y se han referido a él en ese sentido, le dio el carácter de plena prueba por aplicación de los artículos 604, 606 y 608 del Código Judicial.

Teniendo en cuenta lo anterior y otras pruebas, como declaraciones de testigos, el Tribunal concluye que Pioquinto Cifuentes y Eloísa Mendoza vivieron en concubinato en la hacienda de aquél; que durante ese lapso tomaban los alimentos de una provisión común; que Eloísa tenía a su cargo los cuidados domésticos de la casa, atendía a la alimentación de los peones de la hacienda, ayudaba a vigilarlos y a sembrar y recolectar las cosechas, y en ausencia de Pioquinto administraba la hacienda y en general trabajó en cooperación conjunta en la explotación agrícola de "La Regadera".

Pero de lo anterior no concluye el Tribunal que se tratara de una sociedad de hecho entre la demandante y el demandado, porque no se ejercía entre ellos una acción paralela y simultánea en un pie de igualdad, toda vez que la Mendoza aparece como subordinada de Cifuentes.

Estima la Corte que no hay error de derecho en la apreciación de las pruebas en que se funda el Tribunal, por cuanto claramente aparece del acta transcrita la relación de dependencia de la Mendoza respecto de Cifuentes y claramente aplicados los artículos del Código Judicial que le dan el carácter de confesión a lo expuesto por la Mendoza en esa acta; rectamente aplicadas aparecen también las normas que regulan la valuación de la prueba testimonial.

Arguye el recurrente que si Eloísa Mendoza pudo errar al acudir a la Oficina del Trabajo y hacer la declaración que consta en el acta, eso no impide que pueda ejercitar su acción, para hacer efectivo su derecho en otra forma distinta, cual es la de un juicio ordinario, como el presente.

Mas a esto responde la Corte que si puede ser posible la tesis que sostiene el recurrente, para que las pretensiones de la parte actora prosperaran hubiera sido necesario demostrar la existencia de los factores constitutivos de toda sociedad, demostración que no existe en los autos y que caso de que existiera no incidiría en el capítulo que se estudia, en que la acusación se funda en error de derecho en la apreciación de las pruebas.

Este segundo cargo tampoco prospera.

En el concepto de error de hecho en la apreciación de los autos, así se expresa el recurrente, está fundado el tercer cargo a la sentencia, el cual hace consistir en la mala apreciación de algunas declaraciones aducidas por la parte actora con lo cual violó el Tribunal los artículos 632 del Código Judicial, 1973 y 2045 del C. C.

El recurrente estima como mal apreciadas las declaraciones de José Salazar, Bruno Muñoz, Francisco Uribe, Abraham Daza, Enrique Gacha, Emiliano Parra y Feliciano Mendoza. De esas declaraciones aparece que la Mendoza trabajaba con Pioquinto Cifuentes en los distintos quehaceres del campo, y pagaba los peones de la hacienda. Sostiene el recurrente que en esas declaraciones no hay nada que demuestre la relación de dependencia de la Mendoza respecto de Cifuentes, y en eso consiste el error de hecho que apunta.

Considera la Corte: Existen en autos pruebas de las que se deduce la relación de dependencia de que se ha hecho mérito y a que se refirió el Tribunal. Si los testigos a que alude el recurrente no se refieren a esa relación, tampoco puede inferirse de esos testimonios la existencia de una sociedad de hecho entre demandante y demandado; se deduce una cooperación, pero ésta, por lo que ya se explicó, no engendra por sí una sociedad. Con las declaraciones mencionadas no se demuestran los factores integrantes de ésta y vale la pena observar que el concepto de terceros, que ven las apariencias de una sociedad, no es decisivo para darla por existente, cuando el *animus societatis* y la relación jurídica de igualdad, no ha existido entre los que se creen socios, por los terceros.

No encuentra tampoco la Corte que haya habido ningún error de hecho en la apreciación del acta levantada y firmada en la Oficina del Trabajo, al declarar Cifuentes que la Mendoza no ha estado a su servicio sino que fue su concubina, porque de esa aseveración no se puede concluir que la concubina fuera socia de Cifuentes.

El cargo que se estudia no prospera por lo tanto.

El último cargo está fundado en la no aplicación del artículo 2083 del Código Civil y el recurrente para sustentarlo se refiere a la cooperación que la Mendoza prestó a Cifuentes. Aduce además, como argumento de autoridad, la sentencia dictada por esta Corte el 16 de julio de 1937.

La Corte considera: Está establecido en autos que Cifuentes es un hombre acomodado, que negocia en agricultura y en la compra de bienes inmuebles. Está establecido también que cuando llevó a la Mendoza al predio de "La Regadera" era dueño de éste y tenía establecidos negocios agrícolas en tal predio. De modo, pues, que la llegada de la Mendoza no fue causa ni motivo para el establecimiento de esos negocios; ellos siguieron su marcha normal y ordinaria, y la intervención de la Mendoza al respecto era la de ocuparse del manejo de la casa de Cifuentes, vigilarle en ocasiones los trabajos agrícolas, y en ocasiones, por ausencia de Cifuentes, pagar los peones.

Todo lo anterior evidentemente es una cooperación, una ayuda de la Mendoza al hombre con quien hacía vida extramatrimonial, pero ello no constituye una sociedad, por lo que ya se ha apuntado y se repite: No está demostrado por los hechos la *afectio societatis*, aparece una relación de subordinación de la Mendoza respecto a Cifuentes, y los negocios y empresas de éste existían desde antes de la llegada de la Mendoza y no se ha demostrado que en virtud de la actuación de ésta se hubieran modificado hasta el punto de que los bienes y empresas de Cifuentes hubieran entrado al patrimonio común de una sociedad con la Mendoza.

El artículo 2083 del Código Civil no tiene operancia sino cuando se forma una sociedad de hecho, que no pueda subsistir legalmente ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno. Entonces se liquida esa especie de comunidad para que cada socio retire lo que hubiere aportado a ella. Es preciso en el caso de esa norma, no sólo el aporte sino la *afectio societatis*, la voluntad de los socios para asociarse, voluntad que no trasciende con efectos civiles sobre una sociedad, por faltarle ciertos requisitos que impiden su existencia. Entonces para poner fin a ese estado anómalo, la ley autoriza la liquidación de las operaciones realizadas. No estando acreditado en los autos ninguno de los elementos que son necesarios para que nazca una sociedad y es el primero, fuera de la capacidad, la voluntad de las partes, la norma citada no pudo ser infringida.

El caso fallado en la sentencia a que alude el recurrente es muy distinto del presente, porque allí se demostró la existencia del primer factor necesario para contraer una sociedad, y se exhibió al respecto un contrato celebrado entre las partes militantes en ese juicio. El hecho que se alegó entonces no fue la falta de ese elemento, voluntad de asociarse, sino el de no haberse hablado en el contrato del modo como debían repartirse las utilidades. Se planteó el problema en esta forma: Si el contrato celebrado entre Cobo y Ramírez debe considerarse a la luz del artículo 2083 del Código Civil como una sociedad de hecho y no como una sociedad regular al tenor del artículo 2079. La Corte sostuvo el segundo extremo y para ello se basó en que el contrato exhibido en el juicio reunía ciertos requisitos que lo configuraron como de sociedad. Dijo en ese fallo la Corte: "Pero este artículo (el 2083) no tiene aplicación cuando aparece claramente la *afectio societatis*, el objeto y fines de la sociedad, la estipulación del capital en común, tal como resulta del contrato celebrado entre Cobo y Ramírez, en el que, por otra parte, no se encuentra defecto de forma."

Véase por esto la diferencia fundamental entre ese caso y el presente.

El cargo no puede por lo tanto prosperar.

Finalmente observa la Corte: En la sentencia de 30 de noviembre de 1935 (*Gaceta Judicial*, tomo XLII, página 479), quedó claramente determinado el caso, y configurado jurídicamente, respecto de la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos y puede sintetizarse así esa doctrina: a) El concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho. Es necesario para que ésta exista en ese caso, que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una empresa determinada creada con el propósito de realizar beneficios pecuniarios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda o de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno de los concubinos, o de ambos; b) Es necesario que cuando existe la sociedad de hecho en ese caso, no se haya creado ni haya tenido por finalidad prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si esto fuere así, el contrato de sociedad sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinante. La ilicitud dependería de que quedarían comprometidas las buenas costumbres, pues el concubinato pugna contra ellas. Por eso establece el artículo 1524 del Código Civil que causa ilícita es la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

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, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Hernán Salamanca.—Emilio Prieto H., Oficial Mayor en propiedad.

Acción de responsabilidad por culpa extracontractual.-Apreciación de indicios.-Culpa contractual.-Responsabilidad por hecho ajeno.

1. En lo tocante a apreciación de la prueba indicial es de recordar que el Código Judicial defiere al convencimiento del juzgador (artículo 664); de suerte que en casación no puede reputarse error que, determinando consiguiente quebranto de disposiciones sustantivas, produzca la infirmación de la sentencia de los Tribunales, el hecho de que éstos no hayan encontrado fuerza suficiente para convencerlos en un indicio o conjunto de indicios sobre los cuales el recurrente manifieste que sí lo han convencido. Así lo ha expuesto la Corte en diversos fallos, agregando que el ataque por apreciación de la prueba indicial no puede prosperar sino en cuanto se haya dado por probado un indicio que no lo está, o pasádose por alto uno cuya estimación impondría conclusiones distintas de las deducidas por el Tribunal sobre el tema respectivo, o que con este resultado se haya tenido por no probado un indicio, a pesar de estarlo, o cuando se ha faltado a la lógica por no haber entre los indicios o su conjunto, de un lado, y, de otro, las deducciones del Tribunal, el vínculo de causalidad que obligadamente ha de atar a aquéllos con éstas.

2. Los artículos 2347 y 2349 del Código Civil llegan a la responsabilidad en función de un vínculo de causalidad entre el autor y el responsable indirecto, vínculo nacido de la dependencia, de la autoridad, de la vigilancia, del cuidado a que están obligados o de que se hallan investidos los que por esto responden del daño sin ser personalmente los autores de la acción u omisión que lo ha causado. De donde se deduce que en nuestra jurisprudencia conservan su razón de ser y no son absolutas ni están amenazadas de desuetud las reflexiones conducentes a la consabida distinción de culpa in eligendo e in vigilando y aun a la misma afirmación de éstas.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Tramitado debidamente, se decide el recurso de casación interpuesto por los demandantes contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 27 de noviembre de 1942, confirmatoria de la del Juzgado 6º Civil de este Circuito, de 5 de noviembre de 1941, que absolvió a los demandados de todas las peticiones de la demanda en el presente juicio ordinario incoado por los consortes Eduardo Albarrán y Alejandrina Martínez, padres del niño José Manuel Albarrán, y por el cesionario parcial de aquéllos y apoderado de los mismos, doctor Marco Naranjo López, contra la señora Elvira Barriga de Calderón, las señoritas Ana y Lucila, y el señor Luis Calderón Barriga, con los fines expresados en el libelo y de que en seguida se habla.

En las primeras horas de la noche del 25 de agosto de 1938, en el patio del garaje Flandes, contra la alberca existente allí para el lavado de los automóviles y el consumo de empleados e inquilinos, fue atropellado el prenombrado José Manuel, quien murió por esta causa el 27 de dicho agosto, por un automóvil de los alojados en ese local, manejado por el muchacho Alberto Zambrano, portero del garaje. Los consortes hoy demandantes ocupaban una pieza de ese edificio con sus hijos, como inquilinos, y el niño José Manuel, su único hijo varón, estaba sacando agua de la alberca para llevarla a su habitación, cuando sobrevino el choque. Para entonces y desde tiempo antes los demandados, al decir del libelo, eran dueños y explotadores en común del referido garaje, ubicado en la carrera 16 de esta ciudad, en la cual lleva hoy los números 15-46 a 15-80. Lo administraba el señor Germán García Ferro.

El hecho 10º de los fundamentales de la demanda reza: "La muerte del niño José Manuel Albarrán se debió a culpa civil extracontractual de los demandados o de sus dependientes, agentes, representantes o autorizados, o simplemente al riesgo creado por los demandados con la explotación comercial del mencionado local."

Sobre estas bases la demanda pide estas declaraciones y condenaciones: a) Que los demandados son civilmente responsables del daño causado con la muerte de José Manuel Albarrán, ocurrida por la causa y en la forma dichas; b) y c), respectivamente, que están obligados a pagar, mitad a sus padres y mitad a su cesionario, el valor que se fije a los perjuicios causados a aquéllos con la muerte de su hijo; subsidiariamente, que están obligados a pagar ese valor a

la sucesión de José Manuel, por el daño causado a éste con dicho atropello; que si no se fija el valor de los perjuicios dentro del juicio, ello sea conforme al artículo 553 del Código Judicial, y f) que si los demandados se oponen, se les condene a pagar las costas del juicio.

En los puntos b), c) y d) se solicita que la obligación se declare a cargo de los demandados solidariamente o en la proporción que el sentenciador señale de conformidad con la ley.

Sustanciada la primera instancia, el Juzgado absolvió, como ya se dijo. Para esto se detuvo en un estudio razonado de la responsabilidad extracontractual y de la aplicación al caso del pleito de las disposiciones legales pertinentes y de las doctrinas a que se refiere en su estudio general aludido, entre ellas las expuestas por la Corte en los fallos que cita, todo dentro de las lindes de la demanda y a la luz de las pruebas aducidas. Halla acreditado con éstas el accidente, el consiguiente gravísimo daño causado a los padres de la víctima, la culpa de Zambrano, conductor del vehículo, ignorante en su manejo, así como la del administrador que permitió o no impidió el acto de Zambrano de ponerse a dirigir el automóvil en tales condiciones; pero no encuentra probado que éstos fueran dependientes de los demandados, y de aquí deduce su falta de personería sustantiva, y por esto y además porque el automóvil no les pertenecía y no puede consiguientemente pensarse en que carguen con responsabilidad por el hecho de las cosas, los absolvió.

El Tribunal estudia también detenidamente la responsabilidad indirecta, tanto por el hecho ajeno como por el de las cosas, y aunque acoge en lo general las doctrinas expuestas en los aludidos fallos de esta Superioridad, se inclina a la teoría que mira la guarda jurídica como fuente de ambas responsabilidades. Estima fuera de duda que Zambrano era dependiente del garaje y "que la guarda jurídica del automóvil con el cual se causó el daño, se desplazó del dueño de tal vehículo a la citada empresa Garaje Flandes, a virtud del contrato de arrendamiento de una de las casillas del mismo inmueble". Agrega: "Mas estos dos hechos no demuestran que los demandados tengan el derecho o poder de dirección de control del Garaje Flandes. Este elemento surgiría demostrando que ellos eran dueños del mismo, que lo explotaban comercialmente, según lo afirman los demandantes en su libelo."

Entra a analizar las pruebas respectivas, y concluye: "Pero aun estimando conjuntamente los elementos de convicción enumerados, no prueban, en concepto del Tribunal, que los señores Elvira Barriga de Calderón, Ana, Lucila y Luis Calderón Barriga sean dueños y explotadores en común del local conocido con el nombre de *Garaje Flandes*; ni que Germán García Ferro y, mucho menos, que Alberto Zambrano sean dependientes o empleados suyos. No habiéndose comprobado esta cuestión capital, no se puede deducir que los demandantes tuvieran, el día del accidente, el derecho o poder de dirección y de control de la empresa Garaje Flandes, ya por ser dueños de ella, ora porque, sin serlo, la estuvieran explotando económicamente por cuenta suya. De ahí que falte por demostrar la culpa de los demandados y el vínculo de causalidad entre el daño y la culpa, por lo cual se impone la absolución, precisamente por la razón expuesta acertadamente por el Juzgado del conocimiento."

Fundamentada así la sentencia, el recurrente la acusa principalmente y en primer lugar por error de derecho y error de hecho, que aparece de manifiesto en los autos en la apreciación de la prueba por no haber considerado acreditado que los demandados son los dueños del garaje, y por la consiguiente violación de disposiciones legales sustantivas, cuales son los artículos 1757 y 2356 del Código Civil, en cuanto el Tribunal desconoce que la carga de la prueba es de los demandados y que está probado que los dueños y explotadores del garaje son los demandados, y de los artículos 604 a 606 del Código Judicial, por haber confesado la señora Barriga de Calderón el expresado dominio, de suerte que al no dar valor a esta prueba, el Tribunal violó consecuencialmente los artículos 2356 y 2344 que establecen la responsabilidad demandada, y los artículos 1568 y 1571 del mismo Código Civil, que, al decir del recurrente, la hacen responsable de la totalidad. También entiende violado a este respecto el artículo 609 del Código Judicial por haber tomado aquella confesión en la forma que lo hizo el Tribunal, el cual por esto, infringió el citado artículo 2356. Sobre este mismo artículo añade que la responsabilidad de que se trata se rige exclusivamente por él, pues la que se debate es la correspondiente al hecho de una cosa cuya guardia o custodia compete a los demandados.

Dice el recurrente que a los demandantes no correspondía probar sino estos hechos: el accidente, y que éste lo causó una cosa material sin que el encargado de su guarda o sus dependientes hayan tenido intención de causarlo. De ahí que para nada importe la circunstancia de que Germán García Ferro o Alberto Zambrano sean o no dependientes o empleados de los dueños del Garaje Flandes. Este es un punto completamente extraño a la responsabilidad específica del caso de autos. *Habría podido causar el accidente sufrido por el niño Albarrán un transeúnte que ocasionalmente hubiera entrado al garaje y hubiera hecho lo mismo que realizó Zambrano. Esto en nada habría cambiado la naturaleza de la acción ejercitada y la índole de las pruebas aducidas para el efecto de deducir la irresponsabilidad a los actuales demandados.* Cierra la

enumeración de lo que a los demandantes correspondía probar, agregando al primer elemento *accidente* y al segundo, *que éste lo causó una cosa material*, éste como tercero: *"que la cosa que causó el daño tenía un guardián jurídico, para lo cual basta acreditar quién es su propietario"*. (Ha subrayado la Corte).

Añade en ese párrafo el recurrente que el Tribunal acertadamente convino en que por hallarse el automóvil en el garaje en virtud del contrato de arrendamiento de una de sus casillas, la guarda de aquél se desplazó pasando de su dueño a los dueños de la empresa.

Y siguiendo lógicamente su teoría, que es la de los comentadores franceses, sobre que la guarda jurídica es la fuente o razón de ser de estas responsabilidades indirectas, se queja de que el Tribunal no dedujera la de los demandados por desconocer él que está probado que éstos son los dueños del garaje. Esto hace ver más claramente por qué el recurrente acusa ante todo, como ya se dijo, por error en la apreciación de las pruebas que el recurrente indica como suficientes para acreditar tan decisivo hecho, a saber: la confesión de la señora Barriga de Calderón, a que ya se aludió aquí, la declaración del administrador García Ferro, el certificado catastral en que figura el garaje como de propiedad de los sucesores de don Luis Calderón Tejada (de la sociedad conyugal Calderón-Barriga, dice el recurrente), y los inventarios en la causa mortuoria de este señor, diligencia en que ese inmueble figura en el activo con indicación de la escritura de compra de su suelo y de que el edificio lo construyó él a sus expensas, todo dentro de la sociedad conyugal.

El Tribunal advierte que lo procedente para acreditar el dominio de un inmueble es la escritura pública registrada, y el recurrente objeta esta exigencia alegando que si es de rigor en un juicio reivindicatorio, en su caso, por ejemplo, no lo es en un litigio como el presente en que no se está contendiendo sobre el dominio en sí sino tan sólo acreditando la calidad de dueño en el demandado, con fines muy distintos y como mero detalle, aunque importante, para justificar la acción que aquí se ejercita. Estima que esas pruebas son suficientes como indicios cuyo conjunto comprueba la calidad con que los demandados han de responder.

Se considera:

Al absolver posiciones en primera instancia (cuaderno 2º, folios 42 a 44), la señora Barriga de Calderón dijo: 1º Que es cierto que su esposo costeó el edificio antedicho; 2º Que considera ese bien como de la sociedad conyugal por haber levantado durante ésta ese edificio su marido. Así se resumen sus dos primeras respuestas, que es en donde los demandantes hallan la citada confesión. Al punto 3º del interrogatorio, según el cual a la muerte de su marido ella ha creído que los únicos dueños son ella y sus hijos, contestó: "No es cierto, pues el edificio pertenece a los bienes de la sucesión de mi esposo que no se ha liquidado". En el punto 4º se le pregunta si muerto don Luis, el garaje continuó administrándose por cuenta de ella y sus hijos hasta el momento actual (el de las posiciones), y ella respondió: "Un tiempo después de la muerte de mi esposo, el edificio lo administró el señor Germán García Ferro, quien fue colocado allí por los señores Melos". El punto 5º pregunta si ella y sus hijos han autorizado a García y Luis Suárez para que administren ese edificio, y contestó: "No es cierto. Como lo dije en la respuesta anterior, el señor García Ferro fue nombrado por los señores Melos y yo no sé de dónde se deriva la razón por la cual los señores Melos se encargaron de hacer este nombramiento. El señor Suárez creo que era un empleado nombrado por el señor García Ferro."

El Tribunal, analizando esta prueba, encuentra que si la absolvente declara, como ya se vio, respecto de la adquisición de esa finca, hace allí mismo una salvedad o modificación respecto del dominio, no en sí, sino sobre su ejercicio, al decir que no sabe siquiera por qué intervengan los terceros a quienes atribuye el nombramiento de administrador.

Así las cosas, dada la precisa calidad y actuación que ha de asistir a los demandados según los demandantes para que aquéllos respondan, no se ve error del Tribunal en la apreciación de esa confesión, sino antes bien su ajustamiento al artículo 609 del Código Judicial, lo que vale como decir que ni éste ni los artículos 604 y 606 del mismo se quebrantaron.

Tampoco se encuentra errónea la apreciación del certificado de la Oficina de Catastro, en cuanto el Tribunal observa que, a más de no ser el comprobante de la propiedad, es muy ocasionado a equivocaciones, pues frecuentemente figuran en esas oficinas como dueños nombres distintos de los que efectivamente lo son.

Análoga conclusión ocurre respecto de los reparos del Tribunal a la fuerza probatoria que dan los demandantes a la inclusión de la finca en referencia en el inventario de los bienes de la sucesión del señor Calderón Tejada, en cuanto observa cuán frecuentemente esa inclusión no corresponde a un efectivo dominio del causante.

García Ferro, como testigo, declara que al posesionarse del cargo de Administrador ante los señores Melos en la oficina de éstos le dijeron que el garaje era del señor Luis Calderón Tejada, su sucesión. El Tribunal, viendo que en esto García es testigo de oídas, al estudiar esta declaración escuchó el artículo 698 del Código Judicial.

No es, pues, aceptable el cargo de error de apreciación de estos elementos probatorios. Aunque el recurrente lo limita a éstos, no sobrará agregar que, como lo anotan las sentencias de instancia, tampoco son aceptables las demás declaraciones de testigos recibidas, porque el testigo Milciades Serrano, al responder al respecto, dice: "Tengo una media idea que el que costeó la edificación del Garaje Flandes fue el señor Julio Calderón; esto, porque lo he oído decir.... He oído decir que la señora viuda de Calderón y sus hijos són los dueños del mentado edificio Garaje Flandes, y que un administrador de ellos es el recomendado para arrendar los garajes. Todo esto lo sé por los rumores que se oyen, pues a mí no me consta personalmente nada al respecto". Otros testigos responden que el garaje es de la viuda e hijos de don Luis Calderón; pero sin dar razón alguna de su dicho (cuaderno 2º, folios 11, 12, 14, 15 y 16).

El testigo Francisco Luque, después de manifestar que no le consta nada de lo que se le pregunta sobre que el garaje es de dicha señora y sus hijos o de dicha sucesión, agrega: "El señor Germán García no sé por cuenta de quién haya sido administrador de tal edificio; oí decir que era por cuenta de un banco, si mal no recuerdo, del Agrícola o Central Hipotecario". (Folio 18 ibídem).

El recurrente, refiriéndose a la fuerza indicial de las pruebas de cuya errónea apreciación acusa, indica como quebrantadas las disposiciones legales sobre esta prueba, entre ellas especialmente el artículo 665 del Código Judicial, porque, en su sentir, aquéllas en sí y con más veras en su conjunto constituyen la plena prueba que el Tribunal dejó de ver.

A este respecto es de recordar que ese Código defiere al convencimiento del juzgador (artículo 664); de suerte que en casación no puede reputarse error que, determinando consiguiente quebranto de disposiciones sustantivas, produzca la infirmación de la sentencia de los Tribunales, el hecho de que éstos no hayan encontrado fuerza suficiente para convencerlos en un indicio o conjunto de indicios sobre los cuales el recurrente manifieste que sí lo han convencido. Así lo ha expuesto esta Sala en diversos fallos, agregando que el ataque por apreciación de la prueba indicial no puede prosperar sino en cuanto se haya dado por probado un indicio que no lo está, o pasádose por alto uno cuya estimación impondría conclusiones distintas de las deducidas por el Tribunal sobre el tema respectivo, o que con este resultado se haya tenido por no probado un indicio a pesar de estarlo, o cuando se ha faltado a la lógica por no haber entre los indicios o su conjunto, de un lado, y, de otro, las deducciones del Tribunal, el vínculo de causalidad que obligadamente ha de atar a aquéllos con éstas.

Si la clave de la demanda está en la calidad de dueños y explotadores del garaje en los demandados, pues sólo en ella o con ella han de responder de la acción incoada, concepto que se impone aun siguiendo incontestadamente la tesis de los demandantes, y si esa calidad no está demostrada ante el Tribunal ni puede estarlo ante la Corte por no prosperar los reparos hechos en casación a la apreciación que dio el Tribunal a las pruebas de los actores encaminadas a comprobarla, no pueden prosperar tampoco los cargos de quebranto de disposiciones legales sustantivas que formulan como recurrentes, señalándoles como causa ese error de apreciación de pruebas.

—

Aunque, así las cosas, lo dicho bastaría para no infirmar la sentencia recurrida, siendo el fin principal de este recurso el de unificar la jurisprudencia (Código Judicial, artículo 519), preciso es agregar algunas consideraciones sobre el tema doctrinal a cuyo rededor ha girado esta controversia.

En la culpa contractual se tiene que, como regla general o en principio según el Código Civil, quien responde del daño es quien lo ha causado (artículos 2341, 2343 a 2345 y 2356). Excepcionalmente, en casos que aquél señala en forma taxativa, establece la responsabilidad por el hecho ajeno (artículos 2346 a 2349) y la responsabilidad por lo que ha solido llamarse el hecho de las cosas (artículos 2350, 2351, 2353, 2354 y 2355). Es de advertirse que en esta última responsabilidad nuestro Código forma sendas casillas para los daños causados por animales (artículos 2353 y 2354), y por las cosas propiamente dichas (artículos 2350, 2351 y 2355).

El Código Civil francés establece la referida responsabilidad personal en sus artículos 1382 y 1383, en que respectivamente contempla como fuente del daño la acción y la omisión, y en el 1384 las otras responsabilidades antedichas, o sea, las indirectas, y procede a ello conjuntamente respecto de ambas, esto es el hecho ajeno y el de las cosas. En el 1385 habla del daño causado por los animales, y en el 1386 atiende singularmente al causado por la ruina de un edificio proveniente de falta en su conservación o de vicio de construcción. Esto último lo regula nuestro Código en el dicho artículo 2351, remitiéndose al 2060, relativo a la construcción de edificios por contrato con empresario.

El citado artículo 1384 dice: "Uno es responsable no sólo del daño que ha causado por su propio hecho, sino también del causado por el hecho de las personas por las cuales uno debe responder, o de las cosas que tiene bajo su guarda". Y en seguida indica cuáles son las personas por quienes se debe responder, lo que hace en forma análoga nuestro artículo 2347.

Este exige para la responsabilidad del padre y, a falta de éste, de la madre, por el hecho de los hijos, no sólo que sean menores, sino que habiten en la misma casa; para la del guardador, que el pupilo viva bajo su dependencia y cuidado; para la de los directores de colegios y escuelas, que el discípulo esté bajo su cuidado y otro tanto para los artesanos y empresarios por sus aprendices o dependientes. Tal el texto de nuestra disposición en cita, cuyo inciso final agrega en forma adversativa: "Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho."

Análogamente, al establecer nuestro artículo 2349 la responsabilidad de los *amos* (palabra que naturalmente hoy disuena, pero cuyo amplio sentido actualmente no se discute) por el daño causado por sus criados o sirvientes, exige que haya ocurrido con ocasión del servicio prestado por éstos a aquéllos y además agrega, también adversativamente: "pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio que los amos no tenían medios de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente."

Claro se ve que el espíritu y tenor literal de estas disposiciones, que son las que en nuestra legislación establecen la responsabilidad por el hecho de otro, llegan a ésta en función de un vínculo de causalidad entre el autor y el responsable indirecto, vínculo nacido de la dependencia, de la autoridad, de la vigilancia, del cuidado a que están obligados o de que se hallan investidos los que por esto responden del daño sin ser personalmente los autores de la acción u omisión que lo ha causado. De donde se deduce que en nuestra jurisprudencia conservan su razón de ser y no son obsoletas ni están amenazadas de desuetud las reflexiones conducentes a la consabida distinción de culpa *in eligendo* e *in vigilando* y aun a la misma afirmación de éstas.

La otra responsabilidad excepcional, o sea la llamada *por el hecho de las cosas* que, como ya se vio, el Código francés la establece diciendo que uno es responsable del daño causado "por el hecho de las cosas que tiene bajo su guarda", nuestro Código la atiende y regula al tenor de las disposiciones ya citadas aquí, separando lo tocante al daño causado por los animales del causado por las cosas propiamente dichas.

Para aquéllos tenemos, como ya se dijo, el artículo 2353, que atribuye la responsabilidad al dueño y la hace extensiva al que se sirve de animal ajeno, sin perjuicio de su acción contra el dueño en los casos y forma allí indicados, y el artículo 2354 que erige en caso especial el del daño causado por animal fiero de que no se reporta utilidad para guarda o servicio de un predio y prescribe que ese daño "será siempre imputable al que lo tenga" y termina diciendo que "si alega que no le fue posible evitar el daño, no será oído".

Cuanto a la responsabilidad por las cosas, nuestro Código no la establece sino en estas precisas disposiciones y casos: a cargo del dueño de un edificio por los daños que ocasione su ruina por haber omitido las reparaciones necesarias o faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia (artículo 2350), y a cargo de las personas que habitan la parte superior de un edificio por el daño causado por una cosa que cae o se arroja de ésta (artículo 2355).

Todo esto indica, también con suma claridad, que por estar reguladas las responsabilidades en cuestión en nuestro Código de modo peculiar y distinto para cada una y, sobre todo, muy diferente de como las regula el código francés, en lo atañedero al llamado hecho de las cosas, no es acertado seguir a los comentadores franceses en forma que implique el olvido de esas diferencias.

El artículo 2356 de nuestro Código, corroborando la noción de responsabilidad del artículo 2341, lo amplía y complementa al crear la presunción de culpa hallada en él por las razones que esta Sala ha expuesto en varios fallos, de los cuales son de citarse los de 14 de marzo y 18 y 31 de mayo de 1938 (*Gaceta Judicial*, tomo XLVI, páginas 211, 515 y 560, respectivamente).

Pero, por lo mismo, es de reconocerse que el artículo 2356 no mira a ninguna de las responsabilidades indirectas de que se ha hablado, lo que vale como decir en el presente pleito que ni ocasión ha habido para quebrantarlo, puesto que el Tribunal no manifestó siquiera duda sobre la responsabilidad del autor del hecho culposo, sino antes bien el concepto afirmativo sobre que hubo culpa y hubo daño es uno de los fundamentos o puntos de partida de su sentencia, la que expresamente habla del acto indebido del sirviente Zambrano, autor inmediato y directo del daño, y de la negligencia, igualmente culposa, de García Ferro, administrador o factor, a favor de la cual se autorizó o se permitió o no se impidió aquel acto. Si el Tribunal hubiera basado su fallo en no estar comprobadas estas culpas y hubiera exigido la comprobación a los demandantes, entonces sí sería procedente la acusación por quebranto de este artículo 2356, cuya presunción así se habría desoído, y del artículo 1757 sobre carga de la prueba, ya que así ésta se habría echado a hombros distintos de los que deben soportarla en virtud de esa presunción.

Para trasladar o hacer extensiva la responsabilidad consiguiente a otra persona, no son esas

disposiciones las invocables, sino las que miran a la responsabilidad por el hecho ajeno. Los demandantes mismos lo entendieron así, como se colige de su demanda y como lo persuaden sus alegaciones en Juzgado y Tribunal. Y como para llegar a tal resultado es precisa la vinculación de que ya se habló y en ésta no cabe pensar no habiéndose demostrado que los demandados sean dueños y empresarios del garaje, forzoso es concluir que a la luz de lo que en el proceso consta no puede darse por producida esa responsabilidad de los demandados por las culpas de los prenombrados sirviente y factor.

La demanda también ejercita la acción correspondiente a la responsabilidad por el hecho de las cosas y por riesgo creado, según se vio al transcribir su hecho décimo. Al respecto ocurre la misma conclusión negativa, a la que sería de llegarse aunque se siguieran en un todo las tesis del recurrente, puesto que, aun dentro de ellas, para producirse la responsabilidad que se quiere cargar sobre los demandados sería preciso que su referida calidad de dueños y empresarios del garaje estuviese comprobada. Pero no sobra advertir que esas tesis no las comparte la Sala en lo atañedero a la teoría del riesgo creado, acerca de la cual en diversos fallos ha puesto de presente cómo ella no puede aceptarse ante nuestra legislación que basa las responsabilidades extracontractuales en la noción de culpa.

Cuanto a esas tesis, en relación con la responsabilidad por el hecho de las cosas, ya se vio a qué casos singulares nuestro Código la limita. En la demanda de casación, tal como rezan sus frases transcritas y subrayadas aquí, el cargo se reduce y concreta expresamente a esta responsabilidad, al extremo de declarar allí el recurrente que si el autor hubiera sido la persona más extraña a los demandados, como un transeúnte que ocasionalmente se hubiera entrado al garaje, ellos serían los responsables, por ser los dueños y explotadores de éste, en fuerza de su dominio y explotación, porque esto habría hecho pasar a ellos la guarda jurídica del automóvil que causó el daño.

Lo que detalladamente se ha expuesto sobre la responsabilidad por el hecho de las cosas y sobre su guarda jurídica y el contraste a estos respectos entre las legislaciones colombiana y francesa, demuestra que, aunque estuviese acreditada la calidad de dueños y empresarios del garaje atribuida a los demandados, no podría cargárseles la responsabilidad que se les demanda sobre esa base y desde este punto de vista, que es, repítese, en el que se coloca la demanda de casación.

Por lo demás, como se ha repetido varias veces, esa calidad de los demandados no se demostró y con eso basta para que, faltando la indispensable vinculación entre ellos, de un lado, y los prenombrados factor y sirviente, de otro, no se produzca la responsabilidad por el hecho ajeno que les diera personería sustantiva para que contra ellos pudiera entenderse bien dirigida la demanda.

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 veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos.

Sin costas por no haberse causado.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

FILIACION NATURAL

1. A la Corte como Tribunal de Casación no le es permitido modificar el concepto del fallador de segunda instancia sino en cuanto se alegue y demuestre que al hacer la estimación de las pruebas se equivocó de hecho, esto es, que adoptó una convicción manifiestamente contraria a la evidencia de los autos, o que erró de derecho, esto es, que supervaloró una prueba o disminuyó su mérito legal, y que, como consecuencia de cualquiera de estos dos errores quebrantó una disposición legal sustantiva. Y esto porque el recurso de casación es cosa esencialmente distinta de una tercera instancia judicial en que pudiera renovarse libremente la controversia haciendo una vez más la calificación probatoria del proceso.

2. Conforme a los artículos 401, 403 y 404 del Código Civil que el artículo 7º de la Ley 45 de 1936 hizo aplicables al caso de la filiación natural, el padre debe intervenir forzosamente en el juicio como exclusivo contradictor legítimo y con la vida de éste fenece la acción sobre declaratoria judicial de filiación natural.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

En libelo fechado el 22 de septiembre de 1939, dirigido al Juzgado 2º Civil del Circuito de Los Andes, Manuel Cesáreo Rodas y Ester Julia Rodas, por medio de apoderado, demandaron en juicio ordinario a Balvanera Grajales de Mesa, Marco Mesa Grajales, Epitacio Mesa Vergara, Juan Esteban Grajales, la Parroquia de Concordia y el Hospital de Caridad de Concordia, para que con su audiencia y la del Ministerio Público, se declare que José María Grajales, fallecido en octubre de 1938, fue el padre natural de los demandantes, quienes, en consecuencia, tienen la calidad de hijos naturales de él, con los derechos y obligaciones correspondientes; que son sus herederos legítimos con derecho a las tres cuartas partes de sus bienes sucesorales; que no les son oponibles la escritura y el testamento otorgados por Grajales en el mes de julio de 1938, en cuanto lesionan la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras, por lo cual debe reformarse el testamento.

Se funda la demanda, en síntesis, en que durante más de treinta años José María Grajales mantuvo relaciones sexuales con Zoila Rosa Rodas en los parajes de Santa Luisa y Morelia en los Municipios antioqueños de Salgar y Concordia, prodigándose mutuas consideraciones y cuidados, viviendo con apariencia de legítimo matrimonio, y que como fruto de tales relaciones nacieron los demandantes en julio de 1893 y febrero de 1912; que éstos fueron recibidos por su padre como sus hijos verdaderos, proveyendo a su educación y establecimiento, presentándolos en ese carácter a parientes y amigos, por lo cual fueron reputados siempre como tales.

Los demandados, con excepción de uno, negaron los hechos fundamentales de la demanda y se opusieron a las declaraciones pedidas, alegando como excepción perentoria la de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada. Tramitado legalmente el proceso, finalizó el primer grado con sentencia de 4 de julio de 1940, en la cual, con apoyo en los artículos 403 y 404 del Código Civil y 7º de la Ley 45 de 1936, se declaró probada la excepción perentoria propuesta y se absolvió en consecuencia a los demandados.

Apelado este fallo por la parte demandante, se surtió ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín la segunda instancia del juicio, que finalizó con la sentencia de 23 de octubre de 1942, confirmatoria de la apelada, aunque por motivos diferentes.

En concepto del Tribunal sí es procedente la acción de filiación natural que consagra la Ley 45 de 1936 *post mortem* del padre siempre que la demanda se dirija contra todas las personas que puedan recibir perjuicio con el fallo, esto es, contra todos los herederos y legatarios, si existieren, del padre muerto. Pero no obstante considerar que la relación jurídico-procesal quedó debidamente trabada entre los titulares del derecho y los sujetos legalmente pasivos de la declaración demandada, desembocó la sentencia en la misma solución absolutoria por estimar que la prueba testimonial traída a los autos, copiosa pero contradictoria, no da base a la certi-

dumbre sobre las relaciones sexuales estables, notorias y permanentes entre Grajales y la Rodas, ni respecto de los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hijos que alegan los actores, especialmente porque los hechos de donde se hace provenir la filiación y a que se refieren los testigos debieron de suceder con una antigüedad de medio siglo respecto del demandante Manuel Cesáreo y de treinta años por lo que hace a Ester Julia. Fundado en esta oscuridad testimonial, en el hecho plenamente establecido de que la Rodas fue mujer de vida licenciosa que procreó hijos con diversos hombres y que José María Grajales afirmó en su testamento que no tenía ningún hijo natural, concluyó el Tribunal que carecía de base probatoria para hacer las declaraciones impetradas.

El recurso.

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia interpuso oportunamente la parte demandante el recurso de casación que hoy se decide. Apoya el recurrente su acusación en la primera de las causales legales de casación (artículo 520, Código Judicial) y afirma que el Tribunal, a la vez que acertó en la solución del debatido problema del legítimo contradictor en acciones de esta especie, erró de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas aportadas para demostrar las relaciones sexuales permanentes entre Grajales y la Rodas y la posesión notoria del estado de hijos naturales por parte de los demandantes por lo cual incidió en quebranto de los artículos 4, 20, 23 y 24 de la Ley 45 de 1936 al denegar la declaración judicial de filiación natural y con ella las consecuenciales al derecho de herencia demandado.

Dice el recurrente que los demandantes sólo han traído este juicio de la Corte "para expresar que no están acordes con la interpretación o apreciación que el Tribunal dio a las pruebas de parte y parte", para lo cual transcribe en su demanda numerosas declaraciones de testigos aportadas por los actores y los demandados, para concluir en seguida que "un análisis completo y sereno de los dos grupos de declaraciones que por las partes se trajeron a este expediente, deja ver con absoluta nitidez, que el hecho de la posesión notoria del estado de hijos naturales que tuvieron mis poderdantes respecto de Manuel Cesáreo Rodas (sic), es cosa indiscutible y que ante ello era suficiente conforme al ordinal 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 para hacer la declaratoria pedida en la demanda".

Se considera:

A los Jueces de instancia corresponde de acuerdo con el derecho procesal y dentro de la órbita legal el análisis y apreciación de los elementos probatorios aducidos en los términos correspondientes para decidir sobre las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y a la Corte como Tribunal de Casación no le es permitido modificar el concepto del fallador de segunda instancia sino en cuanto se alegue y demuestre que al hacer la estimación de las pruebas se equivocó de hecho, esto es, que adoptó una convicción manifiestamente contraria a la evidencia de los autos, o que erró de derecho, esto es, que supervaloró una prueba o disminuyó su mérito legal, y que, como consecuencia de cualquiera de estos dos errores, quebrantó una disposición legal sustantiva. Y esto porque el recurso de casación es cosa esencialmente distinta de una tercera instancia judicial en que pudiera renovarse libremente la controversia haciendo una vez más la calificación probatoria del proceso.

No encuentra la Sala que la demanda de este recurso contenga la demostración de ninguno de los dos errores de estimación probatoria que pudiera abrirle el camino, a través de la violación de ley sustantiva, para llegar a una reconsideración de la materia litigiosa, porque en ella simplemente se plantea un criterio apreciativo diferente del que usó el Tribunal para fundar su convicción al frente del acervo de pruebas. Las conclusiones de la sentencia son el resultado del estudio analítico de numerosas exposiciones testificales consideradas en cuanto a su valor demostrativo en sí mismas y en relación con las que las contradicen y destruyen, de tal modo que respecto de ellas es imposible formular acusación por error de hecho, que requiere para existir que la cuestión sobre que verse no sea dudosa, ni de derecho tampoco porque el Tribunal se movió en la apreciación testimonial dentro del amplio margen de libertad que concede el artículo 702 del Código Judicial, disposición que en nuestro derecho probatorio adopta en ese caso concreto el sistema de la persuasión racional.

Excusa a la Sala el hacer una demostración pormenorizada con cita de testigos y contenido de sus exposiciones en vía de hacer visible la ineptitud de la demanda de casación, la circunstancia de su inutilidad, ya que ni aun en el caso de que por una adecuada acusación hubiera de prosperar el recurso habría lugar a la infirmación del fallo acusado porque en tal evento, la Corte, en función de juez de instancia, habría de llegar a la misma conclusión absolutoria de la sentencia en virtud de su doctrina, fundada en los artículos 401, 403 y 404 del Código Civil que el artículo 7º de la Ley 45 de 1936 hizo aplicables al caso de la filiación natural, de que el padre debe intervenir forzosamente en el juicio como exclusivo contradictor legítimo y que con la

vida de éste fenece la acción sobre declaratoria judicial de filiación natural. Esta doctrina, adoptada por voto mayoritario de la Sala de Casación Civil, ha venido siendo sostenida y explicada en una larga serie de decisiones que ya alcanza la decena, sin solución de continuidad, de manera que ya basta con citarla para cumplir la misión que compete a la Corte de uniformar la jurisprudencia nacional, sin incurrir en vicio de tautología con la repetición de la misma tesis con diversas palabras.

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 Medellín el 23 de octubre de 1942, acusada en este recurso de casación.

Costas del recurso 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 Hinestrosa Daza, Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

FILIACION NATURAL

En más de diez fallos tiene decidido esta corporación que muerto el presunto padre natural la acción sobre filiación natural que consagra la Ley 45 de 1936 no es viable. Quizá no hay un extremo sobre el que se encuentre una jurisprudencia más reiterada. La última sentencia dictada al respecto es la de fecha 30 de noviembre de 1943, en la cual se sustenta una vez más la doctrina mencionada. No puede aceptarse la tesis intermedia que sostiene el fallador de segunda instancia, o sea que puede entablarse esa acción después de muerto el padre siempre que se demande a todos los herederos, porque muerto el presunto padre natural, antes de la iniciación del juicio de filiación, no es posible ni viable el ejercicio de la acción correspondiente al tenor del artículo 403 del Código Civil tal como lo ha interpretado la Corte, interpretación que es doctrina. De modo que al respecto sería indiferente que se demandara a uno o a varios herederos, porque no existiendo el legítimo contradictor, la acción no procedería. Es de la existencia o no existencia del legítimo contradictor, que es el presunto padre, de lo que se trata y nada más. No existiendo, no hay personería sustantiva en la parte demandada, personería que no quedaría saneada por el hecho de ser demandados todos los herederos del presunto padre.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Joaquín Londoño como apoderado de Enrique, Margarita, Carlos, Ligia, Lila o Josefina y Luisa Mejía demandó a Pedro, Ramón, Bernardo, Juan R., José Francisco, Soledad, Paulina, Laura, Ana, Luisa, Margarita, Martina, Emilia y Teresa Pizano R., para que se declarara la filiación natural de los primeros, como hijos naturales de Enrique Pizano R. La demanda la dirigió contra los segundos en su calidad de herederos de Enrique Pizano como hermanos legítimos de éste.

Admitida la demanda, los demandados la contestaron oponiéndose a ella y en el término probatorio se produjeron pruebas por ambas partes, quienes presentaron sus respectivos alegatos.

En sentencia de 10 de junio de 1941 el Juez de Circuito de Titiribí desató la litis decretando favorablemente las súplicas de la demanda. Apelada aquélla por la parte demandada, el Tribunal Superior de Medellín en fallo de 24 de agosto de 1942 la revocó y en su lugar declaró probada, pero no con el carácter de perentoria, la excepción de ilegitimidad de la personería de la parte demandada, por lo cual dijo que no hay lugar a proveer sobre las solicitudes de la demanda.

Ambas partes interpusieron recurso de casación, el que debidamente tramitado pasa a decidirse.

La sentencia se funda en lo siguiente: En que no está comprobado que los demandados tengan el carácter de hermanos legítimos y por lo tanto herederos de Enrique Pizano, pues no se adujeron las pruebas pertinentes sobre el particular y la mera confesión no sirve para acreditar el estado civil. Por eso el Tribunal estimó que si en otro juicio se comprueba ese estado la acción puede volver a intentarse y de ahí que la excepción que dedujo sobre ilegalidad de la personería de la parte demandada no tenga sino un carácter dilatorio.

Además sostiene el Tribunal que la acción de filiación a que se refiere la Ley 45 de 1936, puede entablarse después de muerto el padre, siempre que se demande a todos los herederos de modo que si no se comprueba ese extremo, o si la demanda se dirige contra un solo heredero, la acción no es viable. El Tribunal sustenta una tesis, a este respecto, intermedia entre las dos tesis que se han presentado al respecto.

Por vía de método pasa esta corporación a estudiar en primer término el recurso de la parte demandada porque él es un ataque a fondo a la sentencia, toda vez que la acusación, basada en el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial, la hace consistir en infracción, por no haber sido aplicados al caso del pleito los artículos 403 y 404 del Código Civil en concordancia con el artículo 7º de la Ley 45 de 1936.

Vista esta acusación y su fundamento cual es que después de la muerte del presunto padre natural no puede iniciarse la acción sobre recono-

cimiento de hijos naturales de éste, la Corte considera: En más de diez fallos, esta corporación tiene decidido ese punto en la forma en que lo expone el apoderado de la parte demandada, o sea que muerto el presunto padre natural, la acción sobre filiación natural que consagra la Ley 45 de 1936, no es viable. Quizá no hay un extremo sobre el que se encuentre una jurisprudencia más reiterada. La última sentencia dictada al respecto es la de fecha 30 de noviembre último, en la cual se sustenta una vez más la doctrina mencionada. Es pues inoficioso volver sobre ese punto, con el fin de dilucidarlo de nuevo porque el asunto está agotado en varias sentencias, a las cuales se remite hoy la Corte, y remite al Tribunal de Medellín y a las partes en este juicio.

No puede aceptarse la tesis intermedia que sustenta el fallador mencionado, porque muerto el presunto padre natural, antes de la iniciación del juicio de filiación, no es posible ni viable el ejercicio de la acción correspondiente al tenor del artículo 403 del Código Civil tal como lo ha interpretado la Corte, interpretación que es doctrina. De modo que al respecto sería indiferente que se demandara a uno o a varios herederos, porque no existiendo el legítimo contradictor, la acción no procedería. Es de la existencia o no existencia del legítimo contradictor, que es el presunto padre, de lo que se trata y nada más. No existiendo, no hay personería sustantiva en la parte demandada, personería que no quedaría saneada por el hecho de ser demandados todos los herederos del presunto padre.

La sentencia debe pues casarse en el sentido de deducir la excepción de falta de personería sustantiva en la parte demandada, lo que lleva a la negativa de las peticiones de la demanda y a la absolución de la parte demandada, sin que sea posible luégo volver a entablar la presente acción.

Al concluir de este modo queda resuelta, en sentido negativo, la demanda de casación interpuesta por la parte actora.

No obstante, para mayor abundamiento, y por vía de doctrina, la Corte se refiere a algunos de los cargos de la demanda del recurrente actor. El Tribunal de Medellín sostuvo la tesis consistente en que el estado civil de las personas se acredita por alguno de los medios establecidos por la ley y que la mera confesión al respecto, cuando se trata de la comprobación de ese estado, no es eficaz. Está en lo cierto el fallador; en lo que se equivocó fue en haber decidido que la acción queda viva, para que posteriormente pueda acreditarse el estado civil de los demandados respecto al presunto padre natural señor Enrique Pizano.

Invocó dicho recurrente además la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial, pero esa acusación no está demostrada porque por una parte los Jueces de la causa, el de Titiribí y el Tribunal de Medellín, tienen jurisdicción para conocer de este juicio y por la otra, los demandados fueron citados, comparecieron y se apersonaron en el juicio. No se halla tampoco la ilegitimidad de la personería adjetiva en la parte demandante ni en sus apoderados o representantes. Lo que existe es falta de personería sustantiva en la parte demandada, que nada tiene qué ver con las causales de nulidad a que se refiere el artículo 448 del Código Judicial, como lo ha resuelto muchas veces la Corte.

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, *casa* la sentencia recurrida y *falla* así este pleito:

1º *Revócase* la sentencia de primer grado dictada en este juicio por el Juez de Circuito de Titiribí;

2º *Se declara* probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, *se niegan* por lo tanto todas las peticiones de la demanda y *se absuelve* a los demandados de los cargos contenidos en ella.

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.

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

RENDICION DE CUENTAS

Incurre en equivocación el sentenciador al considerar que en el juicio de rendición de cuentas no pueden ventilarse cuestiones sobre la mala administración o a la extralimitación de las funciones del mandatario. Estas cuestiones sí pueden ventilarse en el juicio especial de cuentas si en las observaciones a las cuentas rendidas se le hacen, se basan en extralimitación o mala administración del mandatario, y por ese motivo se rechazan las cuentas. En este evento es natural que el que hace las observaciones a las cuentas pruebe que hubo administración indebida o extralimitación del mandato, dándole amplitud al mandatario para comprobar que obró dentro de él y que no lo extralimitó.

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

El apoderado judicial de María del Rosario Perea v. de Restrepo, María Isabel Restrepo de Buitrago, María Restrepo de Sicard, Elvira Restrepo de Pardo y Rosario Restrepo de Martínez, demandó al señor Jorge Gómez Restrepo, para que se declarara que este señor estaba en la obligación de rendir cuentas de la administración de los bienes pertenecientes a la sucesión del señor José Bernardo Restrepo, debidamente documentadas y comprobadas dentro del término que le fijare el señor Juez.

Surtido el correspondiente traslado, el Juez ordenó la rendición de las cuentas fijándole al demandado el correspondiente término para hacerlo. Gómez Restrepo, dentro de ese término, rindió las cuentas de su administración, que fueron objetadas por el apoderado de las demandantes. De esas objeciones se dio traslado al demandado y como éste manifestara que no las aceptaba, se ordenó por el Juzgado que se tramitara el correspondiente juicio ordinario para la comprobación de las objeciones formuladas a las cuentas.

El Juez de la instancia en sentencia de fecha 29 de noviembre de 1940, aprobó las cuentas presentadas por Gómez Restrepo; lo absolvió de los cargos que se le hicieron en la demanda de objeciones y lo condenó a pagar a las actoras la suma de quinientos noventa y tres pesos cuarenta y tres centavos ($ 593.43) como saldo a favor de las demandantes. No se hizo condenación en costas.

Apelado este fallo por el apoderado de las demandantes, el Tribunal Superior de Bogotá, en 2 de julio de 1942, reformó la sentencia del Juez, y declaró que Jorge Gómez Restrepo, en su condición de mandatario o administrador que fue de los bienes pertenecientes a la sucesión de José Bernardo Restrepo, era deudor de las demandantes de la suma de tres mil setecientos ochenta y seis pesos con cuarenta y tres centavos ($ 3.786.43) y no hizo condenación en costas.

Ambas partes interpusieron el correspondiente recurso de casación que se les admitió y que hoy se estudia, previas las siguientes consideraciones:

El apoderado de las demandantes le hace a la sentencia del Tribunal varias observaciones que se estudiarán en el orden en que fueron presentadas.

Primero. Error de derecho manifiesto en la apreciación de la demanda.

Consiste este reparo en que el Tribunal conceptuó que en el juicio de cuentas no se discutía solamente la administración o cumplimiento indebidos del mandato por parte del mandatario o en extralimitación de sus funciones, sino que el juicio se circunscribía únicamente a resolver si las cuentas presentadas estaban o nó comprobadas y si las objeciones a ellas formuladas estaban o nó demostradas.

Fundado en esas premisas el Tribunal no accedió o mejor, no consideró probados los reparos hechos por el recurrente a algunas de las cuentas presentadas, reparos referentes al descuido o negligencia del mandatario respecto de la ejecución del mandato, pero no señala de manera precisa cuáles fueron las peticiones de la demanda que apreció con error de derecho el Tribunal, ni ha demostrado que esas peticiones, que no se sabe cuáles serán, pueden tener cabida dentro del juicio especial de rendición de cuentas o del juicio ordinario en que aquél se convierte.

A consecuencia de ese error considera el recurrente violados los artículos 2155, 2158, 2160 y 2356 del Código Civil por no haberlos aplicado al caso del pleito.

Se observa:

Las disposiciones de los tres primeros artículos citados se refieren a las obligaciones del mandatario para con el mandante en el ejercicio de la ejecución del contrato de mandato, pero en este juicio no se discute si el mandatario cumplió o nó a satisfacción con sus deberes en relación con el mandante. Se trata sólo de saber si las objeciones presentadas a las cuentas rendidas por el mandatario se han o nó comprobado.

La acusación por violación del artículo 2356, es cuestión extraña al debate porque esa disposición dice relación a la culpa extracontractual y en el caso de autos no se trata de ésta sino de culpa si la hubiere, contractual por extralimitación del mandatario en el ejercicio de sus funciones, extremo que no se hizo valer en las demandas del juicio.

El Tribunal en su sentencia asienta lo siguiente:

"A propósito, el Tribunal advierte que el juicio de cuentas fue enderezado primero a que se rindieran las cuentas y luégo a que se comprobaran los ingresos como las salidas. Cualquier otro objetivo, cualquier otro alcance que se le quiera dar a la misma acción de cuentas es improcedente, está fuera de lugar, porque la demanda no versa sobre administración indebida o incumplimiento indebido del mandato por parte del mandatario. Ya se resaltó a qué se contrajeron ambas demandas.

"En la rendición de cuentas de la administración que se le ha pedido al demandante, basta que él acredite, en tratándose de erogaciones, que éstas las hizo. Que hayan sido indebidas, esto no está contemplado en las demandas y podría ser motivo, o pudo haberlo sido, de acción separada distinta."

A estas premisas del Tribunal el recurrente les hace la siguiente glosa:

"El juicio de cuentas tiene por objeto revisar las cuentas, contabilizarlas y saldarlas o deducir un alcance. Por su naturaleza especial dentro de él no solamente es procedente sino necesario el estudio y resolución de todo lo que con las cuentas tenga que ver, ya sea por perjuicios provenientes de mala administración o por cumplimiento indebido del mandato por parte del mandatario, sin que para esto se necesite súplica especial, como lo exige el Tribunal, porque el juicio de cuentas no se encamina a hacer una condena del modo que se obra cuando se persigue la declaración de un derecho, sino que tiene por objeto deducir o no deducir un alcance comparadas las entradas con las salidas sin desconocimiento del cuidado o descuido en su manejo en quien las rinde.

"Es claro que los ingresos como los egresos provienen de la ejecución de hechos cuya realización puede estar afectada de descuido o despilfarro, y entonces el estudio de estos vicios es inseparable del estudio de las cuentas y anterior a éste. No sería lógico recurrir a juicio ordinario distinto para el estudio y decisión del caso de perjuicios por administración indebida."

Para la Sala es evidente que el Tribunal al generalizar y determinar las acciones que puedan ejercitarse en dicho juicio, incurrió en equivocación al considerar que en este juicio especial de rendición de cuentas, no puedan ventilarse cuestiones relativas a la mala administración o a la extralimitación de las funciones del mandatario. Estas cuestiones sí pueden ser materia de estudio en el juicio especial de cuentas si las observaciones que a las cuentas rendidas se les hacen, se basan en extralimitación o mala administración del mandatario, y por ese motivo se rechazan las cuentas. En este evento es natural que el que hace las observaciones a las cuentas pruebe que hubo administración indebida o extralimitación del mandato, dándole amplitud al mandatario para comprobar que obró dentro del mandato y que no lo extralimitó, pero esta aserción del sentenciador, aunque en general errada, no sería suficiente motivo para casar el fallo porque el recurrente al acusar por error de derecho manifiesto en la apreciación de la demanda no señaló cuáles pasajes de ésta habían sido interpretados erróneamente por el sentenciador, es decir, no concretó cuáles fueran las cuentas rechazadas por proceder ellas de una indebida administración o estar fuera del giro ordinario de la administración del mandato.

En consecuencia se rechaza este cargo.

El segundo reparo consiste en el error de hecho y de derecho en que incurrió el sentenciador al apreciar la prueba sobre la venta que hizo el señor Gómez Restrepo de mil novecientos diez (1.910) árboles de eucaliptos de la hacienda de "Calahorra", de la administración de ésta y los perjuicios por haberla entregado.

Las pruebas mal apreciadas, a juicio del recurrente, son unas posiciones rendidas por Gómez Restrepo en relación con la venta de los eucaliptos y de la administración de esta hacienda.

Respecto de esta acusación dice la sentencia que no existen sino dos pruebas: la declaración de Calixto Campos y las posiciones absueltas por el demandado.

En las posiciones el demandado niega haber recibido por inventario los árboles que existían

en "Calahorra"; que no tenía la administración de esta hacienda; que los eucaliptos se vendieron a Calixto Campos; que los herederos se repartieron entre sí ese dinero y que esa suma fue entregada directamente por la señorita Restrepo a la señora viuda del causante, doña Rosario Perea de Restrepo. El Tribunal asentó que la parte actora en el memorial de pruebas que elevó al Tribunal para que declararan Calixto Campos y Raúl Alameda, confesó que Campos compró los eucaliptos a José Manuel Restrepo, uno de los herederos y que Campos los pagó íntegramente a éste. Confesión que relevaba al mandatario de la obligación de rendir cuentas sobre este particular, y esta base de la sentenciia no ha sido atacada en casación y conserva hoy toda su fuerza como prueba fehaciente que exonera a Gómez de rendir cuentas por la venta de los árboles.

El Tribunal estudió también detenidamente la cuestión relativa a la hacienda de "Calahorra" y concluyó que la compañía que había existido entre el señor José Bernardo Restrepo y sus hermanas se liquidó, adjudicándose parte de esa hacienda a dichas hermanas y que desde ese momento ellas continuaron administrando el inmueble.

A consecuencia de estos errores, considera el recurrente que se infringieron los artículos 2155, 2158, 2180, 2181, 2183 y 2356 del Código Civil por infración directa, y los 2161 y 2164 por aplicación indebida.

Se ha visto que las disposiciones primeramente citadas dicen relación a la responsabilidad del mandatario por el mal desempeño del mandato, cuestiones extrañas al litigio, que no fueron materia de las peticiones de la demanda. Los artículos 2161 y 2164 que se refieren a la delegación que el mandatario puede hacer de su encargo y a las acciones que el mandatario puede ejercer contra el delegado, son cuestiones ajenas al presente litigio.

Otro de los cargos consiste en el error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba respecto de la existencia de veintidós mil cuatrocientos pesos ($ 22.400) incluídos en el inventario del juicio de sucesión del señor José Bernardo Restrepo e igual suma recibida posteriormente por el señor demandado como precio de la venta de un ganado de la sucesión.

El Tribunal al estudiar este cargo dijo:

"La confesión hecha por el demandado en las posiciones, es indivisible, respecto del punto que nos ocupamos. Conforme a ella los $ 22.400 de la partida 25 es el valor que se dio a un ganado de la sucesión que existió y que fue vendido por esa cantidad a las señoritas Restrepos, mas como por la transacción celebrada entre los herederos de Bernardo Restrepo y ellas, conforme al documento de que se da cuenta, y conforme a la misma confesión que hacen las demandantes en el pliego de interrogatorio de las posiciones, Gómez Restrepo no recibió de las compradoras del ganado sino diez y ocho mil ciento cuarenta y cinco pesos ($ 18.145) porque la diferencia la tomaron las compradoras para cubrirse de suma igual que la sucesión les debía o salió a deberles por razón de esta transacción."

En las posiciones rendidas a que se refiere el recurrente, confiesa el señor Gómez Restrepo que recibió de las señoritas María Francisca y María Dolores Restrepo, en varias partidas la suma total de veinticuatro mil pesos ($ 24.000) que era el precio del ganado vendido a dichas señoritas y confiesa también que los inventarios en el juicio de sucesión de José Bernardo Restrepo fueron hechos según la relación de bienes que el absolvente suministró al doctor Miguel Aguilera, pero en ninguna de ellas confiesa que esas dos partidas sean distintas y que él las haya recibido, lo que es cierto es que en el inventario no se incluyó el valor del ganado, sin que pueda decirse que el Tribunal confundiera la existencia de una partida con la otra, pues a ese respecto el sentenciador razonó así:

"Si ello fuera cierto (que las dos sumas son distintas) la demanda respecto a la suma expresada carecería de fundamento, porque en las súplicas de las acciones ejercitadas no está contemplada ni reclamada y porque el argumento se impondría retorcerlo así: o la partida de los veintidós mil cuatrocientos pesos ($ 22.400) a que se refiere la partida 25 de los inventarios fue denunciada y tenida como existencia en dinero, no obstante no existir en realidad en efectivo sino como representativa de valor de semovientes distintos al lote de las treinta y tres bestias caballares de que trata la partida vigésimasegunda de los inventarios, o ese dinero por esa cantidad sí existía, y entonces, como en los inventarios, fuera de los caballares dichos, no se hizo denuncia de ganado alguno distinto y por la cantidad de veintidós mil cuatrocientos pesos ($ 22.400) de valor, este ganado no existía y de consiguiente el reclamo de él carecería de todo fundamento en los autos."

No habiéndose incurrido en los errores de hecho y de derecho apuntados por el recurrente, la violación del artículo 2183 no tiene aplicación ni pudo ser quebrantado por el sentenciador.

Como último reparo se dice que el sentenciador incurrió en error de hecho y de derecho al apreciar las pruebas relativas a las salidas o gastos que presentó el señor Gómez Restrepo.

Se hacen consistir estos errores en que el mandatario Gómez Restrepo suministró a las señoritas Restrepos algunas sumas para sus gastos personales, estando la sucesión de don Bernardo Restrepo a paz y salvo con las señoritas María Dolores y Francisca Restrepo, por lo cual el mandatario no estaba obligado a hacer el suministro de esos dineros.

"El Tribunal a propósito de esa objeción, advierte que el juicio de cuentas fue enderezado primero a que se rindieran las cuentas y luégo a que se comprobaran los ingresos como salidas. Nada más. Cualquier otro objetivo, cualquier otro alcance que se le quiera dar a la misma acción de cuentas es improcedente, está fuera de lugar, porque la demanda no versa sobre administración indebida o cumplimiento indebido del mandato por parte del mandatario."

No tratándose en este juicio de saber si el mandatario hizo gastos que no están dentro del giro administrativo ordinario de su gestión, no es el caso de averiguar si Gómez Restrepo extralimitó el mandato, al suministrar a las señoritas Restrepos las partidas a que se refiere la glosa del recurrente, advirtiéndose que las demandantes recibieron esas sumas y no sería justo que ellas cobraran del mandatario los dineros que éste les había entregado.

Las objeciones relativas a las cuentas presentadas respecto de pago de los obreros de las haciendas, compra de herramientas, etc., etc., fueron objetadas porque las obras no se habían hecho, porque las cosas no habían sido compradas, porque no se hizo gastos de transportes, etc., etc., a pesar de que esos gastos están respaldados con los correspondientes recibos y esos documentos a juicio del Tribunal no fueron tachados y hoy conservan todo su valor legal, de modo que era al demandante a quien le correspondía la demostración de que esas obras y esos gastos no se habían hecho.

Comprobados esos gastos, dice el Tribunal que si esas erogaciones fueron indebidas, ello no fue materia de la demanda, por lo cual no puede discutirse el punto en este juicio especial de cuentas, de donde se deduce que mal pueden prosperar los reparos hechos por el recurrente.

El apoderado del señor Gómez Restrepo, que también recurrió en casación, acusa el fallo por estos dos motivos: violación directa de la ley sustantiva y falta de apreciación de una prueba.

La violación directa consiste en que el Tribunal no le dio aplicación al numeral 3º del artículo 2184 del Código Civil que dice: "El mandante es obligado.... 3º a pagar la remuneración estipulada o usual."

El Tribunal en su fallo, dice el recurrente, que "sin que hubiera precedido un acuerdo entre los herederos y el mandatario a fijar el monto de esa cantidad, el mandatario señor Gómez Restrepo estaba impedido legalmente para por sí y ante sí asignarse esa cantidad como monto, y luégo pagársela por la derecha."

Del hecho de que entre los mandantes y el mandatario no hubiera habido acuerdo respecto del monto de los honorarios, no se desprende que el mandatario no tenga derecho a ello, y este derecho fue el que le desconoció el Tribunal.

Es evidente que en la escritura número 407 por la cual se le confirió el mandato al señor Gómez Restrepo, no se estipuló que éste fuera gratuito y se guardó silencio sobre la remuneración, pero como las demandantes aseguran, para rechazar la cuenta presentada por Gómez Restrepo, que el mandato fue gratuito, a ellas tocábales esta demostración y como no lo han comprobado queda en pie la presunción que ese mandato fue remunerado.

La falta de apreciación de una prueba se hace consistir en que en la diligencia de absolución de posiciones que corre al folio 5º y siguiente del cuaderno principal, las demandantes afirmaron que el mandatario no cobraría honorarios o remuneración por el desempeño de su cargo. El mandatario negó lo aseverado por las demandantes, es decir, que el mandato fuera gratuito y como la prueba de confesión es una prueba conjunta, tocábales a las demandantes comprobar su afirmación, de que el mandato fue gratuito y no remunerado, cosa que no se ha hecho.

Es de presumirse que las gestiones del mandatario Gómez Restrepo y la administración de los bienes de la herencia de don Bernardo Restrepo, de suyo cuantiosa, no fuera gratuita y por ello el señor Gómez Restrepo pasó la cuenta de sus honorarios de acuerdo con el numeral 3º del artículo 2184.

Si no se ha demostrado por las demandantes que el mandato fuera gratuito y si el mandante tiene la obligación de pagar al mandatario la remuneración estipulada o usual, se desprende rigurosamente que el Tribunal quebrantó esa disposición y dejó de apreciar la prueba de posiciones señalada por el recurrente, incurriendo así en la violación del artículo 2184 del Código Civil.

En autos no se ha demostrado cuál es el monto de los honorarios del señor Gómez Restrepo como mandatario, porque la cuenta que él presentó fue rechazada por sus poderdantes, pero como efectivamente prestó sus servicios y ellos no fueron gratuitos, habrá que dejarle a salvo al señor Gómez Restrepo su derecho para cobrar esos honorarios, lo que podrá hacer al ejecutarse la sentencia siguiendo el procedimiento señalado por

el artículo 553 del Código Judicial, teniendo como base para el justiprecio el tiempo de la administración; la cuantía de las cosas administradas y la remuneración usual que se paga por esas gestiones y lo más o menos laboriosas de las gestiones administrativas realizadas por el mandatario.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de dos de julio de mil novecientos cuarenta y dos, y reformando la del Juzgado 2º Civil de este Circuito de veintinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta, *falla* este pleito así:

1º Condénase a las demandantes a pagar al demandado el valor de los honorarios de éste como mandatario, que se fijará teniendo en cuenta las bases indicadas en la parte motiva de este fallo y por los trámites del artículo 553 del Código Judicial;

2º Condénase al demandado a pagar a las demandantes quinientos noventa y tres pesos con cuarenta y tres centavos ($ 593.43);

3º Una vez hecha la fijación correspondiente al numeral 1º de este fallo, se hará la compensación legal con la cantidad señalada en el numeral 2º, y el saldo que resulte lo pagará la parte deudora a la parte acreedora dentro de los seis días siguientes a aquel en que quede firme dicha fijación:

4º No se hace condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

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

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

Acción de nulidad de un contrato y otras. - Registro de la escritura social.

La escritura constitutiva de una sociedad colectiva de comercio debe registrarse oportunamente, como tal, según el artículo 465 del Código de Comercio. Además, de acuerdo con lo ordenado en los artículos 469 y 470 del mismo Código, debía registrarse, antes, en la Secretaría del Juzgado respectivo, hoy en la Cámara de Comercio, el extracto de dicha escritura, el cual ha de publicarse en un periódico del Departamento, y no habiéndolo, por carteles fijados en tres de los parajes más públicos del domicilio social, so pena de nulidad del contrato social, con arreglo al artículo 472 de allí. El registro de la escritura social debe hacerse, como acto constitutivo de la sociedad que pasa ante Notario, en el libro de registro número 2º de la Oficina correspondiente al lugar en que se otorga, como lo preceptúan el ordinal 2º del artículo 2641, y 2655 del Código Civil, y en el del domicilio, si fuere distinto. Es claro que si por dicha escritura se aportan bienes raíces a la sociedad, debe aquélla registrarse también en el libro número 1º de las Oficinas de Registro que correspondan a los lugares de ubicación de los inmuebles aportados, pero ese registro se hace no ya como acto constitutivo del contrato social, sino porque el referido instrumento público sirve, a la vez, de título traslaticio del dominio de los bienes que adquiere la sociedad, como persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, y es incuestionable que si este último registro no se verifica, no adquiere la sociedad el dominio de los inmuebles aportados, pero no por ello se vicia de nulidad el contrato social. Son otras las consecuencias que se derivan de esa falta de registro.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

El 18 de abril de 1916, por escritura número 543, otorgada en la Notaría Primera de Bogotá, Juan de Dios Sáenz y Angel María Sáenz constituyeron una sociedad colectiva de comercio, denominada *Juan de Dios Sáenz & Ca.*, con domicilio en esta ciudad y sometida a las condiciones estipuladas allí.

Posteriormente, por escritura número 2112, del 12 de julio de 1920, otorgada en la misma Notaría, los señores Sáenz resolvieron, de común acuerdo, "declarar terminada y concluída" la sociedad y verificar su liquidación, la que se practicó en los términos consignados en ese instrumento público.

Algún tiempo después Juan de Dios Sáenz, casado con María de Jesús Pinzón pero divorciado de ella, falleció en la ciudad de Cartago, de la República de Costa Rica, luégo de haber otorgado testamento e instituido como sus herederas a sus sobrinas Amelia Sáenz de Cortés y María del Carmen Sáenz de Rey, quienes, estimando que el contrato de sociedad de que se ha hablado es nulo, o en subsidio simulado, demandaron, ante el Juez 8º Civil de este Circuito, en juicio ordinario de mayor cuantía, a María de Jesús Pinzón, cónyuge divorciada y sobreviviente de Juan de Dios Sáenz, y al doctor Angel María Sáenz, en su propio nombre, para que se hicieran varias declaraciones que la sentencia acusada sintetiza así:

"a) Que el contrato de sociedad *Juan de Dios Sáenz & Ca.*, constituído por escritura 543, de 18 de abril de 1916, de la Notaría 1ª de este Circuito, así como la liquidación que se hizo de la expresada sociedad, de que da cuenta el instrumento 2112, de 12 de julio de 1920, de la misma Notaría, son actos absolutamente nulos, y, consecuencialmente, que los bienes aportados a aquella sociedad no salieron del patrimonio de los socios respectivos, careciendo por tanto de valor legal la diligencia de inventarios y avalúos hecha en el sucesorio de Juan de Dios Sáenz, por lo que hace a varias partidas de la mentada relación.

"b) En subsidio, que el contrato social antes indicado 'es nulo por simulación', con la resultante de que los bienes aportados a la pretendida sociedad no salieron del patrimonio de los socios aportantes.

"c) Que la expresada sociedad no tuvo existencia real, por no haber principiado operaciones en la fecha acordada, ni en ninguna otra,

durante el término señalado para su duración, razón por la cual los bienes aportados a aquel presunto contrato social continuaron en el dominio particular de cada socio.

"d) Que la sociedad conyugal formada por el matrimonio Sáenz-Pinzón debe al cónyuge Juan de Dios Sáenz, hoy a sus herederos testamentarios, el valor de los bienes aportados por él a la misma sociedad conyugal, y que debe procederse, en consecuencia, a la liquidación tanto de la sociedad conyugal como de la sucesión del señor Sáenz, mediante la práctica de nuevos inventarios."

La demanda contiene, además, como petición *principal y final*, ésta:

"Que las partidas que forman los numerales a), b), c), d), e), f) y g) en el activo de la diligencia de inventarios y avalúos de los bienes de la sucesión del señor Juan de Dios Sáenz, consumada el día 3 de agosto de 1938 por el señor Juez que conoce de este juicio, Primero del Circuito de Bogotá, carecen de valor legal y no pueden, en tal virtud, aumentar el haber de esa mortuoria en el activo de ella, debiéndose tener tales partidas como no escritas."

Se pidió también la cancelación de los instrumentos mencionados atrás, y condena en costas para los demandados.

Admitida la demanda y dada en traslado a los demandados, el doctor Angel María Sáenz se abstuvo de contestarla, pero la señora María de Jesús Pinzón de Sáenz la contestó oponiéndose a las acciones intentadas y negando la mayor parte de los hechos en que se funda. Propuso, además, varias excepciones perentorias.

Llegada la oportunidad legal, el Juez del conocimiento decidió el asunto el treinta y uno de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, negando las peticiones de la demanda, sin condenar en costas.

En virtud de apelación interpuesta oportunamente por las demandantes, subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, donde, una vez agotada la tramitación propia de la segunda instancia, se profirió la sentencia del diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, por medio de la cual se confirmó en todas sus partes la de primer grado, sin hacer condenación en costas.

Tanto el Juez *a quo* como el Tribunal consideraron que no quedó viciado de nulidad el contrato de sociedad sobre que versa el juicio, porque la escritura constitutiva de ella sí fue registrada oportunamente, en el libro y el lugar correspondientes; que no resulta demostrada la simulación integral del mismo contrato, y que como las demás peticiones de la demanda son consecuenciales o subconsecuenciales, no prosperando aquéllas no podían prosperar éstas.

El recurso.

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandante, quien, en una demanda desordenada y que no reúne las condiciones de técnica requeridas, la acusa por considerarla violatoria de ley sustantiva, por haber incurrido en errores de hecho y de derecho, y por no hallarse en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las demandantes, esto es, por las dos primeras causales de las señaladas en el artículo 520 del Código Judicial.

A cuatro pueden reducirse los reparos formulados por el recurrente, a saber:

I. Violación, por interpretación errónea, de los artículos 465, 472 y 474 del Código de Comercio, y 2637, 2652, 2673 y 2674 del Código Civil.

Sostiene que el contrato de sociedad atrás mencionado quedó viciado de nulidad absoluta, porque habiendo uno de los socios aportado a la sociedad una finca raíz ubicada en jurisdicción del Circuito de Registro de Chía, no fue registrada la escritura social en el libro número 1º de la Oficina de Registro de allí. Unicamente en esa falta de registro hace consistir la nulidad alegada.

II. Error en que incurrió el Tribunal, no dice el recurrente si de hecho o de derecho, ni cita disposición legal sustantiva alguna como violada a consecuencia de ese error, al apreciar las pruebas aducidas para demostrar la simulación integral del contrato de sociedad, especialmente la confesión hecha por el doctor Angel María Sáenz al absolver unas posiciones pedidas en el juicio.

Dice que el *grave error* del Tribunal consistió en interpretar el valor probatorio de esa confesión en relación con las partes en el juicio, cuando ha debido hacerlo desde el punto de vista del contrato mismo, es decir, de las dos personas que dijeron celebrar el pacto social, o sean los señores Juan de Dios Sáenz y Angel María Sáenz.

III. Violación de los artículos 1494, 1524, 1781, 1792 —ordinal 3º— y 1797 del Código Civil.

Alega el recurrente que aun suponiendo que el contrato de sociedad de que se ha hablado fuera válido y real en todas sus partes, como los bienes raíces que a dicha sociedad aportó Juan de Dios Sáenz eran de su exclusiva propiedad y no entraron a formar parte del haber de la sociedad conyugal Sáenz-Pinzón, es indiscutible que al liquidarse aquella sociedad tales

bienes deben volver al patrimonio del cónyuge Juan de Dios Sáenz, no al de la referida sociedad conyugal Sáenz-Pinzón, y que al no decretar el Tribunal favorablemente la primera petición del segundo grupo de subsidiarias violó los artículos del Código Civil citados en este cargo.

IV. La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por la parte demandante, porque negó, sin estudiarla separadamente, la *petición principal y final* de la demanda, considerando que era consecuencial o subconsecuencial de las dos primeras peticiones principales, sin fijarse en que aquélla es también principal e independiente de las otras, cualquiera que sea el sitio que ocupe en el libelo.

Dice el recurrente que esa petición no es consecuencia de ninguna otra y lleva en sí la mayor importancia, pues tiene por objeto declarar sin ningún valor ni efecto la continuación de la diligencia de inventarios practicada en el juicio de sucesión de Juan de Dios Sáenz, con fecha 3 de agosto de 1938, diligencia en la cual se inventariaron y avaluaron frutos de los bienes sucesorales producidos después de la muerte del causante, contra la prohibición estatuida en el artículo 37 de la Ley 63 de 1936.

Estudio de los cargos.

Se considera:

I. La escritura constitutiva de una sociedad colectiva de comercio, que es el caso de autos, debe registrarse oportunamente, como tal, según el artículo 465 del Código de Comercio. Además, de acuerdo con lo ordenado en los artículos 469 y 470 del mismo Código, debía registrarse, antes, en la Secretaría del Juzgado respectivo, hoy en la Cámara de Comercio, el extracto de dicha escritura, el cual ha de publicarse en un periódico del Departamento, y no habiéndolo, por carteles fijados en tres de los parajes más públicos del domicilio social, so pena de nulidad del contrato social, con arreglo al artículo 472 de allí.

El registro de la escritura social debe hacerse, como acto constitutivo de la sociedad que pasa ante un Notario, en el libro de registro número 2º de la Oficina correspondiente al lugar en que se otorga, como lo preceptúan el ordinal 2º del artículo 2641 y el 2655 del Código Civil, y en el del domicilio, si fuere distinto.

Es claro que si por dicha escritura se aportan bienes raíces a la sociedad, debe aquélla registrarse también en el libro número 1º de las Oficinas de Registro que correspondan a los lugares de ubicación de los inmuebles aportados, pero ese registro se hace no ya como acto constitutivo del contrato social, sino porque el referido instrumento público sirve, a la vez, de título traslaticio del dominio de los bienes que adquiere la sociedad, como persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, y es incuestionable que si este último registro no se verifica, no adquiere la sociedad el dominio de los inmuebles aportados, pero no por ello se vicia de nulidad el contrato social. Son otras las consecuencias, que no sería procedente estudiar aquí, que se derivan de esa falta de registro.

Como el primero de los cargos formulados por el recurrente se basa únicamente en que la escritura número 543 no se registró en la Registratura de Chía, a donde, según él, correspondía la ubicación de uno de los inmuebles aportados a la sociedad por Juan de Dios Sáenz, basta lo dicho para demostrar que no por ello quedó viciado de nulidad el contrato social, y que, por tanto, es fundada en esta parte la sentencia que se revisa y no puede aceptarse que violara los artículos del Código de Comercio y del Código Civil citados por el recurrente.

II. El segundo de los cargos formulados consiste en sostener que el contrato de sociedad de que se viene haciendo mérito no fue real y efectivo, sino integral o absolutamente simulado, y que el Tribunal incurrió en *grave error*, sin demostrar el recurrente si el error es de hecho o de derecho, al apreciar las pruebas relativas a la simulación.

Esta notoria deficiencia de la demanda de casación, que hace que no reúna las condiciones exigidas por la ley, debería producir el efecto de rechazar de plano este cargo. No obstante, se pasa a estudiarlo, para demostrar que no es fundado.

Se dice que la enorme desigualdad en el valor de los aportes hechos por los socios, el no haber realizado la sociedad, durante el tiempo de su funcionamiento, las operaciones o negocios para que fue constituida, y la circunstancia de haber adjudicado a cada socio, al liquidarla, los mismos bienes que había aportado, son pruebas suficientes de la simulación, que el Tribunal no apreció en su valor legal, y que, además, apreció indebidamente la prueba por excelencia de la simulación, o sea la confesión hecha por el ex-socio Angel María Sáenz.

Se considera:

La diferencia en el valor de los aportes nada tiene de extraño, toda vez que la ley la permite y prevé, máxime si se tiene en cuenta que las utilidades y pérdidas deben repartirse, como se estipuló en este caso, en proporción a aquel valor.

Está probado en autos que Juan de Dios Sáenz, como socio administrador de la sociedad, confirió dos poderes por escritura pública al señor Joaquín López Pomareda para administrar la sociedad, y que dicho señor, en ese carácter de apoderado, realizó algunas operaciones a nombre de ella; y el hecho de haber adjudicado a cada uno de los socios, al liquidar la sociedad, los mismos bienes que había aportado, bien puede considerarse como un justo deseo de hacer una distribución equitativa de los bienes sociales.

En lo tocante a la confesión de ser simulado el contrato social, hecha por el ex-socio Angel María Sáenz, considera la Sala que es acertada y jurídica la interpretación que le dieron el Juez y el Tribunal, al tenor de los artículos 604 y 606 del Código Judicial, porque no fue hecha por la parte misma (artículo 202 ibídem), toda vez que el señor Sáenz no es el único demandado, pues también figura con esa calidad la señora María de Jesús Pinzón de Sáenz, a quien no puede perjudicar la confesión que haga su codemandado.

De otro lado, no debe perderse de vista que las señoras demandantes, como herederas del causante Juan de Dios Sáenz, continúan y representan la persona de éste como tal causante, en sus derechos y obligaciones transmisibles, pero no en su carácter de socio, no sólo porque ya la sociedad estaba disuelta, sino porque conforme a la ley precisamente una de las causas por las cuales termina la sociedad es la muerte de uno de los socios, cuando no se ha estipulado lo contrario, y en la sociedad de que aquí se trata se dijo expresamente que terminaría, entre otros casos, por la muerte de alguno de los socios. Además, y esto es terminante, según el artículo 468 del Código de Comercio, "no se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor de las escrituras otorgadas en cumplimiento del artículo 465, ni para justificar la existencia de pactos no expresados en ellas."

No es, por tanto, admisible el cargo que se analiza.

III. Tampoco es fundado, en concepto de la Sala, el tercer reparo formulado por el recurrente, que se refiere a las peticiones subsidiarias de la demanda.

Como lo observa la sentencia acusada, siendo ellas, como son, consecuenciales de las dos principales que se acaban de estudiar, no prosperando éstas no pueden prosperar aquéllas. De consiguiente, no cabe sostener que el Tribunal violara los artículos del Código Civil citados por el recurrente al desarrollar este cargo.

Debe, sí, advertirse que si bien las fincas raíces aportadas por Juan de Dios Sáenz a la sociedad colectiva de que atrás se habló, eran de su propiedad exclusiva y no pertenecían al patrimonio de la sociedad conyugal formada por él y la señora María de Jesús Pinzón de Sáenz, al liquidarse la mencionada sociedad colectiva tales fincas entraron al patrimonio de la sociedad conyugal, por haberse adquirido durante ella a título oneroso, pero es claro que la sociedad conyugal debe entonces al cónyuge Juan de Dios Sáenz, hoy a la respectiva sucesión representada por los herederos, el valor de esas fincas. Sólo que la acción correspondiente no debía ejercitarse en la forma en que se hizo en este juicio, esto es, como consecuencia de la de nulidad, ni de la de simulación del contrato de sociedad antes estudiadas.

Como se ve, no es admisible el cargo que ahora se analiza.

IV. El recurrente hace consistir este reparo en que la sentencia no es congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, pues sostiene que el Tribunal negó, sin estudiarla separadamente, la *petición principal y final* de la demanda, que en concepto de aquél no es consecuencial de ninguna otra, sino principalísima, cualquiera que sea el lugar que ocupe en el libelo.

Fuera de que, como lo ha dicho la Corte en multitud de ocasiones, no puede haber incongruencia en las sentencias absolutorias que abarcan todas las cuestiones que han sido objeto del pleito, la sentencia acusada se limitó, en la parte que se estudia, a confirmar la del Juzgado, en la cual se hizo un estudio detenido y especial de la indicada petición final, y los razonamientos expuestos por el fallador de primera instancia y acogidos tácitamente por el Tribunal, no han sido rebatidos por el recurrente.

No obstante, para mayor abundamiento se considera:

Por la referida petición principal y final se solicita que se declare que carecen de valor legal, y no pueden, en tal virtud, aumentar el haber de la mortuoria de Juan de Dios Sáenz los créditos inventariados bajo las letras a) a g) de la diligencia de inventarios verificada el 3 de agosto de 1938, por lo cual deben tenerse las partidas respectivas como no escritas.

Formulada esta petición en una demanda dirigida contra Angel María Sáenz y María de Jesús Pinzón de Sáenz, que tiene por objeto principal el que se declare nulo, o en subsidio simulado, el contrato de sociedad celebrado entre Juan de Dios Sáenz y Angel María Sáenz, no puede tomarse sino como consecuencial de la acción fundamental, so pena de aparecer completamente improcedente, dirigida contra Angel Ma-

ria Sáenz, que nada tiene qué ver con la sucesión de Juan de Dios Sáenz.

Además, si lo que se quiere es que los citados créditos no figuren en el activo del inventario de los bienes de la aludida sucesión, por no pertenecer a ella, ha debido ejercitarse la acción correspondiente contra la sociedad conyugal ilíquida Sáenz-Pinzón, representada por la cónyuge sobreviviente de Juan de Dios Sáenz, pero no en la forma en que se hizo en el presente juicio, en la cual no podía prosperar.

No es, por lo mismo, fundado este último cargo que se hace a la sentencia que se estudia, la cual no debe infirmarse.

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, *no casa* la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

SALA DE CASACION PENAL

Sobreseimiento definitivo en favor del ex-Gobernador del Tolima, Dr. Mariano Melendro, acusado por la indígena Estelia Bocanegra (de la población de Ortega), por el cargo de no haber ordenado que le "desembargaran" un terreno.

Las acusaciones contra los funcionarios públicos no pueden servir sino para sancionar a éstos por incumplimiento de sus deberes; pero son ineptas como procedimientos abreviados para obtener prestaciones que deban reclamarse por vía civil o administrativa.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, seis de abril de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Vistos:

Al Ministerio de Gobierno dirigió un memorial Estelia Bocanegra, indígena de la población de Ortega, Departamento del Tolima, en el cual se quejaba contra el Gobernador que era entonces el doctor Mariano Melendro, así como también contra el Alcalde de Ortega y otros funcionarios públicos quienes, decía la memorialista, lejos de amparar los derechos de ella y demás indígenas, se habían puesto al servicio de personas ricas o influyentes para despojar de sus bienes a dichos indígenas.

El Ministerio remitió tal escrito a la Procuraduría General de la Nación, entidad que exigió de la memorialista concretara sus cargos contra el Gobernador del Tolima a fin de ver si era el caso de promover investigación criminal contra él.

La querellante Bocanegra envió entonces otro escrito a la Procuraduría, en el cual pide que se le desembarguen ochenta (80) hectáreas de terreno que decía haberle quitado el Alcalde de Ortega en connivencia con el Inspector del caserío o fracción en que vive la memorialista, y solicita, además, que se ordene le sean indemnizados los perjuicios y "se pida y decomise (sic) el falso expediente que formó el señor Inspector Departamental de Olaya Herrera", así como también otro expediente "que formó —dice Estelia Bocanegra—, el señor Alcalde Tobías Rodríguez unido con el Inspector de Policía de Ortega, señor Saúl Buenaventura para robarle (sic) la finca de cultivos y el alambre de púas al señor Florentino Moreno B."

Como adición a este último escrito dice Estelia Bocanegra: "presenté denuncio ante el Gobernador del Departamento, doctor Mariano Melendro, quien me contestó que era incompetente".

El señor Procurador Delegado en lo Penal remitió esos papeles a la Corte para que les diera el curso que estimara pertinente, y esta Sala dispuso que se levantara el informativo. Practicadas las diligencias sumarias, inclusive las que el señor Procurador indicó, se declaró cerrada la investigación.

El texto mismo de los memoriales mostró desde un principio que éste era uno de tantos casos en que para obviar procedimientos civiles o administrativos se sirven los interesados de una denuncia criminal contra funcionarios públicos, con la vana esperanza de obtener por ese medio no propiamente la sanción de éstos sino otros fines distintos, verbigracia, una entrega de bienes o la anulación de alguna actuación administrativa judicial.

No obstante esa previsión, fundada en que a pretexto de acusar al Gobernador pedía Estelia Bocanegra el desembargo de un terreno y el "decomiso" de unos expedientes, la Corte ordenó abrir la investigación considerando, entre otros

motivos, que por ser indígena la peticionaria, podía ocurrir que no acertase a expresar fielmente sus quejas; y porque las mismas condiciones sociales, etc., de ella sugerían al Magistrado sustanciador la conveniencia de agotar los medios de protección a favor de tan desvalida denunciante.

Como a esta Sala sólo corresponde apreciar los cargos que pudieran resultarle al Gobernador, prescinde de estudiar lo relativo a responsabilidad del Alcalde y el Inspector de Policía Municipal de Ortega, del Corregidor del caserío denominado *Olaya Herrera,* del Inspector Departamental o de cualesquiera otros funcionarios o particulares, por cuanto sólo el Gobernador es juzgable por la Corte Suprema.

Resulta difícil precisar, en los confusos memoriales de Estelia Bocanegra, cuáles sean las imputaciones concretas contra el ex-Gobernador doctor Melendro; parece que las inculpaciones se refieren, como lo anota el señor Procurador, a que el Gobernador era indiferente a los reclamos de los indígenas y patrocinaba, en cambio, los procederes arbitrarios de sus agentes contra los mismos indígenas.

No hay prueba de que esto haya sucedido así: Lejos de encontrarse algún dato demostrativo de que el doctor Melendro tuviese, en los litigios de Estelia Bocanegra o de otro indígena, prevención o interés de favorecer a determinada persona, resulta que él como Gobernador envió su agente a examinar aquellos asuntos, agente que rindió pormenorizado informe, el cual transcribe en su vista el señor Procurador: queda descartada, pues, la idea de negligencia por parte del Gobernador o de empeño en que los indígenas resultasen desamparados por las autoridades.

Y no sobra llamar la atención hacia otro punto: en algunos procedimientos administrativos o de policía de que en primera instancia conocen los Alcaldes, toca después a la Gobernación resolver en segunda. En esos casos lo anómalo sería que el Gobernador impusiese por anticipado a sus subalternos la decisión que deban adoptar, pues ello podría equivaler a pretermitir la primera instancia.

De todas maneras, por lo que hace al caso en cuestión, no aparece motivo comprobado para exigir responsabilidad al ex-Gobernador. Y como dice la Procuraduría: "Acerca de los cargos que la denunciante hace al Alcalde y a otras autoridades del Municipio de Ortega, la Corte no tiene competencia para resolver sobre el particular."

Por lo expuesto, 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, *sobresee definitivamente* en favor del doctor Mariano Melendro, ex-Gobernador del Departamento del Tolima por los cargos que le ha hecho Estelia Bocanegra.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y remítase el expediente al Juzgado del Circuito Penal del Guamo para que aprehenda el conocimiento respecto de los demás funcionarios públicos contra quienes se hacen inculpaciones en estas diligencias.

José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre, Manuel Caicedo Arroyo.—Julio Argüello R., Secretario.

Valor del veredicto del Jurado acerca de la enajenación mental del procesado. - Procesado que padecía de enajenación mental cuando ejecutó el homicidio y a quien, sin embargo, se le aplicó la pena y no la medida de seguridad, de acuerdo con el veredicto del Jurado.

No pudiendo invalidarse la sentencia, dado ese veredicto, se ordena al Juez de primera instancia que contemple la posibilidad de que en este caso se apliquen al reo los artículos 98 y 99 del Código Penal sobre cumplimiento de la condena en manicomio o colonia agrícola especial.

En los juicios por jurado el sentenciador de derecho no funda su fallo directa y propiamente en las pruebas del proceso sino en el veredicto. Sería una arbitrariedad del Tribunal sentenciador absolver o condenar por tales pruebas con prescindencia de la decisión del Jurado.

La convicción que el Juez de derecho se forme acerca de los hechos y del valor de las pruebas, cuando ella resulta contraria a la decisión del Jurado, apenas puede servir, en algunos casos, para declarar injusto el veredicto. Por eso mismo, y dada la índole de la institución del Jurado, la Corte tampoco puede invalidar una sentencia y condenar o absolver por el juicio que ella forme sobre el caso de autos, sino mediante una declaración de notoria injusticia del veredicto.

En el presente recurso no se ha planteado la cuestión por este aspecto, y no estaría bien que la Corte intentara oficiosamente el análisis de ese punto. Y con mayor razón si se tiene en cuenta que en este proceso ya ocurrió el incidente de declaración de notoria injusticia y se reunió un segundo Jurado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, ocho de junio de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Vistos:

Jaime Daniel Urrea fue sentenciado por el Tribunal Superior de Ibagué a la pena principal de diez años de presidio por haber causado la muerte a Débora Ocampo.

El defensor interpuso casación y la sustenta en las causales 1ª y 2ª, artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Impugna el recurso el señor Procurador Delegado.

La argumentación del señor abogado recurrente se funda en que Jaime Daniel Urrea se hallaba en estado de enajenación mental cuando cometió el homicidio y desde mucho tiempo antes; que ese estado mental del procesado lo demuestran muchas pruebas las cuales no fueron tenidas en cuenta por el Juez ni el Tribunal, y que, por consiguiente, Urrea ha sido condenado de manera ilegal.

En el último párrafo de su escrito a la Corte dice el defensor recurrente: "....este recurso se basa también en el numeral 7º del citado artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por ser otra causal de casación." Pero sobre esta causal, veredicto evidentemente contradictorio, no se da ninguna explicación.

Debe, pues, limitarse el estudio de la Corte a las causales 1ª y 2ª.

Causal 2ª de casación. Aparece enunciada por la ley en los términos siguientes:

"Hay lugar a casación: ...2º Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos; siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción".

El escrito del defensor recurrente, después de enumerar las pruebas que, en su concepto, demuestran el estado de enajenación mental de Jaime Daniel Urrea, concreta el cargo contra la sentencia, a la faz de la causal 2ª, así:

"Ninguna de estas pruebas tuvieron en cuenta ni el Juez ni el Tribunal, y esa la razón para

interponer el recurso, ya que de conformidad con el numeral 2º del artículo 567, en la sentencia recurrida se les negó todo el valor a esas pruebas; no se les tuvo en cuenta a pesar de estar acreditadas en el proceso y de no haber sido invalidadas en forma alguna en el curso del juicio ni por el Fiscal ni por el Juez *a quo* ni por persona alguna; no se les tuvo en cuenta a pesar de ser elemento determinante del hecho punible la enajenación mental, y ser éste un motivo eximente de la responsabilidad del autor, o cuando menos modificador de dicha responsabilidad."

A esto observa la Corte:

Cuando Urrea fue llamado a juicio no se planteó problema sobre su estado mental; pero, con motivo del auto que dispuso la manera como deberían formularse los cuestionarios, auto que fue apelado por el defensor, éste presentó al Tribunal un dictamen de los facultativos doctores Manuel F. Sarmiento y Eduardo Kairús, acerca del estado mental del reo. El Tribunal resolvió la apelación en el sentido de ordenar que se propusiera al Jurado un cuestionario sobre grave anomalía psíquica del procesado (folios 85—89).

El Jurado contestó afirmativamente tanto la cuestión relativa al propósito de matar como la referente a grave anomalía psíquica del procesado.

El Juzgado declaró notoriamente injusto tal veredicto y el Tribunal, antes de resolver en el fondo sobre injusticia notoria, dictó un auto para mejor proveer, con el fin de que el caso de Urrea fuese estudiado por la Oficina Médico-Legal de Bogotá. Y como el defensor reclamara contra esta providencia, el Tribunal la repuso y confirmó, en cambio, el auto del Juez que había declarado injusto el veredicto. Así las cosas, se convocó nuevo Jurado que contestó afirmativamente los cuestionarios relativos a ejecución material del hecho y propósito de matar; y negativamente el cuestionario sobre grave anomalía psíquica del procesado.

Fundándose en este segundo veredicto, el Juez dictó sentencia condenatoria, la cual fue confirmada por el Tribunal y contra este fallo confirmatorio se ha intentado el recurso de casación.

En los juicios por jurado el sentenciador de derecho no funda su fallo directa y propiamente en las pruebas del proceso sino en el veredicto. Sería una arbitrariedad del Tribunal sentenciador absolver o condenar por tales pruebas con prescindencia de la decisión del Jurado. La convicción que el Juez de derecho se forme acerca de los hechos y del valor de las pruebas, cuando ella resulta contraria a la decisión del Jurado, apenas puede servir, en algunos casos, para declarar injusto el veredicto. Por eso mismo, y dada la índole de la institución del Jurado, la Corte tampoco puede invalidar una sentencia y condenar o absolver por el juicio que ella forme sobre el caso de autos, sino mediante una declaración de notoria injusticia del veredicto. En el presente recurso no se ha planteado la cuestión por este aspecto, y no estaría bien que la Corte intentara oficiosamente el análisis de ese punto. Y con mayor razón si se tiene en cuenta que en este proceso ya ocurrió el incidente de declaración de notoria injusticia y se reunió un segundo Jurado.

Por otra parte: de acuerdo con la doctrina espiritualista la responsabilidad moral es el fundamento de la responsabilidad penal; por consiguiente al enajenado no se le puede exigir ésta, porque la alteración de sus facultades intelectuales y volitivas no permiten considerarlo moralmente responsable.

Pero ésta, que parece también ser la tesis del señor defensor, no fue rigurosamente acogida por el nuevo Código Penal, como lo hace ver el señor Procurador Delegado en los siguientes pasajes de su vista, que dicen así:

"Exige nuestro Código Penal que para que haya responsabilidad, en las personas normales mayores de diez y ocho años, se requiere la reunión de dos elementos fundamentales: la imputabilidad material del hecho y la intención criminosa o la culpa.

"La misma obra, tratándose de menores de diez y ocho años o de personas que sufran enajenación mental, o intoxicación crónica, o grave anomalía psíquica, en el momento de cometer el hecho, no exige que el acto haya sido cometido con dolo o con culpa. Simplemente, que los menores de aquella edad o los anormales hayan ejecutado materialmente el hecho y que su acción haya sido fruto de su propia actividad psico-física. En otras palabras: para los delincuentes de que trata el artículo 29 se requieren estos dos elementos: la imputabilidad material del hecho y la actividad psíquica correspondiente al delincuente que padece de inmadurez o de anomalía.

"En presencia de un delincuente anormal, es exótico e inconducente entrar a estudiar si su acción fue dolosa o fue culposa, porque la base de la imputabilidad penal en tal caso es la actividad psico-física del agente, índice de su peligrosidad social. Pero esto no quiere decir que sea imposible la comisión de hechos delictuosos por parte de anormales, en que exista la intención o la culpa. Para exigirle responsabilidad a tales delincuentes se prescinde del dolo y de la culpa, pero si apareciere que el delito es do-

loso o es culposo, no hay por ello contradicción porque la peligrosidad demostrada por los autores de tales hechos es suficiente para la aplicación de las medidas de seguridad establecidas en la misma ley."

No podría, pues, prosperar el recurso con fundamento en la circunstancia de haberse considerado responsable al procesado a pesar de existir en el expediente algunas pruebas de las cuales pueda inferirse que ha padecido de enajenación mental o de grave anomalía psíquica.

Causal 1ª—Indebida aplicación de la ley penal.

No explica el recurrente el motivo en que crea fundada esta causal de casación. Pero de la tesis principal —condenación pronunciada a pesar de las pruebas de enajenación mental del reo— se deduce que, en concepto del defensor recurrente el Tribunal ha debido absolver al reo o, cuando más, aplicarle medidas de seguridad.

Sobre esta causal observa la Corte:

No era posible absolver al procesado, puesto que el veredicto del Jurado lo declaró responsable; y no era el caso de aplicar medidas de seguridad en vez de pena, porque el segundo Jurado contestó negativamente la cuestión relativa a grave anomalía psíquica del procesado.

El Jurado que se reunió primero contestó afirmativamente esta cuestión; y como arriba se dijo, el Juez declaró injusto ese veredicto. El Tribunal quiso antes de resolver la consulta del Juez referente a notoria injusticia, inquirir la verdad acerca del estado mental de Urrea, y dictó auto de mejor proveer, para que el caso fuese estudiado por la Oficina Central de Medicina Legal de Bogotá. A ello se opuso la defensa —acaso en contra de sus propias miras— y entonces el Tribunal confirmó llanamente la declaración de notoria injusticia del veredicto.

Y como el veredicto del segundo Jurado tenía para el Juez y el Tribunal carácter de "definitivo" (artículo 537, Código de Procedimiento Penal), y según este último veredicto el procesado Urrea no padecía de grave anomalía psíquica al tiempo de cometer el homicidio, las disposiciones legales aplicables son las correspondientes a penas y no a medidas de seguridad. De donde resulta que la sentencia recurrida no aplicó indebidamente la ley penal.

Tampoco prospera, pues, la casación por esta causal.

El señor Procurador de la Nación solicita, como arriba se dijo, que la Corte deseche este recurso de casación. Pero antes de terminar su vista dice:

"Existiendo, como parece que existe, la posibilidad de que se encuentre actualmente en el presidio de Ibagué un enajenado mental, la Procuraduría se permite insinuar con todo respeto a la honorable Corte que, al decidir este asunto, pida al Ministerio de Gobierno (Dirección General de Prisiones) que el condenado Jaime Daniel Urrea Gómez sea trasladado al Panóptico de Bogotá, donde estará en condiciones de poder ser observado por los competentísimos expertos de la Oficina Médico-Central de Bogotá, quienes podrán dar un dictamen sobre el estado mental de aquel delincuente.

"Si del examen médico resultare que el condenado se halla atacado de grave anomalía psíquica, entonces sería el caso, en opinión de este Despacho, de dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 643 del Código de Procedimiento Penal y 98 y 99 del Código Penal. Sería, por lo consiguiente, una determinación que encajaría dentro de los preceptos legales referentes a la ejecución de las sanciones."

A la Corte no incumbe, agotado el recurso de casación que ante ella se surte, intervenir en la ejecución de las sanciones; pero como la sugerencia que hace el señor Procurador está muy puesta en razón, en el presente fallo se ordenará al Juzgado de origen que lleve a cabo la gestión indicada por la Procuraduría.

En virtud 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, *resuelve:*

1º No es el caso de invalidar y *no se invalida* la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué fechada el treinta de junio de mil novecientos cuarenta y uno que condenó a Jaime Daniel Urrea a la pena principal de diez años de presidio por la muerte violenta de Débora Ocampo;

2º El Juzgado Segundo Superior de Ibagué dará cumplimiento a las diligencias indicadas por el señor Procurador Delegado en lo Penal en la última parte de su vista, transcrita al final de esta sentencia, a fin de que pueda aplicarse tanto el artículo 98 como el artículo 99 del Código Penal.

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.

Injusticia del veredicto considerada como motivo del recurso de casación a la faz de la causal 2a. (Nuevo Código de Procedimiento Penal).

El Código de Procedimiento Penal no dijo de modo expreso —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 incriminado sino apenas en alguna modalidad del mismo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, trece de julio de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Vistos:

Se inició este proceso el cuatro de junio de mil novecientos treinta y nueve; completa la investigación se siguió el juicio por los trámites del Jurado, y finalizó con sentencia del Tribunal de Cali que confirmó la del Juez Segundo Superior quien impuso a Miguel Antonio Jiménez Valencia la pena principal de diez y siete años de presidio como responsable de haber dado muerte a su propio padre, Manuel Asencio Jiménez, con circunstancias de sevicia y de indefensión de la víctima, por la ancianidad del occiso y por el estado de embriaguez en que se hallaba cuando el hijo lo mató.

El defensor, doctor Antonio J. Pineda A., nombrado de oficio por el Juez, no sólo desplegó todo celo para abogar en favor del reo ante el Jurado, sino que agotando el cumplimiento de su deber profesional, interpuso casación contra la sentencia de segunda instancia y fundó el recurso por medio de alegato que se apresuró a presentar ante el mismo Tribunal sentenciador.

Invoca en aquel escrito la causal 7ª de casación, haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio, y la explica diciendo que el occiso era padre del matador "fisiológicamente" o sea según la naturaleza, pero que "moralmente considerado el caso, Manuel Asencio Jiménez no era el padre de Manuel Antonio Jiménez. Y no lo era, dice el abogado recurrente, porque su conducta, relatada en el sumario.... está en abierta y franca contradicción con el concepto moral de la paternidad."

Posteriormente el mismo defensor elevó un escrito a la Corte en que insiste sobre la causal 7ª de casación porque considera contradictorias entre sí las respuestas del Jurado a los cuestionarios 3º y 4º.

Dice el recurrente:

"En cuanto al primer caso, en el memorial antes citado he demostrado, citando declaraciones consignadas en el expediente, cómo la conducta de Manuel Asencio Jiménez está en evidente y franca contradicción con la que deben guardar los padres para con los hijos.

"En cuanto al segundo caso, es decir, el estado de indefensión e inferioridad, no aparece plenamente establecido en el expediente, pues si hemos de juzgar por los resultados, siempre o casi siempre, la víctima estaría colocada en estado de indefensión e inferioridad. Hay además en el Código de Procedimiento Penal una disposición (artículo 204 que dice: 'En los procesos penales las pruebas se apreciarán por su estimación legal. *Toda duda se debe resolver a favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla'),* conforme a la cual no se puede afirmar el estado de indefensión. Arbitrariamente, puede eliminarse la duda, resolviendo que sí hubo o existió el estado de indefensión e inferioridad, pero

ateniéndonos a lo que aparece en el expediente, no podemos afirmar esto."

Sobre esta acusación contra la sentencia replica el señor Procurador de la Nación que la respuesta afirmativa del Jurado al cuestionario en que se le preguntó si el procesado ejecutó el homicidio en la persona de su padre y la contestación también afirmativa al otro cuestionario en el cual se preguntaba si el procesado consumó ese mismo hecho en circunstancias que ponían a la víctima en condiciones de indefensión o de inferioridad, son respuestas relativas a dos conceptos diferentes: "la calidad de padre y la indefensión de la víctima en el momento del homicidio".

Esta réplica de la Procuraduría es tan clara que la Corte no necesita entrar en explicaciones para considerar y decidir que la causal 7ª carece de fundamento.

Podría pensarse que los argumentos del recurrente enfocan más bien a la cuestión de veredicto injusto que a la de veredicto contradictorio. Pero aun así considerado el recurso no prosperaría por las razones siguientes:

En fallo proferido hace pocos días, hace presente esta Sala que el Código de Procedimiento Penal no dijo de modo expreso —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 incriminado sino apenas en alguna modalidad del mismo.

Además, en el presente caso se propuso a la Corte únicamente la cuestión de veredicto contradictorio, invocando de manera inequívoca la causal 7ª de casación; y como se acaba de expresar, la notoria injusticia del veredicto sólo ha llegado a admitirla esta Sala como motivo del recurso a la faz de la causal 2ª.

Por último, cabría preguntar: ¿Es notoriamente injusto el veredicto que contestó de modo afirmativo la pregunta hecha por el Juez de si el reo dio muerte a su propio padre?

En manera alguna.

¿Será ilegal haber impuesto al procesado, con sujeción a ese veredicto, la pena correspondiente al delito de asesinato?

Tampoco, porque el Código Penal establece como circunstancia constitutiva de ese delito el vínculo de padre e hijo entre el matador y la víctima.

Que el caso en cuestión reviste caracteres de atrocidad contribuye a mostrarlo la circunstancia de que en el curso del proceso se han hecho repetidas alusiones a una posible anormalidad mental de este parricida.

El Juez de primera instancia aludió expresamente al problema de si la debilidad mental que asignan los médicos a Miguel Antonio Jiménez puede calificarse de grave anomalía psíquica, y la resolvió en forma negativa. Conviene tener en cuenta este episodio del proceso para ver cómo tal aspecto de la personalidad del reo no pasó inadvertido.

También el señor Procurador atribuye importancia a la cuestión, pues termina su vista diciendo:

"Conforme al examen psicológico practicado por los médicos legistas de Cali en la persona del acusado Jiménez, resulta que éste sufre de deformidades somáticas y de anomalías intelectuales. Fue calificado como un débil mental u oligofrénico.

"En concepto de este Despacho, la debilidad mental puede considerarse como una grave anomalía psíquica, desde luégo que en el cuadro nosológico de las enfermedades mentales figura un grupo —el de los frenasténicos— (idiotas, cretinos, imbéciles y débiles mentales propiamente dichos) caracterizado por una marcada y persistente deficiencia del espíritu que coloca a esos sujetos en un plano de notable inferioridad anímica, debido a lo cual son víctimas de fáciles y feroces reacciones delictuosas. Esos delincuentes son muy peligrosos para la sociedad y deben someterse a un tratamiento especial, que no puede ser otro que el de las medidas de seguridad (artículo 29 del Código Penal).

"En tal virtud, sería aconsejable que la honorable Corte se permitiera insinuar que, al ejecutarse el fallo, se destine el reo al lugar adecuado a su anormalidad psíquica, y no al establecimiento de castigo propio para los delincuentes comunes (artículos 98 y 99 del Código Penal y 643 del Código de Procedimiento Penal)."

Estas observaciones de la Procuraduría no se refieren propiamente al recurso de casación, tanto porque el interesado nada alega ante la Corte sobre ese discutible punto, ni invoca la causal 1ª o la 2ª, únicas que serían pertinentes para ello, como porque el mismo señor Procu-

rador pide a la Corte que no infirme la sentencia recurrida.

A la Corte no incumbe, agotado el recurso de casación que ante ella se surte, intervenir en la ejecución de las sanciones; pero como es muy atendible la sugerencia del señor Procurador sobre lo preceptuado en las disposiciones de la ley que él cita, relativas a condenados en quienes se presente grave anomalía psíquica durante la ejecución de la pena, en el presente fallo se llamará la atención al Juzgado de origen, a fin de que se tenga allí en cuenta la observación formulada por la Procuraduría.

En virtud 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, resuelve:

1º No es el caso de invalidar y *no invalida* la sentencia del Tribunal Superior de Cali, fechada el veintinueve de octubre de mil novecientos cuarenta y uno que condenó a Miguel Antonio Jiménez Valencia a la pena principal de diez y siete años de presidio por la muerte violenta de su propio padre Manuel Asencio Jiménez;

2º El Juzgado Segundo Superior de Cali dará cumplimiento, si fuere el caso, a las disposiciones legales indicadas por el señor Procurador Delegado en lo Penal en la última parte de su vista, transcrita al final de esta sentencia (artículos 98 y 99 del Código Penal).

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.

Injusticia del veredicto del Jurado considerada como motivo de casación a la faz de la causal 2a. en el Nuevo Código de Procedimiento Penal.

En este fallo reitera la Corte la doctrina expuesta en la sentencia precedente (casación de Miguel Antonio Jiménez Valencia, Julio 13 de 1943).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, diez y seis de julio de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Vistos:

Agotados los trámites que son propios del recurso de casación toca a la Corte fallar sobre el interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, que condenó a Juan de Dios Cucuñame a la pena principal de ocho años y trece días de presidio como responsable de la muerte de José Luciano Pajoy y de lesiones personales causadas a Polidoro Rivera.

Invoca el recurrente las causales 1ª y 2ª de casación; y el señor Procurador Delegado en lo Penal se opone a la invalidación del fallo recurrido.

Los delitos imputados a Cucuñame ocurrieron el diez y nueve de marzo de mil novecientos treinta y nueve, en el caserío de Chimborazo, Municipio de Morales, Departamento del Cauca; y las providencias de los juzgadores de instancia sobre llamamiento a juicio relatan los hechos así:

"El día mencionado se habían reunido en el punto de 'Chimborazo', con motivo de las elecciones que se verificaban ese día, gran número de personas, muchas de las cuales se hallaban embriagadas, porque desde la víspera se había consumido gran cantidad de licor. Como a las cuatro de la tarde se suscitó una riña, en la plaza, entre Polidoro Rivera y Juan de Dios Cucuñame, por asuntos de unos terrenos. Con el fin de evitar consecuencias graves, acudieron Eustacio y Eloy Campo, y como Rivera huyó para no ser desarmado, fue alcanzado y derribado, y allí recibió un golpe que le dio Eustacio Campo en la boca y varias heridas que Cucuñame le causó con un cuchillo.

"José Pajoy, cuñado de Rivera, averiguó a Cucuñame por qué motivo había herido a su cuñado y al propio tiempo lo golpeó en la cara con un palo, causándole una lesión que produjo ocho días de incapacidad, sin otras consecuencias. Cucuñame no respondió por el momento la agresión de Pajoy y se retiró del grupo.

"Momentos después, cuando José Luciano Pajoy salía de la casa de María Cruz del mismo apellido, Cucuñame se lanzó sobre él y con el cuchillo que empuñaba le causó una herida punzante y penetrante en la región torácica, que perforó el corazón, dando lugar a una abundante hemorragia. Esta herida fue necesaria y fatalmente mortal, según dictamen de los médicos legistas, y la realidad fue que Pajoy cayó instantáneamente y poco después era recogido su cadáver para llevarlo a la misma casa de donde antes saliera vivo y sin lesión alguna."

La causa contra Cucuñame se siguió por los trámites correspondientes al juicio por jurados. A este tribunal de conciencia se le sometieron tres cuestionarios acerca del delito de homicidio y otros tres sobre el de lesiones personales.

Respecto de este último declaró el Jurado que Juan de Dios Cucuñame es responsable de haber causado a Polidoro Rivera varias lesiones que le produjeron como mayor incapacidad la de diez días, sin más consecuencias; y contestó negativamente la pregunta de si el hecho lo ejecutó "para defenderse de una violencia actual e injusta en el momento de recibir una lesión en la cara". En lo correspondiente al homicidio contestó el Jurado que Cucuñame causó la muerte de José Luciano Pajoy por medio de una herida que le perforó el corazón, y que el hecho fue ejecutado con el propósito de matar; y respondió negativamente la cuestión propuesta por el Juez de si tal homicidio fue efectuado por el reo en estado de embriaguez voluntaria y "movido por un ímpetu de ira irresistible provocada injustamente por los ultrajes recibidos y la lesión que se le causó en la cara".

Por el delito de homicidio aplicó el Tribunal sentenciador el mínimo de la pena que establece el artículo 362 del respectivo Código, es decir, ocho años de presidio; y al hacer por el de le-

siones personales el aumento correspondiente al concurso real de delitos conforme al artículo 33, quiso ceñirse al mínimo de pena que correspondería por tal infracción en caso de que sólo ella hubiera de ser sancionada: aplicó, así, la señalada por el artículo 372, inciso 1º, pero con la reducción de que trata el 384, en resumen, trece días de presidio por conversión de la pena de un mes de prisión.

* * *

Sostiene el recurrente que hubo mala apreciación de los hechos porque él mató en la circunstancia prevista por el artículo 28 del Código Penal, "estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación"; que el sentenciador dividió erróneamente los dos episodios de las lesiones y del homicidio, de manera que se equivocó al desconocer para éste la circunstancia de la riña, siendo así que la admitió para las lesiones, y que si el Jurado no aceptó ni la riña ni el intenso dolor "ese veredicto es injusto y así debió declararlo el honorable Tribunal".

La Corte considera:

Como el recurrente no estudia por separado cada una de las dos causales que invoca, seguramente porque considera que la indebida aplicación de la ley penal es tan sólo obligada consecuencia de la causal 2ª, errada apreciación o interpretación de los hechos, la Corte hará también el análisis conjunto de los aspectos o motivos de casación que propone el recurrente, sin hacer una separación, que en este caso resultaría innecesaria, de las dos causales.

* * *

Ante todo es preciso reconocer que la sentencia se ajustó al veredicto del Jurado en lo tocante al cargo de homicidio. Por eso, aun cuando el ataque se dirige aparentemente contra ella, en el fondo lo que se impugna es el veredicto. Y aun en esta impugnación resalta una idea que el interesado expresa así: ".....los cuestionarios propuestos al Jurado y la forma en que lo fueron, desviaron el asunto de su legítimo camino".

De conformidad con la ley procedimental vigente al tiempo de formular los cuestionarios, el Juez de derecho debía dictar una providencia que contuviera la redacción de ellos; pero las partes podían pedir al Juez que se propusiera al Jurado "todos los cuestionarios que considerasen necesarios". Así la omisión de preguntas al Jurado, si la hubo, es del interesado, no del Juez de primera instancia ni, menos, del Tribunal sentenciador.

El recurrente alega que el fallo del Tribunal quebró la unidad del hecho incriminado porque reconoció que el delito de lesiones se cometió en riña y sin embargo niega que el homicidio haya revestido esa misma modalidad.

A esto responde la Corte que ni el auto de proceder aceptó la modalidad de la riña para el homicidio, ni el procesado o su defensor pidieron que se propusiera cuestionario sobre ese punto. En tales condiciones no era el caso de que el Juez propusiera cuestionario especial sobre la riña, y sin tal cuestionario y el correspondiente veredicto afirmativo no había por qué aceptar como cierta esa importante circunstancia modificadora del homicidio, desde luégo que el Juez y el Tribunal no la habían planteado en el enjuiciamiento y, antes bien, tenían un concepto adverso a la existencia de dicha modalidad.

Ahora: si bien es cierto que el sentenciador mitigó la pena correspondiente al delito de lesiones diciendo que éste se ejecutó en riña, en ese punto no podría la Corte infirmar la sentencia porque el recurso no puede entenderse interpuesto sino en lo desfavorable al reo y la merma de sanción que hizo el sentenciador favorece sin duda, al procesado.

Por cierto que el Tribunal sentenciador de instancia entró, sin necesidad, en esas digresiones sobre si las heridas a Rivera fueron causadas en riña; e hizo inútiles cálculos para la imposición de la pena, pues tratándose como se trata de delitos juzgables según el nuevo Código, la regla que da el artículo 33 para el concurso real de infracciones hace innecesario todo ese cómputo de riña y de conversión de las penas de prisión en presidio.

Además, aun cuando la "trifulca" en la cual cometió Cucuñame los delitos ocurrió mediando no largo intervalo de tiempo y en sitios cercanos, dentro del área del mismo lugar donde se hallaban ebrios los protagonistas, no hay unidad tal entre los dos hechos que los haga necesariamente indivisibles. El auto de proceder y la sentencia explican cómo por la riña entre Cucuñame y Rivera, el cuñado de éste, Luciano Pajoy, arremetió contra Cucuñame quien desapareció de la escena; y cómo fue luégo cuando reapareció para atacar, en otra parte, a Pajoy: la reacción de Cucuñame contra Rivera, bien puede admitirse que ocurrió en una riña; pero el ataque contra Pajoy, rato después y en sitio diferente, no se efectuó en la riña sino como reacción vengativa o colérica.

La alegación que hace el recurrente de que él mató en ímpetu de ira e intenso dolor, es más verosímil que la de riña; pero el Jurado, a quien se interrogó expresamente sobre el particular, contestó de modo negativo el cuestionario correspondiente. Y la sentencia tenía que amoldarse a esta negativa, de tal manera que ese no puede ser motivo aceptable de acusación contra ella.

* * *

Ahora: si de lo que se trata en el fondo es de que el veredicto sea notoriamente injusto, tampoco es dable a la Corte invalidar por ese aspecto la sentencia del Tribunal.

En primar lugar, porque el recurrente no plantea esa cuestión. El se limita a alegar en contra de la sentencia, y sólo de manera muy tenue —apenas en una frase incidental— se expresa así: "Dice el honorable Tribunal que el asunto fue sometido al Jurado, y que éste no lo aceptó. Si no lo aceptó existiendo las circunstancias anotadas, y ese veredicto es injusto, y así debió declararlo el honorable Tribunal". Como se ve, el recurrente insiste en acusar la sentencia, ahora por no haber declarado injusto el veredicto. Pero no demuestra tal injusticia ni siquiera la invoca como motivo de casación.

En estas circunstancias no podría la Corte plantearle de manera oficiosa; y aun suponiendo presentado ese aspecto, el recurso no prosperaría.

En varios fallos, algunos de ellos recientes, ha manifestado la Corte que el Código de Procedimiento Penal no dijo de modo expreso —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 incriminado sino apenas en alguna modalidad del mismo.

* * *

El homicidio cometido por Juan de Dios Cucuñame es un caso típico del delito de sangre motivado por la embriaguez. La atenuación prevista por la ley para el delincuente que obra en ímpetu de ira o intenso dolor, está condicionada por la circunstancia de que tal ímpetu haya sido "causado por grave e injusta provocación", según palabras textuales del Código Penal (artículo 28).

José Luciano Pajoy no provocó a Cucúñame y menos puede decirse que lo provocara injustamente, sino que reaccionó contra él en momentos en que éste hería a Rivera, el cuñado de Pajoy. Y Cucuñame no mató a Pajoy en ese acto o momento sino después.

Lejos, pues, de pecar contra la evidencia el veredicto del Jurado, su decisión resulta acorde con la realidad y expresa apenas un juicio sensato.

Y la sanción impuesta por el Tribunal lo fue en su mínimo, tanto para la responsabilidad deducida por el delito principal como para la agravación ocasionada por el concurso real de este delito con el de lesiones personales.

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, declara que no es el caso de invalidar, y *no invalida*, la sentencia del Tribunal Superior de Popayán de fecha veinticinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, que condenó a Juan de Dios Cucuñame a la pena principal de ocho años y trece días de presidio como responsable de la muerte de José Luciano Pajoy.

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.

Juicio de responsabilidad contra el ex-Gobernador de Cundinamarca, señor Antonio María Pradilla. - Retardo punible en el nombramiento de suplentes de los Notarios.

La Córte considera que aun cuando la ley no haya señalado término perentorio a los Gobernadores para nombrar los suplentes de Notarios y Registradores, ello tampoco los autoriza a posponer indefinidamente tales nombramientos. Si el respectivo Tribunal envía oportunamente las ternas de suplentes lo deseable es que el Gobernador escoja nombres tomándolos de las ternas antes de que principie el período legal en que puede ocurrir la necesidad de llamar los suplentes a ejercer los cargos; pero en todo caso, si un principal hubiere de retirarse de su cargo y el Gobernador tiene a su estudio la terna de suplentes elaborada por el Tribunal Superior quedará en mora de hacer el nombramiento si en vez de escoger de la terna el Notario o Registrador suplente procede a designar un interino; y esa demora constituye un caso de retardo en la ejecución de acto a que está legalmente obligado (artículo 172 del Código Penal).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, veintiocho de julio de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Vistos:

El Presidente del Tribunal Superior de Bogotá dirigió al Gobernador de Cundinamarca que era entonces el señor Antonio María Pradilla, un oficio marcado con el número 165 y fechado el veintidós de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, en el cual manifiesta la extrañeza del Tribunal por cierto nombramiento de Notario interino en "persona distinta, dice la nota, de la terna que esta corporación le envió para que hiciera la elección.... siendo de advertir que hace cuatro meses se le enviaron al señor Gobernador las respectivas ternas de suplentes para las Notarías de Bogotá". Y terminaba con esta conminación: "Oportunamente el suscrito Presidente pondrá en conocimiento de las autoridades correspondientes este procedimiento...."

Con fecha cinco de marzo, el mismo Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Bogotá se dirigió a la Corte por medio de una extensa comunicación en la cual refiere que al Gobernador le fueron remitidas oportunamente las ternas de suplentes para Registradores y Notarios; que al cabo de cinco meses de recibidas por él las correspondientes a Bogotá "no ha podido hacer la elección de cinco nombres"; que el diez y siete de febrero de mil novecientos cuarenta y uno el Gobernador concedió licencia al señor Nemesio Urdaneta para separarse del puesto de Notario Principal de Bogotá, y que, en vez de nombrar suplente de la terna hecha por el Tribunal, el Gobernador nombró Notario interino, designación que recayó en persona que no figuraba en la terna de suplentes. Agrega el Presidente del Tribunal que el Gobernador sabía cómo el artículo 2549 del Código Civil, por virtud del cual los Prefectos podían conceder licencias a los Notarios, había sido modificado por la Ley 40 de 1932, que asignó tal facultad a los Jueces de Circuito Civil.

Aun cuando la fricción entre el Tribunal Superior de Bogotá (o su Presidente) y el Gobernador de Cundinamarca tuvo como origen o motivo inmediato el nombramiento de Notario interino hecho en el señor Carlos González Barreto para reemplazar al principal señor Nemesio Urdaneta, Notario 1º de Bogotá, en el oficio que el Presidente de aquel Tribunal dirigió a la Corte Suprema y luégo, en el curso de la actuación, se habla de licencias concedidas por el Gobernador Pradilla a otros Notarios —por ejemplo los de Fusagasugá y Guatavita— con los correspondientes nombramientos de interinos que hizo el mismo Gobernador. Alguna alusión se trae también relativa al caso de Villeta.

En los diez y ocho ordinales o puntos que contiene el oficio-denuncio enviado por el Presidente del Tribunal de Bogotá a la Corte se plantea la cuestión legal de que es a los Jueces

de Circuito y no a los Gobernadores a quienes compete otorgar licencias a los Registradores y Notarios para separarse temporalmente de sus cargos; y se citan casos en que el Gobernador Pradilla llamó suplentes para reemplazar Notarios principales sobre licencias concedidas a éstos por los respectivos Jueces de Circuito. De donde concluye el Presidente del Tribunal Superior de Bogotá que dicho Gobernador sabía prefectamente que no competía a él sino a los Jueces dar aquellas licencias.

El Presidente del Tribunal destaca el hecho de que el Gobernador Pradilla tuvo en su poder, desde el mes de septiembre de mil novecientos cuarenta, las ternas de Notarios y Registradores suplentes enviadas a él por aquella corporación; que en enero de mil novecientos cuarenta y uno hizo los nombramientos, pero omitiendo los de la capital; y que así, en ciertos casos, cuando un Notario o Registrador pedía licencia, el Gobernador, en vez de nombrar el suplente tomándolo de la respectiva terna, dio en hacer nombramientos de interinos, con prescindencia de las ternas elaboradas por el Tribunal Superior de Bogotá y enviadas oportunamente a la Gobernación.

Repartido en la Corte el asunto se trajeron las comprobaciones sobre nombramiento y posesión del señor Antonio María Pradilla como Gobernador de Cundinamarca y se envió luégo la actuación a uno de los Jueces Superiores de Bogotá para que le recibiera indagatoria a dicho Gobernador.

En esta declaración explica el señor Pradilla lo relativo al nombramiento de Notario interino de Bogotá para suplir al titular señor Nemesio Urdaneta, en los términos siguientes:

"Entiendo que la ley no señala término perentorio alguno para la elección que debe hacer el Gobernador de los Notarios y Registradores de las ternas que envían los respectivos Tribunales. Tratándose de la elección de Registradores y Notarios suplentes tampoco existía una urgencia inmediata para verificar dicha elección. Pero, además, tratándose de ternas numerosas, es lo natural que la Gobernación se tome el tiempo suficiente para hacer las averiguaciones correspondientes sobre las distintas personas que forman las ternas, con el fin de procurar hacer una elección acertada, pues el cargo de Registrador o de Notario exige por su delicadeza que el candidato reúna el mayor número de condiciones posibles. En el caso de la elección de Notarios suplentes para el Circuito de Bogotá, seguramente se abstuvo la Gobernación de hacer la elección en la fecha por que se me pregunta, porque en una de las ternas figuraba el propio Secretario de Gobierno de Cundinamarca, doctor Guillermo Arciniegas, quien debía autorizar con tal carácter el decreto respectivo.

"..... ....

"No soy abogado, no tengo por lo mismo conocimiento de la ley, soy simplemente y he querido serlo en la Gobernación de Cundinamarca, un administrador, y en tal carácter y sin vanidad creo haberle prestado eficaces servicios a este Departamento. Desde luégo, todos los asuntos que envuelvan o entrañen en cualquier sentido una cuestión jurídica, se resuelven por mis colaboradores legales y en este caso particular por el Secretario de Gobierno. De suerte que las explicaciones que voy a dar a continuación me han sido dadas a mí por tales asesores legales. No quiere esto decir en modo alguno que yo quiera eludir ninguna responsabilidad, pues desde luégo asumo toda la que pueda corresponderme respecto de actos que como Gobernador de Cundinamarca haya autorizado con mi firma. En el mes de febrero del corriente año se presentó el señor Nemesio Urdaneta, Notario Primero Principal del Circuito de Bogotá, manifestando que solicitaba la licencia por quince días, agregándome confidencialmente que él solicitaba la licencia con el fin de contraer matrimonio y que seguramente no haría uso de la licencia por todo el término de los quince días que solicitaba, como efectivamente no hizo uso, por lo cual insinuaba que se designara como Notario interino al señor don Carlos González Barreto, quien en otra ocasión había desempeñado el mismo cargo y quien era persona correctísima. En atención a que no existían Notarios suplentes para el Circuito de Bogotá aún elegidos, a que la terna de Notarios suplentes debía considerarse como desintegrada por figurar en ella el propio Secretario de Gobierno doctor Guillermo Arciniegas, a que la reintegración de la terna era cuestión demorada, a que el señor Nemesio Urdaneta tenía urgencia inaplazable de que se le concediera la licencia, a que la designación del interino evitaba actas y diligencias de inventarios y entregas por tratarse sólo de quince días, a que el propio señor Nemesio Urdaneta informó que los otros dos que figuraban en la terna para Notarios suplentes, no aceptarían porque se encontraban desempeñando otros cargos que los perderían, pues el doctor Camacho Latorre se encontraba desempeñando una de las Fiscalías del Tribunal Superior y el señor Carlos Ruiz se encontraba en la Prefectura de la Policía Judicial, se concedió la licencia solicitada por el señor Nemesio Urdaneta y se nombró Notario interino al señor don Carlos González Barreto."

El Juez comisionado para recibir la indagatoria hizo agregar al expediente copias autenticadas de las actuaciones referentes a las licencias

concedidas a los Notarios de Guatavita, Fusagasugá y Bogotá y a los correspondientes nombramientos de interinos; y el Secretario de Gobierno de Cundinamarca, en oficio complementario al remisorio de los documentos pedidos por el Juzgado, explicó los "antecedentes" o motivos por los cuales había hecho la Gobernación nombramientos de Notarios interinos de Fusagasugá y Guatavita. La nota número 2176 de cinco de julio de mil novecientos cuarenta y uno dice, en la parte pertinente, así:

"En el primer caso la Gobernación recibió el telegrama de fecha 12 de diciembre, dirigido por el Juzgado 1º del Circuito de Fusagasugá, que se acompaña original, en el que aquel Juez dice urgir el nombramiento de suplente para efecto de la licencia concedida al Notario de Fusagasugá; como existía terna pasada por el Tribunal Superior de Bogotá, se expidió el Decreto número 938 del 13 de diciembre de 1940 nombrando Notario suplente de Fusagasugá al señor Manuel Ballesteros. El señor Ballesteros manifestó en telegrama, fecha 19 de diciembre de 1940, que original se acompañó a mi oficio 2005, no poder encargarse inmediatamente y el Notario Principal señor González, por enfermedad grave, necesitaba retirarse de la Notaría; ante tal situación se hizo el nombramiento de Notario interio a que se refiere el Decreto 947 de diciembre de 1940.

"En el segundo caso el señor Notario principal de Guatavita solicitó la licencia a que se refiere su oficio número 31 de 7 de enero de 1941 para esta Secretaría, que original acompaño a mi oficio 2005. La Gobernación por Decreto número 958 de 23 de diciembre de 1940, ante las solicitudes anteriores del mismo Notario Principal, nombró Notario suplente al señor Guillermo Páramo, a quien se le comunicó tal nombramiento, lo mismo que al Notario Principal y al Juez Municipal de Guatavita en telegramas 2133, 2134 y 2135 del 24 del mismo diciembre, que acompaño en copia lo mismo que el citado Decreto 958. El nombrado señor Guillermo Páramo no fue hallado ni se presentó a tomar posesión y como el Notario Principal señor Acosta tenía urgencia de retirarse por muerte de un miembro de familia, en atención a esa circunstancia y a las razones expuestas en el citado oficio número 31, la Gobernación expidió el Decreto número 12 de 9 de enero de 1941.

"Queda así aclarado que han sido casos de excepción los contemplados en los Decretos referidos, sin ánimo alguno de esta Secretaría que elaboró esos Decretos y los pasó a la firma del señor Gobernador, de evadir el cumplimiento de mandato legal alguno, ni de favorecer o perjudicar a nadie."

El señor Procurador de la Nación considera que los cargos contra el Gobernador Pradilla, formulados por el Presidente del Tribunal Superior de Bogotá, podrían concretarse así:

1º No haber efectuado hasta la fecha de la denuncia —marzo de mil novecientos cuarenta y uno— el nombramiento de algunos suplentes para Registradores y Notarios, no obstante haberle enviado el Tribunal las ternas respectivas desde el mes de septiembre anterior;

2º Haberle concedido licencia al Notario de Bogotá señor Nemesio Urdaneta para separarse del cargo; y sobre este punto comenta el señor Procurador: "Acerca de la actuación del denunciado de nombrar en reemplazo del principal señor Urdaneta, al señor González, interinamente, no se hace imputación en la denuncia." "En otros términos: la falta cometida por el Gobernador no ha sido, a juicio del denunciante, la de haber nombrado Notario interino, sino la de haber concedido licencia al Notario principal";

3º Haber concedido licencias a los Notarios de Guatavita, Fusagasugá y Villeta.

Para resolver la Corte considera:

La nota del ex-Presidente del Tribunal Superior de Bogotá doctor Alejandro Copete Mafla a la Corte contra el Gobernador Pradilla, no parece encaminada a presentar por separado cada uno de los hechos detallados, en el concepto de punibles, sino más bien a formular una queja por la política o conducta general observada por el mismo Gobernador en la materia de designación de suplentes o interinos para Notarías y Oficinas de Registro.

Así lo revela un pasaje de la nota-denuncia dirigida a la Corte, numeral 6º, que dice lo siguiente:

"El Tribunal, en vista de esta irritante y pública situación que constituía sin lugar a duda una burla a la ley, y, a la vez, un desacato o, por lo menos, una violación a la voluntad de la corporación Tribunal Superior de Bogotá, resolvió autorizar al que estos hechos relata para que se dirigiera en forma enérgica al señor Gobernador a efecto de hacerle caer en cuenta de que la violación de la ley constituye un acto inmoral, y no atender a la más alta corporación judicial del Departamento implica un irrespeto; y como el Presidente de la corporación sabía, como lo vamos a ver, que el señor Gobernador, por prohibición terminante de la ley, no podía conceder licencias a los Notarios, dispuso también anunciarle tácitamente al Gobernador que si no corregía su error, pondría en conocimiento de las autoridades la infracción de las normas penales."

Por otra parte, el episodio relativo a un oficio que el Presidente del Tribunal envió al Go-

bernador y que éste rechazó, por estimarlo irrespetuoso, no dejaría de influir en el primero de dichos funcionarios para intentar la acusación formal contra el segundo de ellos, como se entrevé en los términos del ordinal 7º de la denuncia que dice así:

"El señor Gobernador Antonio M. Pradilla, olvidándose de que estamos dentro de un régimen jurídico y democrático —por lo menos así parece— contestó por conducto de uno de sus subalternos, la siguiente nota: 'Señor Presidente del Tribunal Superior de Bogotá. E. S. D. Cumpliendo instrucciones del señor Gobernador, devuelvo a usted, por irrespetuosa, su nota número 165 de fecha de hoy. Soy de usted muy atento servidor, *J. M. Quintana Pereira,* Secretario Privado de la Gobernación.' Es decir, no atendió la nota que le dirigía el Tribunal respecto a la violación de la ley, sino que, como se deja expresado, fue irrespetuoso con esta corporación."

El señor Procurador de la Nación encuentra aceptables las explicaciones dadas por el señor Pradilla en su indagatoria, así:

"Como la ley no fija un término dentro del cual deban los Gobernadores nombrar suplentes de Notarios escogiéndolos de las ternas elégidas por el respectivo Tribunal, la demora en hacer tales nombramientos no constituye 'una infracción de orden penal' o 'un hecho criminoso'."

Y sobre la cuestión jurídica de si es a los Gobernadores o a los Jueces de Circuito a quienes compete otorgar licencias a los Notarios para separarse de sus cargos, el señor Procurador dice lo siguiente:

"La Procuraduría ha estudiado con detenimiento este tema y debe confesar con toda franqueza que no ha podido despejar la duda de si las licencias que soliciten los Notarios deben ser hoy día concedidas por los Jueces de Circuito o por los Gobernadores.

"El Código Civil en su artículo 2549 fijaba a los Notarios una obligación, la de residir en la cabecera del Circuito de Notaría, de la cual no podían ausentarse sino por diligencia en ejercicio de sus funciones, y con licencia del Prefecto o Corregidor, cuando la ausencia debiera pasar de 24 horas.

"Aquel mismo precepto disponía que en los demás casos de licencia, ésta debía ser concedida por el Prefecto, salvo el caso de que la Notaría no estuviera en el mismo lugar de la Prefectura, pues entonces era el Corregidor quien podía conceder la licencia.

"El artículo 37 de la Ley 57 de 1887 preceptuó lo siguiente:

'Los Notarios y los Registradores de Instrumentos públicos que se establecen por la ley sobre administración departamental y municipal, quedan sujetos a las disposiciones de los Títulos 42 y 43, respectivamente, del Libro IV del Código Civil.

'Las funciones que tienen carácter judicial y que en dichos Títulos se atribuyen al Prefecto o Corregidor, serán ejercidas por el respectivo Juez de Circuito; las que no teniendo dicho carácter se atribuyen al Prefecto, serán ejercidas por los nuevos Prefectos o autoridades que los reemplacen, y las que se atribuyen a los Corregidores, las ejercerán los respectivos Alcaldes.'

"De suerte que las funciones atribuídas a los Prefectos o Corregidores en los Títulos 42 y 43 del Libro IV del Código Civil, las dividió el legislador de 1887 en dos clases: las que tienen carácter judicial y las que no tienen ese carácter. Las primeras le fueron atribuídas al Juez de Circuito, y las segundas, a los nuevos Prefectos o autoridades que los reemplazaran y a los Alcaldes.

"La función de conceder licencias a los Notarios ¿tiene o nó el carácter judicial? Si lo tiene, ella les fue atribuída por la Ley 57 a los Jueces de Circuito. Si no lo tiene, ella debía ser ejercida por las autoridades administrativas a que se refiere la misma Ley.

"En el mismo año, y puesto que se había verificado un cambio fundamental en el régimen político y constitucional del país, habiéndose adoptado por la nueva Carta Fundamental un sistema centralista y no federalista, lo que implicaba una transformación en las instituciones, en los organismos y en los funcionarios, el mismo legislador por medio del artículo 324 de la Ley 153, dijo:

'En los Códigos adoptados las denominaciones de corporaciones y funcionarios, como Estados Unidos de Colombia, Estado, Territorio, Prefecto, Corregidor, y las demás que a virtud del cambio de instituciones requieran en algunos casos una sustitución técnica, se aplicarán a quienes paralela y lógicamente corresponda.'

"¿Puede estimarse que *lógicamente* las funciones de que habla la Ley 57, como de carácter judicial, debían ser ejercidas, en virtud del artículo 324 que acaba de copiarse, por los Jueces de Circuito? ¿O es más lógico pensar que en relación con tales funciones quedó sin tocar lo ordenado por el artículo 37 de la Ley 57 y que por lo mismo el traslado solamente podía referirse a las funciones no judiciales?

"Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que la Ley 4ª de 1913, sobre régimen político y municipal reputó como función administrativa y

no judicial la concesión de licencias y adscribió dicha facultad a los funcionarios del orden administrativo.

"Suprimidas en Cundinamarca las Prefecturas, la concesión de licencias a los Notarios correspondía lógicamente al Gobernador, y así venía practicándose sin tropiezo ni observación de ninguna naturaleza.

"Vino la Ley 40 de 1932 y en su artículo 6º dijo:

'Corresponde a los Jueces de Circuito en lo Civil, cumplir todas las funciones que los Títulos 42 y 43, Libro IV del Código Civil, asignan a los Prefectos o Corregidores.

'De la diligencia de visita a que se refiere el artículo 2623 del citado Código, se sacarán tres copias distintas de la que ha de conservar el funcionario visitador. Una de ellas se enviará a la Gobernación para que sea publicada sin demora en el periódico oficial del Departamento, otra se remitirá al Tribunal Superior, y la tercera al Ministerio de Gobierno.'

"Ahora bien: la facultad de conceder licencias a los Notarios correspondía, antes de la vigencia de la Ley 40, a los funcionarios del orden administrativo, por disponerlo el Código Político y Municipal, posterior al Código Civil.

"Entonces el problema radica en saber si por la sola alusión a los Títulos 42 y 43 del Libro IV del Código Civil, los Gobernadores perdieron una función que les había sido señalada por ley posterior al mismo Código.

"En el deseo de encontrar una solución precisa de este problema, la Procuraduría ha estudiado todos los antecedentes de la mencionada Ley 40, pero no encontró allí una explicación completa sobre este asunto, pues parece que el espíritu de aquella Ley, en relación con el artículo 6º, fue el de conseguir que las visitas, y en general, la vigilancia, a que deben estar sujetas las Notarías y las Oficinas de Registro, se llevarán a término por funcionarios familiarizados con las cuestiones jurídicas y especialmente capacitados para apreciar el funcionamiento de aquellas mismas oficinas; y por ello, se encomendó tal misión a los Jueces de Circuito.

"Pero en cuanto a la concesión de licencias, que es el tema que nos interesa, no hay ninguna alusión especial.

"Tan sólo el Decreto 457 de 1933, reglamentario de la Ley 40, hace alusión en su artículo 6º, al artículo 2549 del Código Civil que sí habla de las licencias.

"Pero, se repite, en el año 40 se hizo alusión a funciones asignadas a los Prefectos o Corregidores por el Código Civil, pero adscritas, con posterioridad a esa obra a otros funcionarios.

"Todo este recuento sirve para apoyar la aseveración de que el tema básico de este proceso sobre la existencia o inexistencia de la facultad del Gobernador para conceder licencias a los Notarios, no resulta suficientemente claro."

Sea cual fuere la solución que se adopte sobre el punto de interpretación legal que en forma tan documentada y analítica se trata en los pasajes de la vista que se acaba de transcribir, el punto es, por lo menos, muy discutible; y si reviste caracteres de duda para juristas eminentes como el señor Procurador Delegado, mal podría exigirse responsabilidad —y responsabilidad penal— a un Gobernador lego en derecho por haber adoptado en ese particular solución o interpretación de la ley diferentes de las profesadas por el ex-Presidente del Tribunal Superior de Bogotá.

No niega la Corte que tuviese razón el Tribunal Superior de Bogotá en tratar de defender sus fueros si pensaba que el Gobernador se proponía menospreciar sistemáticamente las ternas de suplentes de Notarios que aquella corporación le había enviado en cumplimiento de claros preceptos que legalmente le asignan esa función.

Pero de ahí a encontrar delictuosa la conducta del Gobernador media gran distancia.

***

El ex-Presidente del Tribunal doctor Copete Mafla, citaba en la nota o denuncia, dos disposiciones del Código Penal como aplicables al caso. Dice así aquella nota:

"En los hechos documentados que pongo en vuestro conocimiento, encuentro que el señor Gobernador ha infringido el artículo 168 del Código Penal que, en su parte pertinente, dice: 'El funcionario o empleado público, o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que a sabiendas dictare sentencia, *resolución* o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos (es el caso del señor Gobernador Pradilla) o rehusare, negare o retardare un acto propio de sus funciones por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros, incurrirá en prisión de seis meses a cinco años.'

"Considero igualmente que el señor Gobernador violó el artículo 182 de la citada obra y que dice: 'El que sin autorización legal ejerza funciones públicas de cualquier clase, incurrirá en arresto de quince días a un año....'"

El primero de dichos artículos sanciona el delito de prevaricato; y el segundo contempla el delito de "usurpación de funciones públicas".

Respecto de este último cargo se advierte fácilmente que el hecho previsto por la disposición penal que cita la denuncia es el de asu-

mir un particular funciones públicas o el de continuar un funcionario ejerciendo las que si le incumbirían pero después de haber cesado de desempeñar el cargo oficial correspondiente.

Pero este artículo no contempla el ejercicio, por parte de un empleado público, de las funciones correspondientes a otro, que parece haber sido el cargo imputado al ex-Gobernador por la concesión de licencias a los Notarios.

Y en cuanto al cargo de prevaricato, tampoco encajan los hechos imputados al ex-Gobernador Pradilla en la disposición que expresa cuáles son los elementos constitutivos de este delito. El artículo 168 del Código Penal sanciona como prevaricador al funcionario público que dicta sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos: y ya se vio cómo es eminentemente opinable el punto legal de si compete exclusivamente al Juez de Circuito otorgar licencias a los Notarios para separarse de su cargo, o si los Gobernadores pueden hacerlo. El señor Procurador Delegado parece inclinarse en favor de esta última tesis y el ex-Presidente del Tribunal Superior de Bogotá sostenía con ahinco la otra; en todo caso, tratándose de un punto legal discutible, no es posible afirmar que el Gobernador haya obrado a sabiendas de que sus actos eran contrarios a la ley o manifiestamente injustos.

Exige, además, el artículo 168 del Código Penal que para calificar de prevaricador al funcionario que rehusa, niega o retarda un acto propio de sus funciones, ello sea inspirado "por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros". No se sabe si el ex-Presidente del Tribunal consideraba que el Gobernador de Cundinamarca demoró el nombramiento de suplentes por animadversión a éstos o al Tribunal que hizo las ternas y, en todo caso, no hay prueba de que el Gobernador hubiese obrado o dejado de obrar por simpatía hacia unos "interesados" o por animadversión hacia otros.

Se ve, pues, que no hay fundamento de hecho o probatorio, ni tampoco legal, para exigir responsabilidad al ex-Gobernador señor Pradilla por los cargos de prevaricato o de usurpación de funciones públicas que eran los imputables en concepto del denunciante doctor Copete Mafla, ex-Presidente del Tribunal Superior de Bogotá.

Más bien hubiera podido el denunciante presentar la conducta oficial del ex-Gobernador como comprendida dentro de las disposiciones penales sobre abuso de autoridad.

El hecho de conceder licencias a los Notarios para separarse de sus puestos, y el de nombrar interinos en vez de designar suplentes de las ternas hechas por el Tribunal, podrían considerarse como violatorios del artículo 171 del Código Penal. Pero ya se vio cómo el problema legal de si es a los Gobernadores o a los Jueces de Circuito a quienes incumbe hoy otorgar aquellas licencias, lejos de tener una solución clara, es muy discutible: las dificultades de interpretación que ofrece la diversidad de leyes expedidas sobre el particular no permite considerar que hubo abuso de funciones por parte del Gobernador al conceder licencias a los Notarios.

Ahora: sobre el otro cargo, o sea, la demora en elegir suplentes de los Notarios, pudiera estimarse aplicable el artículo 172 del Código Penal, que dice:

"El funcionario o empleado que omita, rehuse o retarde la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado, incurrirá en multa de diez a trescientos pesos, siempre que el hecho no tenga señalada otra sanción más grave."

Dice el señor Procurador:

"La circunstancia de haber dejado transcurrir el Gobernador varios meses desde la confección de las ternas para suplentes de Notarios, sin hacer las respectivas designaciones, no constituye, en concepto de la Procuraduría, un hecho criminoso. La razón es muy sencilla: la ley no ha determinado un plazo para que el Gobernador haga la escogencia.

"Tan cierto es esto, que el honorable Tribunal de Cundinamarca, y especialmente su Presidente, no acusaron al Gobernador en ningún momento por aquella omisión. La actitud asumida por el denunciante surgió únicamente cuando se presentó la vacancia en la Notaría 1ª; y la sorpresa sufrida por la corporación judicial, el rompimiento de las normas de moral y de respeto de que habla la nota número 165, brotó en el instante en que se nombró a un Notario interino, en vez de haberse designado en esa oportunidad a uno de los suplentes."

La Corte considera que aun cuando la ley no haya señalado término perentorio a los Gobernadores para nombrar los suplentes de Notarios y Registradores, ello tampoco los autoriza a posponer idefinidamente tales nombramientos. Si el respectivo Tribunal envía oportunamente las ternas de suplentes lo deseable es que el Gobernador escoja nombres tomándolos de las ternas antes de que principie el período legal en que pueda ocurrir la necesidad de llamar los suplentes a ejercer los cargos; pero en todo caso, si un principal hubiere de retirarse de su cargo y el Gobernador tiene a su estudio la terna de suplentes elaborada por el Tribunal Superior quedará en mora de hacer el nombramiento si en vez de escoger de la terna el Notario o Registrador suplente procede a designar un in-

terino; y esa demora constituye un caso de *retardo* en la ejecución del acto a que está legalmente obligado (artículo 172 del Código Penal).

En concepto de la Corte el ex-Gobernador señor Pradilla incurrió en el retardo, y éste daría base para exigirle responsabilidad penal de conformidad con el artículo 172 del Código si no fuera porque las excepcionales circunstancias que motivaron el nombramiento de Notario interino para Bogotá hacen no punible el acto del Gobernador.

El Notario titular o principal tenía necesidad urgente de separarse *pro tempore* del cargo; y la terna de suplentes hecha por el Tribunal constaba de estos nombres: el doctor Guillermo Arciniegas U., Secretario de Gobierno, que no podía autonombrarse y que no iba a dejar ese elevado cargo para entrar como suplente de Notario por breve plazo; el doctor Alejandro Camacho Latorre, Fiscal, a la sazón, del Tribunal Superior, y el señor Carlos Ruiz, Secretario del Departamento de Investigación e Identificación de la Policía Nacional quienes tampoco querían cambiar sus empleos estables por una efímera suplencia de Notario. Por eso dice el señor Procurador:

"La explicación es clara: el Jefe del Gobierno Departamental sabía que ninguno de los componentes de la terna aceptaría un nombramiento para ejercer el cargo de Notario por unos pocos días."

Acerca de los demás nombramientos de Notarios interinos (Fusagasugá y Guatavita), en otro lugar de la presente providencia se transcribió la nota del Secretario de Gobierno al Juez comisionado por la Corte para recibir indagatoria al señor Pradilla, nota en la cual queda explicada satisfactoriamente la razón de aquellos nombramientos.

Debe, pues, sobreseerse a favor del ex-Gobernador por los cargos que un antiguo Presidente del Tribunal Superior de Bogotá le hizo ante la Corte.

* * *

En este expediente figuran inculpaciones hechas por un órgano de la prensa periódica contra el Juez 3º Superior de Bogotá doctor Jorge Uribe Truque, comisionado por la Corte para recibir indagatoria al ex-Gobernador Pradilla. El caso de que se trata puede resumirse así:

Por los mismos días en que aquel Juez cumplía la comisión de la Corte, se dirigió por escrito al señor Pradilla solicitando de él la colocación en puesto público de un amigo del mismo Juez. Este hecho fue publicado entonces en el periódico y vituperado como delictuoso en el concepto de que el Juez se aprovechó del ejercicio de sus funciones para obtener un favor del Gobernador a quien recibía indagatoria.

La Corte no puede, pretermitiendo una instancia del proceso, juzgar y decidir respecto de la conducta del precitado Juez, por lo cual, ejecutoriada la presente providencia, debe enviarse el asunto al Tribunal Superior de Bogotá para que conozca de la imputación hecha al ex-Juez 3º Superior.

En virtud de las razones 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, *sobresee definitivamente* en favor del señor Antonio María Pradilla ex-Gobernador del Departamento de Cundinamarca por los cargos que ante la Corte le formuló el ex-Presidente del Tribunal Superior de Bogotá doctor Alejandro Copete Mafla como constitutivos de usurpación de funciones y prevaricato, motivados por la concesión de licencias a algunos Notarios para separarse temporalmente de sus cargos y por la designación de interinos para reemplazarlos.

Una vez en firme esta providencia se enviará el expediente al Tribunal Superior de Bogotá para que conozca de la imputación hecha al doctor Jorge Uribe Truque, ex-Juez 3º Superior de este Distrito Judicial, según los periódicos que, en cuaderno separado, se allegaron a este proceso.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuelto del Tribunal archívese el expediente.

José Antonio Montalvo—Manuel Caicedo Arroyo, Campo Elías Aguirre.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Circunstancia de mayor peligrosidad diferente de la sevicia que es constitutiva de asesinato.

Cuando descartada por el Jurado la sevicia en la ejecución del homicidio el sentenciador ha hallado una circunstancia de mayor peligrosidad y falla imponiendo la pena correspondiente a ésta, no hay lugar a casar el fallo, pues en este caso el Tribunal no se atiene a la circunstancia de la sevicia negada por el Jurado, sino a la circunstancia prevista por el numeral 6º del artículo 37 del Código Penal. En el caso a que alude el proceso dijo el Tribunal: "La forma insidiosa y demás circunstancias en que se cometió el delito demuestran la insensibilidad moral de este delincuente." Así la insidia y las condiciones de tiempo y lugar —ataque sorpresivo, rápido y a solas— están bien apreciadas no como sevicia, que es la excesiva crueldad, sino como la circunstancia de mayor peligrosidad prevista por el numeral 6º, artículo 37 del Código Penal. Encontró, pues, el Tribunal una circunstancia de mayor peligrosidad diferente de la sevicia que el Jurado descartó.

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

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Vistos:

José León Rueda o Pedro León Delgado fue procesado por homicidio en la persona de Rosendo Moreno.

Un primer Jurado lo declaró responsable y aun contestó afirmativamente el cuestionario propuesto por el Juez sobre la circunstancia de sevicia. En tales condiciones el caso era punible como asesinato, pero el juicio no culminó en sentencia definitiva por un incidente de nulidad que obligó a reunir segundo Jurado. Este volvió a declarar responsable a Rueda de homicidio intencional y negó la circunstancia de la sevicia.

Impuso el Juez al reo la pena principal de catorce años y ocho meses de presidio teniendo en cuenta que es reincidente y enunciando como circunstancia "atenuante" su baja posición social, y como "agravante" "la insensibilidad que mostrara en su ataque a Moreno".

En un párrafo de esa sentencia se dice que el haber negado el Jurado la circunstancia de la sevicia no impedía al Juez tenerla en cuenta al fijar la sanción. El Tribunal Superior de San Gil, en su fallo dijo lo siguiente:

"a) Para la aplicación de la pena el señor Juez cognoscente tuvo en cuenta el artículo 362 del Código Penal que señala al infractor una pena de ocho a catorce años y calificó en grado medio la penalidad más un aumento de la tercera parte como reincidente por primera vez según constancias procesales, con aplicación del artículo 34 ibídem, y señaló catorce años ocho meses de presidio al sentenciado Rueda o Delgado.

"b) El Tribunal después de un somero examen encuentra que la circunstancia de mayor peligrosidad apuntada por el Juzgador y señalada por el artículo 37 numeral 6º de la obra en cita, está en perfecta armonía con los datos que arroja este proceso, porque no otra cosa se desprende del ataque que una gran insensibilidad en el delincuente. La forma insidiosa y demás circunstancias en que se cometió el delito muestran la insensibilidad moral de este delincuente, quien ha revelado considerable peligrosidad no sólo por la acción criminosa en sí misma, sino también por las modalidades de ella, pero en lo que sí no está de acuerdo el Tribunal es en la calificación de grados que con la vigencia del nuevo Código desapareció, por consiguiente no existiendo sino una circunstancia de mayor peligrosidad la pena mínima de ocho años sólo se le aumenta en un año, quedando en nueve la pena principal, más una tercera parte o sea tres años por la primera reincidencia, asciende en total la pena de aplicación a doce años que es la que debe sufrir el procesado José León Rueda o Pedro León Delgado."

El recurrente ha invocado la causal 1ª, indebida aplicación de la ley penal, y la funda en los términos siguientes:

"El honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, al imponer a José León Rueda la sanción de 12 años de presidio, incu-

rrió en 'indebida aplicación' de la ley penal, como pasa a demostrarse:

"Al procesado Rueda no se le acreditó legalmente, ni en el sumario ni en la causa, ninguna circunstancia de mayor peligrosidad social. La sevicia que fue planteada al Jurado como circunstancia de asesinato, fue negada por éste, y por lo tanto, quedó de hecho descartada como agravante.

"Por consiguiente, correspondía aplicar al Tribunal la sanción determinada a un homicidio simplemente voluntario en mínimo grado, al tenor de lo dispuesto por el artículo 362 del Código Penal, con el aumento taxativo del artículo 34 de la misma obra, por la primera reincidencia comprobada. Es decir de acuerdo en un todo con la ley penal, a José León Rueda ha debido corresponderle —habida consideración con la respuesta del Tribunal popular— la sanción corporal de 8 años, más un aumento de la tercera parte, lo que equivale, a 10 años 8 meses de presidio, y no 12 años como le impuso el Tribunal.

"En los anteriores términos dejo concretada la demanda de casación y sostenido el recurso."

El señor Procurador opina, como el recurrente, que negada por el Jurado la circunstancia de sevicia, la cual daría al homicidio la especificación de asesinato, "quedó fuera de todo cómputo en contra del acusado"; pero estima, con todo, bien impuesta la sanción y no casable la sentencia, por cuanto la circunstancia de mayor peligrosidad en que se fundó el Tribunal para no aplicar la pena en su mínimo fue la del ordinal 6º, artículo 37, Código Penal.

Para resolver la Corte considera:

La sentencia del Tribunal da la razón, en frases absolutamente claras, al abogado del reo en el punto concreto de "que cuando el Jurado niega una circunstancia agravante, el juzgador de derecho no puede tenerla en cuenta para la agravación de la pena".

Este pasaje de la sentencia recurrida, y los demás que arriba se transcribieron, demuestran que el Tribunal no se atuvo, para señalar la sanción, a la circunstancia de la sevicia. "La forma insidiosa y demás circunstancias en que se cometió el delito demuestran la insensibilidad moral de este delincuente" dice el fallo sometido hoy al estudio de la Corte. Así la insidia y las condiciones de tiempo y lugar —ataque sorpresivo, rápido y a solas— están bien apreciadas no como sevicia, que es la excesiva crueldad, sino como la circunstancia de mayor peligrosidad prevista por el numeral 6º, artículo 37 del Código Penal, que dice así:

"El tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del delito, cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado, o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente."

Por otra parte, el artículo 36 dispone que dentro de los límites señalados por la ley se aplique la sanción al delincuente "según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor y menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente". Y el Tribunal sentenciador no sólo aduce en su fallo la circunstancia de mayor peligrosidad tántas veces citada, sino que hace repetidas alusiones a las modalidades del homicidio ejecutado por José León Rueda o Pedro León Delgado, como reveladoras de "considerable peligrosidad", modalidades que de acuerdo con la ley, pueden y deben influir en la cantidad de la pena.

Ahora: si el mínimo de sanción aplicable por el delito de homicidio intencional es ocho años de presidio; si el Tribunal encontró probada, con apreciación que tenía el derecho de hacer y que la Corte no podría contradecir o reprochar sin fundamento, una circunstancia de mayor peligrosidad diferente de la sevicia que el Jurado descartó; y si las modalidades del hecho ejecutado por el reo y la personalidad misma de éste reclaman sanción fuerte, lo menos que podía hacer el sentenciador de instancia era imponer, como impuso, no el mínimo de pena aplicable sino algo más, por imperativo mandato del artículo 39 del Código.

Por eso el Tribunal señaló como base de la sanción nueve años de presidio, es decir, el mínimo aumentado apenas en un año.

Y tenía también que hacer la agravación por reincidencia, de tres años, punto sobre el cual no se ha formulado, al parecer, reparo alguno.

Por tanto 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, declara que no es el caso de invalidar, y *no invalida*, la sentencia del Tribunal Superior de San Gil de fecha cuatro de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, que condenó a José León Rueda o Pedro León Delgado a la pena principal de doce años de presidio como responsable de la muerte de Rosendo Moreno.

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.

Circunstancia de mayor peligrosidad.

La circunstancia de mayor peligrosidad consistente, en el caso de autos, en haber dificultado la defensa del ofendido por la manera de ejecución del hecho, puede coexistir con una perturbación emocional del sujeto activo del delito, sin que esta especie de alevosía trueque siempre en asesinato el homicidio meramente intencional.

Se dedujo la consecuencia de que le convenía más al reo atender su desistimiento del recurso de casación y no invalidar el fallo como lo pidió el señor Procurador Delegado en lo Penal.

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

(Magistrado ponente, doctor Campo Elias Aguirre).

Vistos:

El Tribunal Superior de Manizales, confirmando lo resuelto por el Juez 2º Superior de ese Distrito Judicial, impuso a Juan de Dios Valencia cuatro años de presidio y las sanciones accesorias correspondientes, como responsable de haber dado muerte a José Miranda, en aquella ciudad, el veintitrés de diciembre de mil novecientos treinta y nueve.

Contra la sentencia recurrió en casación el defensor del procesado quien, al formular la demanda ante la Corte, invocó las causales 1ª y 3ª del artículo 567, Ley 94 de 1938.

* * *

La Procuraduría sostiene que está probada la primera causal, y solicita que se invalide el fallo y en su lugar se condene al reo "a la pena principal de treinta y dos meses de presidio, dando aplicación al artículo 362 del Código Penal, en el mínimo de la sanción allí contemplada por no estar claramente establecidas circunstancias de mayor peligrosidad, y al artículo 28 de la misma obra en su apreciación más favorable al reo, por la misma razón", aparte de las penas anexas respectivas.

* * *

Ya agotada la sustanciación del negocio han desistido del recurso Valencia y su defensor, en memorial cuya autenticidad garantizó el Juez 1º Superior de Manizales.

* * *

Afirmó el Jurado que Valencia ocasionó la muerte de Miranda, con el propósito de matarlo, en estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación y en virtud de una riña que se produjo de manera casual.

Y sucede que los falladores de instancia sólo tuvieron en cuenta la atenuación del artículo 384 del Código Penal, para reducir a la mitad el mínimo del artículo 362 ibídem, desechando lo que se relaciona con el artículo 28 de ese Código.

Alega el demandante que debieron observarse las dos disminuciones, pero el señor Procurador se opone a ello y opina así:

"Como deducción lógica de lo expuesto, cree la Procuraduría que debe prosperar la causal 1ª de casación invocada por el demandante, no por las razones expuestas por él, es decir, no porque el Tribunal haya dejado de aplicar conjuntamente los artículos 28 y 384 del Código Penal, sino por haberle dado aplicación a este último artículo en vez del 28, que contempla una circunstancia modificadora de mayor entidad y originaria de una penalidad más favorable para el acusado."

* * *

Si se aceptara que en este caso concreto de Juan de Dios Valencia, declaradas por el Jurado las modificaciones de los artículos 28 y 384 del Código Penal, debe prevalecer la de mayor alcance a favor del reo (estado de ira o de intenso dolor), de la cual prescindió el Tribunal para hacer únicamente la rebaja que proviene de una riña imprevista, lo cierto es que no sería posible determinar en el mínimo la pena del artículo 362 y en el máximo la reducción del artículo 28, según el pedimento del señor Procurador, pues si hay una circunstancia de mayor peligrosidad: *se dificultó la defensa del ofendido por la manera de ejecución del hecho* (6ª del artículo 37). Miranda se hallaba desprevenido cuando lo apuñaló el homicida. Semejante especie de alevosía puede coexistir con una perturbación emocional del su-

jeto activo del delito, sin que la agresión cobarde trueque siempre en asesinato el homicidio meramente intencional.

Además, dejando intacto el veredicto, que no es justo en el reconocimiento del estado de ira o de intenso dolor y de la intervención de riña casual, injusticia que no es notoria, las particularidades del encuentro de Valencia y Miranda revelaron una personalidad peligrosa del matador, a pesar de sus buenos antecedentes.

De suerte que la anotada circunstancia de mayor peligrosidad y esa repentina manifestación de aptitud personal para hacer daño, obligarían a fijar la pena del artículo 362 en una proporción que fluctuara entre la mitad del máximo y la tercera parte del mínimo (artículo 28), proporción que excedería de los cuatro años a que fue condenado el reo. Y entendiéndose el recurso de casación en lo que es desfavorable al recurrente, no puede la Corte agravar la situación de éste.

* * *

Se argüirá, entonces, que la sentencia se halla en desacuerdo con el veredicto (causal 3ª que propuso el procesado), porque el Tribunal no aplicó las dos modificaciones de los artículos 28 y 384.

Y se contesta:

Innecesario resulta que la Corte vuelva sobre el tema de si son o nó jurídicas las simultáneas concurrencia y efectividad de varias atenuaciones de la sanción, ya que respecto de eso quedó fijado el pensamiento de la Sala, en fallo de nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y dos (*Gaceta Judicial*, números 1889 y 1890, páginas 191 a 195), condicionalmente por supuesto.

Si ahora, en el actual negocio, se optara por la tesis que la mayoría sostuvo en el fallo citado o por la del salvamento de voto, cualquiera de las dos soluciones implicaría la imposición de una pena mayor que la impuesta a Valencia, debido a la similitud de ambos problemas.

* * *

Las consideraciones precedentes no buscan sino el fin de justificar que más conviene a los intereses del reo atender el desistimiento del recurso, para evitar que con un fallo de la causa, en su fondo, sobrevenga una demora perjudicial a Valencia, sin ningún beneficio o provecho del procesado.

* * *

Y en atención a lo dicho, la Corte Suprema, oído el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, admite el desistimiento que presentaron Juan de Dios Valencia y su defensor, del recurso de casación interpuesto por el último contra el fallo del Tribunal Superior de Manizales condenatorio del primero a la pena principal de cuatro años de presidio, por la muerte de José Miranda.

Devuélvase el proceso al Tribunal.

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

Campo Elías Aguirre, Francisco Bruno, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Error sobre la prueba del cuerpo del delito. - La pluralidad de delincuentes y el veredicto del Jurado. - El veredicto del Jurado ante las normas sobre crítica del testimonio. - No es circunstancia de mayor peligrosidad un hecho constitutivo o modificador del delito.

1.—No hay errónea apreciación de la prueba del cuerpo del delito cuando ésta, a pesar de defectos formales, produce en asocio de las otras pruebas del proceso, certeza sobre la existencia y naturaleza de la infracción punible. Aplicación de esta tesis al dictamen de empíricos sobre un delito de homicidio cuando la relación de causalidad entre las lesiones sufridas por la víctima y la muerte de la misma es tan inmediata y clara que no permite conjetura o duda acerca de la causa del fallecimiento.

2.—Es innegable que la circunstancia de haberse cometido el homicidio obrando el delincuente en concurso con otros no varía en sustancia porque esos otros sean dos o sean tres; tampoco varía porque los que concurrieron en el delito sean precisamente quienes han figurado en el proceso o que alguno o algunos hayan logrado quedar por fuera o al margen de éste. Y de todas maneras, la forma singular o plural que el cuestionario empleara para referirse a varios posibles partícipes en el delito no obligaba al Jurado a condenar a todos los sindicados o a absolverlos a todos.

3.—La crítica de los testimonios hecha desde un punto de vista legal y aun jurídico, admisible para que la Corte descalifique la apreciación de un Tribunal Superior como juez de derecho sobre la validez de aquellas pruebas, no es suficiente, tratándose de juicios por Jurado, para declarar notoriamente injusto el veredicto. A la conclusión de notoria injusticia del veredicto no es posible aventurarse con el solo análisis de defectos formales en alguna o algunas de las pruebas; una decisión de tal magnitud exige que la oposición entre el fallo del Jurado y la verdad sea tan ostensible que claramente resalte o pueda verse.

4.—Yerra el sentenciador de instancia al computar como circunstancias de mayor peligrosidad el acuerdo previo de los reos y el haber obrado ellos en complicidad: por una parte las dos cosas no serían en el delito de que trata este proceso sino una sola circunstancia; y por otra parte, si el delito se califica de asesinato en razón de haber sido premeditado, y tomando como premeditación el acuerdo previo, mal puede cargársele a los reos esa circunstancia, constitutiva del delito (asesinato), aduciéndola además como de mayor peligrosidad.

5.—El cargo de premeditación tiene que ser explícito, no puede ir implícito en ambiguas frases.

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

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Juan Francisco y Angel María Moreno fueron condenados por el Tribunal Superior de Pamplona a la pena principal de diez y siete años de presidio como responsables de asesinato en la persona de José Rosario Moreno.

Contra el fallo de segunda instancia interpusieron casación los dos reos condenados y apoderaron, para sostener el recurso, al doctor Junio E. Cancino, quien oportunamente presentó su alegato a la Corte: es una demanda elaborada de acuerdo con lo que exige la técnica de casación; y tanto la claridad y el método de la exposición como la habilidad para proponer las tesis y desarrollar los razonamientos hacen digna de encomio dicha pieza jurídica con tanto mayor razón cuanto que es raro que llegue a esta Sala de la Corte una demanda de casación tan bien formulada como la presente, sobre la cual se procede ahora a fallar.

I

HISTORIA DEL PROCESO

El cuatro de enero de mil novecientos treinta y tres fueron heridos José Rosario Moreno y Domingo Moreno. El primero de ellos falleció; y

aun cuando los autos no señalan con precisión el día de la muerte, la diligencia pericial sobre el cadáver se efectuó el seis de enero, de suerte que la defunción tuvo que ocurrir a más tardar en esa fecha, o sea, dos días después de haber sido herido.

La investigación se principió en la Alcaldía Municipal de Chitagá y pasó en tiempo a los Juzgados de Circuito y Superior de Pamplona, el último de los cuales decretó una ampliación.

Al propio tiempo, o más claro, en abril de mil novecientos treinta y tres, la misma persona por cuya denuncia se había iniciado esa investigación, o sea, Camilo Moreno, padre del occiso José Rosario y del herido Domingo, presentaba otra denuncia ante el Juez de Circuito de Pamplona (folio 53), quien comisionó al Juez Municipal de Chitagá para que instruyera el correspondiente sumario.

Adviértase que en esa segunda denuncia dice Camilo Moreno que su hijo José Rosario falleció en la noche del cinco al seis de enero.

En junio de mil novecientos treinta y tres fue enviado al Juez Superior de Pamplona este segundo sumario; y el Juzgado, con la mira de unificar la investigación puesto que se trataba en uno y en otro sumario de los mismos hechos, resolvió agregarlos y pasar el asunto al Juzgado de Circuito para su perfeccionamiento.

La práctica de diligencias se fue prolongando hasta llegar al mes de julio de mil novecientos treinta y cinco en que le fue entregado el expediente al médico doctor Fructuoso V. Calderón, quien debía emitir un concepto; y aun cuando esta pieza del expediente, por cierto que escrita con sumo desaliño, tiene fecha agosto de mil novecientos treinta y cinco, lo cierto es que la actuación siguiente, del Juzgado de Circuito, apenas data del mes de mayo de mil novecientos treinta y siete (folios 121).

Al Fiscal del Juzgado Superior se le pasó el expediente en diciembre de tal año; pidió nueva ampliación y el proceso volvió en comisión al Juzgado Municipal de Chitagá de donde volvió al Superior de Pamplona en octubre de mil novecientos treinta y ocho.

Sólo en marzo de mil novecientos treinta y nueve se dictó auto para pasarlo al Fiscal y este funcionario emitió su concepto a fines de septiembre de mil novecientos cuarenta.

* * *

Los hechos delictuosos acerca de los cuales versa este proceso ocurrieron así: El día cuatro de enero de mil novecientos treinta y tres hubo una trilla en sitio campestre denominado "El Alisal", en jurisdicción municipal de Chitagá, Departamento Norte de Santander.

Camilo Moreno, que era de los concurrentes a la trilla, se retiró de allí a eso de las tres de la tarde, dice él, en compañía de sus hijos Domingo y José Rosario Moreno. Iba también con ellos Angel María Moreno. En el camino se trabó pelea entre Domingo y Angel María, por causas que no se conocen, "a golpes de mano armada de piedra, de suerte que ambos se escalabraron recíprocamente", relata Camilo, quien agrega que él intervino para que cesara la pelea. Como a las seis y media de la tarde, a casa de Domingo llegaron Angel María Moreno (el mismo de la riña con Domingo), su hermano Juan Francisco, Pascual Rodríguez, Felipe Villamizar y otros más (posiblemente Benjamín y Crescenciano Moreno, entre ellos), preguntando por Camilo Moreno y por los hijos de éste. Iban armados y penetraron a la casa en actitud hostil o violenta. Atacaron e hirieron a Domingo y a José Rosario, el último de los cuales falleció dos días después.

El Juzgado Superior dictó auto de calificación del sumario con fecha veinte de junio de mil novecientos cuarenta y uno, es decir, a los ocho años y medio de haberse iniciado el proceso. En esa providencia se abrió causa criminal contra Angel María Moreno, Juan Francisco Moreno, Benjamín Moreno y Crescenciano Moreno por el delito de homicidio cometido en la persona de José Rosario Moreno y por el de heridas causadas a Domingo Moreno; se sobreseyó definitivamente en favor de Pascual Rodríguez por haber muerto, y se sobreseyó temporalmente en favor de Felipe Villamizar.

En el auto de proceder dijo el Juzgado que los reos habían sorprendido indefensas a las víctimas y que las circunstancias mismas del ataque demostraban la existencia de un acuerdo previo entre los procesados.

Tramitado el asunto como corresponde a los juicios por Jurado, éste contestó negativamente las cuestiones o preguntas relativas a Benjamín y a Crescenciano Moreno y el Juzgado los declaró absueltos.

Los tres cuestionarios referentes a los procesados Angel María Moreno y Juan Francisco Moreno fueron respondidos de modo afirmativo por el Jurado, y el Juez de derecho, con base en tales veredictos, impuso a cada uno de estos dos reos la pena principal de diez y siete años de presidio.

El Tribunal Superior de Pamplona confirmó en todas sus partes la sentencia del Juzgado *a quo* sobre los Morenos: tanto la condenación de Juan Francisco y Angel María como la absolución de los otros dos, o sea, Benjamín y Crescenciano.

II

LO ALEGADO ANTE LA CORTE

El apoderado doctor Cancino invoca las causales 1ª, 3ª, 5ª y 6ª de la Ley 118 de 1931, apli-

cables por tratarse de proceso antiguo; pero no las explica en ese orden sino en el que corresponde según su grado de importancia y también para llegar, dice "por escala descendente al mínimo de aspiraciones de la defensa".

Propone, pues, el señor abogado recurrente, las causales, así: error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, veredicto contradictorio, mala interpretación e indebida aplicación de la ley penal y, por último, veredicto notoriamente injusto.

La Corte opta por hacer el examen de las causales según el orden en que ellas, de ser fundadas, habrían de afectar más radicalmente el proceso; y así, procurará seguir el mismo orden observado por el señor doctor Cancino, con la sola variación de anteponer la causal de notoria injusticia del veredicto a la de indebida aplicación de la ley penal que se dejará como último punto.

El señor Procurador de la Nación no emitió concepto de fondo; pidió, en cambio a la Corte dictara un auto de mejor proveer "para poder contestar debidamente —dice— los cargos de la demanda y resolver con mejor acierto lo relativo a la existencia del cuerpo del delito". El Magistrado sustanciador sometió la cuestión a la Sala y ésta, después de un reflexivo estudio de la solicitud hecha por el Ministerio Público, consideró no indispensable el auto para mejor proveer y estimó que el ponente debía proponerle proyecto sobre el fondo mismo del recurso, con fundamento en las ideas de la misma Sala acerca de la causal 3ª que en seguida se expondrán.

III

ESTUDIO DE LAS CAUSALES INVOCADAS

Causal 3ª—Error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

Se hace presente, ante todo, que la sentencia recurrida es absolutoria en lo referente al delito de heridas o lesiones personales causadas a Domingo Moreno, en razón de haber prescrito, por el transcurso del tiempo, la acción penal. De manera que el problema planteado ante la Corte sobre cuerpo del delito sólo mira al delito de homicidio.

Dice la parte recurrente que el cadáver de José Rosario Moreno fue examinado por "dos individuos desconocedores de la ciencia médica, como ellos mismos lo reconocen en su dictamen"; que según el dictamen de éstos las heridas estaban cerradas y, con todo y agregar que apenas tenían una anchura igual a la "natural de una cortada", y una longitud más o menos de dos centímetros, concluyen, sin embargo, que tales heridas "eran perforantes hasta alcanzar órganos internos que fueron alcanzados con ellas", para de ahí deducir a continuación que eran graves, que cualquiera de ellas podía haber causado la muerte y que fueron ocasionadas con una misma arma que parece ser un puñal angosto y largo. Todo esto, agrega el señor abogado, "es sencillamente ilógico y arbitrario, contrario al simple sentido común".

La Corte observa sobre este punto lo siguiente:

En las diligencias de ampliación del sumario se franqueó éste al médico doctor Fructuoso V. Calderón, quien rindió su concepto.

También se objeta el valor probatorio de este dictamen por cuanto "está apoyado única y exclusivamente sobre las conclusiones empíricas a que llegaron los peritos Peña y Villamizar". Dice el señor apoderado: "en este caso también la lógica y el simple sentido común rechazan como imposibles las conclusiones del nuevo perito, a pesar de que quien las da sea un profesional encanecido en el estudio de la ciencia médica, que sin duda fue víctima de una ligereza".

Anota, por último, el recurrente, que aun suponiendo fundado ese dictamen en la realidad de los hechos, no constituye prueba completa porque la pericial, para ser plena, "necesita la concurrencia de dos expertos".

Fue tan hábil el ataque del señor apoderado contra la prueba del cuerpo del delito, que el señor Procurador de la Nación estimó necesario, para contestarlo, la expedición de un auto de mejor proveer, con la mira de que se llevaran a cabo tres diligencias:

a) Ampliación del dictamen rendido por "los inexpertos", señores Peña y Villamizar, a fin de que expliquen las razones que tuvieron para concluír que las heridas fueron penetrantes de la cavidad abdominal y perforantes de los órganos internos; y para que digan por qué afirmaron que las heridas eran graves y suficiente cualquiera de ellas para causar la muerte;

b) Nuevo dictamen del médico doctor Fructuoso V. Calderón para que explique por qué dijo que las heridas que recibió José Rosario Moreno fueron penetrantes de la cavidad abdominal y que de seguro la punta del instrumento con el cual se causaron dilaceró órganos de tánta importancia como el hígado, el estómago y posiblemente el intestino delgado", y de fijo el peritoneo;

c) "Una vez obtenidas las anteriores aclaraciones, o sin ellas, es indispensable que el proceso pase a la Oficina Central de Medicina Legal de Bogotá para que los ilustrados peritos que la integran se dignen resolver la siguiente consulta:

Si de acuerdo con los dictámenes rendidos por los señores Isaías Villamizar, Luis Francisco Pe-

ña y doctor Fructuoso V. Calderón, que se dejan copiados, puede concluirse que la causa determinante de la muerte de José Rosario Moreno fueron las heridas allí descritas."

Tan pronto como el señor Procurador Delegado solicitó de la Corte el auto para mejor proveer, esta Sala estudió tal sugerencia y concluyó, como ya se dijo, que podía dictarse el fallo de casación sin las diligencias que en virtud de aquel auto se intentaran. No lo manifestó en providencia especial porque la explicación de ese punto entrañaba un prejuzgamiento de la cuestión de fondo sobre la prueba del delito, que debía ser cabalmente materia de la sentencia.

Para ello se tuvo en cuenta que el médico doctor Fructuoso V. Calderón, falleció ya, según informe del propio interesado; que el largo tiempo transcurrido desde la época en que los "inexpertos" emitieron su dictamen, o sea un lapso de diez años, no permite abrigar la esperanza de que dichos señores, si es que aún viven, puedan absolver hoy las interrogaciones que se les propondrían y que suponen recuerdos claros y precisos: si a peritos médicos sería excesivo hacerles esta exigencia al cabo de diez años, mucho más resultaría con las personas que en este proceso actuaron en un principio como reconocedores de los heridos.

Ahora: habiendo fallecido el médico doctor Calderón, el dictamen que se pide hoy a la Oficina Médico-Legal de Bogotá, tendría que partir de lo dicho por los señores Peña y Villamizar, tildados de "inexpertos".

La sugerencia del señor Procurador sobre auto para mejor proveer tenía, sin duda, como principal finalidad la de producir el dictamen de la Oficina Central de Medicina Legal de Bogotá, pues las otras diligencias propuestas por la Procuraduría como previas a ese dictamen, sólo tendían a provocar y preparar ésta.

Los términos mismos de la vista del Ministerio Público muestran cómo lo que el señor Procurador Delegado buscaba para replicar con mayor fuerza al recurrente no era una investigación estrictamente pericial, imposible ya —dada la situación actual del asunto y el largo tiempo de diez años corrido de la muerte de José Rosario Moreno a hoy, sino un concepto emitido con autoridad científica sobre las cuestiones médicas debatidas en el caso que ahora se estudia.

No podría pensarse en que los médicos legistas de Bogotá hablasen hoy sobre las heridas de las cuales murió José Rosario Moreno hace diez años, como si se tratara de hechos percibidos directamente por aquellos peritos médicos, quienes apenas expondrían sus apreciaciones de científicos.

No es aventurado pensar que en semejantes circunstancias la Oficina Central de Medicina Legal no puede menos de atenerse a las normas o conceptos dados por ella misma en otros casos sobre la gravedad que siempre revisten las heridas penetrantes de la cavidad abdominal.

El doctor Guillermo Uribe Cualla, Médico Jefe de aquella Oficina, ha dicho, hablando de las heridas punzantes, lo siguiente:

"....

"Muchas veces se ven enormes sorpresas en lo relacionado con esta clase de heridas, porque su aspecto puede dar una apariencia de insignificancia, como sucede con las simples picaduras con punzones o agujas, que a la simple inspección son orificios de pocos milímetros, y profundamente han podido penetrar a las cavidades esplácnicas, lesionando gravemenete vísceras de importancia.

"Por razón de que es absolutamente prohibido el sondear una herida, no puede medirse la profundidad, que únicamente se diagnostica por la sintomatología que presente el herido. Porque estas heridas, bien pueden ir desde la simple herida que tan sólo ha interesado la piel, hasta aquellas que han interesado los tejidos blandos subyacentes, el tejido celular subcutáneo, los músculos, etc., hasta penetrar a las cavidades."

Y acerca de las heridas causadas en la región abdominal, se expresa así:

"....

"Las heridas penetrantes del abdomen son de naturaleza muy grave, porque aun cuando el instrumento vulnerante no haya perforado ningún vaso, ni víscera, sin embargo existe el peligro inminente de la peritonitis, al ponerse en contacto la cavidad peritoneal con un medio siempre muy séptico o virulento. Ahora bien: pueden producirse perforaciones del intestino delgado, del estómago, del intestino grueso o colon, de la vejiga, cuando está dilatada, por encima del pubis, del riñón, del hígado, del páncreas, o haber ruptura de los dos grandes troncos: arterial y venoso (aorta y vena cava inferior) y sus ramas abdominales.

"Las dos grandes causas de mortalidad de estas heridas son: la hemorragia intraabdominal, que por su abundancia puede matar en pocas horas; y la peritonitis, que puede ser sobreaguda o simplemente aguda. Las perforaciones del estómago y del intestino ocasionan la peritonitis (infección del peritoneo con manifestaciones inflamatorias), porque vertido su contenido en la cavidad abdominal, se contamina el peritoneo, que es una membrana serosa que limita todas las vísceras abdominales, y es de especial recepti-

bilidad microbiana. Claro está que el contenido del estómago es menos séptico que el del intestino. Las heridas penetrantes y perforantes del abdomen, cuando no se complican de hemorragia grave o de peritonitis, se reparan en veinte a treinta días, pero pueden dejar como secuela directa, adherencias intestinales, o estrecheces del intestino, o cicatrices quirúrgicas muy amplias, consecutivas a las intervenciones de urgencia que es necesario practicar, y dejan una debilidad especial de la pared abdominal, que predispone especialmente a las eventraciones. Es necesario saber que la peritonitis, cualquiera que sea su forma, en estas heridas penetrantes del abdomen, siempre es efecto natural y directo de la misma herida, bien se haya tratado el caso quirúrgicamente o nó. Porque hay que tener presente que la intervención de urgencia que se practica con el fin de suturar las perforaciones intestinales, sólo da muy remota probabilidad de salvación de la víctima. Y las estadísticas hospitalarias y de las clínicas particulares dan un porcentaje de mortalidad muy alto. De manera que no hay que pensar, como lo creen erróneamente algunos jurisperitos, que la muerte sobreviene por peritonitis, unas veces por falta de la intervención quirúrgica oportuna, y otras veces por motivo de la misma operación, puesto que ya vimos que el proceso infeccioso del peritoneo se verifica en los casos en que no se interviene, y con demasiada frecuencia a pesar de la intervención más oportuna y técnica. Claro está que estas intervenciones en heridas penetrantes del abdomen están indicadas, y deben hacerse a pesar del mal pronóstico que en lo general tienen, puesto que el cirujano tiene la obligación de emplear todos los medios de que dispone la ciencia para tratar de salvar una vida." (Guillermo Uribe Cualla, *Medicina Legal*, 1935, páginas 105, 106, 144 y 145).

No puede perderse de vista, para saber si la prueba pericial fue apreciada erróneamente o nó en este caso, que no es la única prueba del cuerpo del delito.

En primer lugar, cuando Camilo Moreno se presentó a la Alcaldía de Chitagá el cinco de enero a dar su denuncia por los hechos ocurridos a las siete de la noche del día anterior, manifestó que sus hijos habían sido lesionados "a plan de machete y a puñaladas, de suerte que recibieron cada uno una herida con arma punzante y cortante"; y en la denuncia que el mismo Camilo Moreno presentó ante el Juez Municipal de Chitagá, dice que José Rosario, su hijo, murió al día siguiente de la trifulca. Y relata que la misma noche en que ésta ocurrió, encontró en casa de Miguel Moreno "gravemente heridos a Domingo y José Rosario"; que "juntos estaban rendidos, con parte de los intestinos afuera y desesperando de las heridas". Y agrega: "en vista de la gravedad de los acontecimientos, al día siguiente me trasladé a Chitagá a darle cuenta de lo ocurrido al señor Alcalde y traer remedios para darles algún alivio a mis hijos; por la tarde, cuando regresé, los encontré en mayor estado de gravedad, acentuándose la de José Rosario, el cual murió en la madrugada de esa noche; al día siguiente, seis de enero, me trasladé con el cadáver de mi hijo ya muerto (sic) y el herido para mi casa de habitación".

Es decir: José Rosario Moreno fue herido con puñal, a eso de las siete de la noche el cuatro de enero de mil novecientos treinta y tres; esa misma noche lo vio su padre, "rendido" con parte de los intestinos afuera y víctima de dolores desesperantes causados por las heridas; y murió en la noche siguiente, o sea, en la del cinco al seis de enero, es decir, al cabo de unas treinta horas de haber sido apuñalado.

Con estos datos y con las pruebas relativas al ataque violento de que fueron víctimas Domingo y José Rosario Moreno, ¿podrá admitirse que hay duda sobre la causa inmediata y determinante de la muerte de José Rosario?

La Corte no vacila en decir que la duda sobre ese particular sería en este caso enteramente artificial.

El hecho de que José Rosario Moreno fue violentamente acometido; el de que en ese ataque lo hirieron con puñal o cuchillo; el hecho de haber quedado en situación lastimosa desde ese momento y, por último, su fallecimiento unas treinta horas después, son hechos cuyo enlace sólo puede explicarse por la necesaria relación de causa y efecto.

Si José Rosario Moreno hubiese sobrevivido quince días, o seis, o siquiera cuatro después de herido; si hubieran mediado intervención quirúrgica u otros hechos que permitiesen pensar siquiera en la posibilidad de que una causa diferente de las lesiones contribuyó a producir la muerte, serían valederos los reparos intentados contra la apreciación de la prueba del cuerpo del delito hecha por los juzgadores de instancia.

Pero cuando la relación de causalidad entre las lesiones causadas y la muerte del que las sufrió es tan inmediata y clara; cuando no hay manera de conjeturar o dudar acerca de la causa del fallecimiento, entonces el ataque al juicio o apreciación del sentenciador sobre la prueba del cuerpo del delito viene siendo más bien una impugnación sobre el aspecto meramente formal de esa prueba y no sobre la esencia misma de ella.

¿Y qué decir de los casos en que la violencia misma del delito ha llegado a desfigurar y aun a destruír el objeto material de éste, hasta el punto de hacer imposible la observación perso-

nal y directa de peritos cuando, por otra parte y con otros elementos de prueba resulta indudable el hecho criminoso?

Naturalmente lo deseable en todo proceso por homicidio, así sea el causado por ejemplo con incendio, es que haya un reconocimiento oportuno, hecho sobre el cuerpo de la víctima, por verdaderos peritos, y que éstos den su exposición completa y con todos los fundamentos o argumentos científicos.

Pero si en un caso, como éste, por carencia absoluta de médico-legista o de otros en el lugar del delito o en sus cercanías lo único posible para el funcionario instructor es valerse de empíricos, especie de testigos actuarios para dar fe de las lesiones que el cadáver presenta, no hay mala o errónea apreciación de la prueba del cuerpo del delito al aceptar el dictamen de aquellos empíricos como uno de los elementos demostrativos del delito.

Otra cosa sería si dicha prueba fuese la única del elemento material del delito, pues entonces resultaría realmente frágil la demostración de éste.

En el caso de autos, se repite, son múltiples las pruebas que establecen innegable relación de causalidad inmediata entre las lesiones que se le infirieron a José Rosario Moreno y el hecho de la muerte de éste breves horas después de herido. No prospera, pues, el recurso en lo referente a pruebas del cuerpo del delito.

Causal 6ª—Veredicto contradictorio.

Para fundar esta causal dice el distinguido abogado de los recurrentes que al llamar a juicio partió el Juez de la base de que eran cuatro los Morenos responsables de homicidio en José Rosario del mismo apellido, a saber: Juan Francisco, Angel María, Benjamín y Crescenciano; que en cada uno de los cuestionarios se pregunta si el respectivo procesado "es responsable —sí o nó— de haber dado muerte y con intención de matar a José Rosario Moreno en concurso con otras personas"; que al responder, como lo hizo el Jurado afirmativamente, los cuestionarios, de Juan Francisco y Angel María, y negativamente los de Benjamín y Crescenciano, éste "entraña una manifiesta contradicción", pues si consideraba que sólo Juan Francisco y Angel María eran los únicos responsables, entonces quería decir que cada uno de ellos obró en concurso con el otro —en singular— no "con otras personas" como dicen los cuestionarios.

La Corte observa sobre este aspecto de la causal lo siguiente:

Tanto los veredictos condenatorios como los absolutorios en este proceso fueron monosilábicos: "Sí", "Nó", dijo el Jurado. Por lo pronto no sería dable, pues, buscar contradicción dentro de los términos de cada respuesta. La contradicción tendría entonces que estar entre cada uno de los veredictos y uno o más de los restantes. El señor apoderado no alega oposición entre los veredictos referentes a Juan Francisco y Angel María sino entre estos dos y los absolutorios de Benjamín y Crescenciano: de manera que ese es el punto concreto sometido a la decisión de esta Sala.

Para ella no implica contradicción el haber declarado que sí son responsables Juan Francisco y Angel María Moreno al propio tiempo que se declara no responsables a los otros dos:

1) Porque al afirmar que cada uno de los dos primeros sí es responsable en concurso con otras personas no está diciendo quiénes sean éstas; de manera que esa respuesta afirmativa para la responsabilidad de Juan Francisco y Angel María no exigía necesariamente igual respuesta en contra de los otros dos reos;

2) Porque pudo el Jurado juzgar que sí había otros responsables principales del delito (más de dos), que no eran necesariamente Benjamín y Crescenciano Moreno: y no tenía que dar de ello explicación;

3) Porque, en todo caso, al contestar afirmativamente el cuestionario relativo a Angel María como el de Juan Francisco, el Jurado declaró que obraron en concurso; y tampoco era de su incumbencia adicionar el veredicto simplemente afirmativo con la explicación de que el concurso había existido solamente entre dos personas.

Verdad es que la antigua ley de procedimiento —vigente para este juicio— contemplaba la eventualidad de un veredicto explicado; pero admitía la adición o explicación no para realizar la concordancia gramatical entre una palabra del cuestionario y el sentido de la respuesta. Disponía el artículo 48 de la Ley 169 de 1896 lo siguiente:

"El Jurado resolverá por unanimidad la cuestión con las palabras *Sí* o *Nó;* pero si juzgare que se ha ejecutado por el acusado un hecho criminoso con circunstancias diversas, deberá expresarlo brevemente en la contestación."

Es innegable que la circunstancia de haberse cometido el homicidio obrando el delincuente en concurso con otros no varía en sustancia porque esos otros sean dos o sean tres; tampoco varía porque los que concurrieron en el delito sean precisamente quienes han figurado en el proceso o que alguno o algunos hayan logrado quedar por fuera o al margen de éste.

Y de todas maneras, la forma singular o plural que el cuestionario empleara para referirse a varios posibles partícipes en el delito, no obligaba al Jurado a condenar a todos los sindicados o a absolverlos a todos.

El otro aspecto por el cual se propone la causal de veredicto contradictorio lo expone el recurrente así:

"En orden al tercer cuestionario propuesto para cada uno de los cuatro enjuiciados, o sea el relativo a si los hechos a que se refieren las dos primeras preguntas (el homicidio en José Rosario Moreno y las heridas en Domingo Moreno), los cometieron los acusados 'mediando acuerdo previo y encontrándose las víctimas indefensas', el veredicto del Jurado es igualmente contradictorio, por las mismas razones atrás apuntadas para lo relativo a la ejecución del homicidio en concurso 'con otras personas'. Porque, si los procesados Benjamín y Crescenciano Moreno, en sentir del Jurado, no concurrieron con Juan Francisco y Angel María Moreno a la ejecución del homicidio en José Rosario Moreno, y, de consiguiente, aquéllo no tuvieron 'acuerdo previo' con éstos, igual cosa debe predicarse de Juan Francisco y Angel María Moreno, o la lógica no existe."

No es posible aceptar esta tesis, por la razón primordial de que la circunstancia que el cuestionario expresa con estas palabras: "mediando acuerdo previo y encontrándose las víctimas indefensas", no implica de modo necesario la responsabilidad de los dos procesados que fueron absueltos.

El cuestionario no pregunta si medió acuerdo entre éstos y los dos que resultaron condenados; sólo en términos generales pregunta si medió "acuerdo previo": no dice acuerdo previo entre quiénes, y resultando responsables dos, lejos de haber una contradicción entre los veredictos, el "acuerdo previo" es perfectamente lógico y explicable.

No tiene, por lo dicho, fundamento aceptable la causal 6ª, por ninguno de los dos aspectos propuestos.

Causal 5ª—Veredicto viciado de injusticia notoria.

Principia el recurrente el estudio de esta causal consignando el dato de que la cuestión fue previamente debatida en las instancias, e indica que a folios 7 y 10 (cuaderno del Tribunal), se encuentran las correspondientes alusiones al asunto, alegato de la defensa en la segunda instancia.

Como esta condición para que ante la Corte pueda suscitarse el problema se cumplió en realidad, es el caso de entrar en el estudio de la causal.

El señor apoderado de los recurrentes hace el estudio crítico de cada uno de los principales testimonios de cargo a fin de mostrar las inconsecuencias y contradicciones de que en su concepto adolecen. Para concluír que un veredicto que se hizo descansar sobre pruebas falsas, sobre hechos incomprobados, sobre meras sospechas exentas de toda comprobación, sobre testimonios declarados inadmisibles por la ley, es un veredicto que "está viciado de injusticia notoria".

Se refiere en particular el recurrente a las declaraciones rendidas en el sumario por José Santos Camargo y Wenceslao García, de quienes advierte que tenían 13 y 12 años de edad cuando dieron sus testimonios, y a las de Teodolinda Camargo y Norberto Camargo, esposa aquélla y suegro éste de Domingo Moreno, uno de los heridos en la reyerta y hermano del occiso. También alude a la declarante Rafaela Moreno, aunque sin atribuirle mucha importancia.

De paso se anota que de los declarantes cuyos testimonios considera inservibles el recurrente, ninguno depone contra los dos reos condenados en el sentido de haberlos visto cometer el homicidio.

Se refieren en general a la escena de la llegada de Juan Francisco y Angel María Moreno a la casa donde se encontraban José Rosario y Domingo Moreno, y algunos declaran haber visto cuando Angel María hirió a Domingo, pero como la sentencia recurrida no trata de este hecho sino acerca del homicidio en José Rosario, sobra el análisis de ese punto. En cambio, y esta es una imputación acerca de la cual no parece que pueda aducirse argumento de perjurio, falsedad u otro, los declarantes, tres de ellos al menos, refieren que José Rosario Moreno, agonizante, dijo que Juan Francisco Moreno era quien lo había herido.

Con el alegato de casación se han acompañado unas declaraciones rendidas extrajuicio en mayo de mil novecientos cuarenta y dos por dos de aquellos declarantes, José Santos Camargo y Wenceslao García, las cuales dice el señor abogado que presenta "a título informativo". Según ellas el verdadero autor material del homicidio fue Pascual Rodríguez, sujeto que desde el sumario figuró como comparsa de los procesados Morenos en su irrupción a la casa donde ocurrieron los delitos.

Estos nuevos testimonios, dados al cabo de diez años, que no se hicieron valer durante todas las peripecias del juicio, que fueron rendidos a solicitud de los reos después de sentenciados éstos, tales testimonios no pueden ser apreciados en casación, recurso extraordinario sin trámites probatorios que serían muy ajenos a la índole del mismo.

No afirma la Corte que sean absoluta y totalmente infundados todos y cada uno de los reparos que el señor abogado recurrente formula contra algunos de los testimonios producidos en el sumario; pero las objeciones que según las

reglas sobre crítica del testimonio pudieran admitirse, tampoco autorizarían asertos tan generales como el de que sean "pruebas falsas".

Por otra parte, aquellos cinco declarantes no constituyen todo el acervo probatorio del proceso donde se encuentran acreditados hechos incontestables que, cuando menos, tendrían el valor de una sólida prueba indiciaria contra los reos a quienes declaró responsable el Jurado.

La crítica de los testimonios hecha desde un punto de vista legal y aun jurídico, admisible para que la Corte descalifique la apreciación de un Tribunal Superior como juez de derecho sobre la validez de aquellas pruebas, no es suficiente, tratándose de juicios por Jurado, para declarar notoriamente injusto el veredicto.

Las decisiones de los jueces de conciencia —ha dicho en repetidas ocasiones 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 nó respaldo en pruebas del proceso. No está obligado a establecer, además, que de acuerdo con los principios legales sobre la plenitud de las pruebas, los autos suministran la demostración plena y completa de la responsabilidad del acusado. La convicción moral, que es lo que la ley exige de los Jurados, no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal. (Véanse los fallos publicados en los siguientes números de la *Gaceta Judicial:* número 1978, páginas 237 y 256; número 1979, página 463; número 1984 y 1985, página 416).

En otro caso, semejante al de los Morenos por el aspecto probatorio y por la manera como se acusó la sentencia en casación, dijo el señor Procurador Delegado lo siguiente:

"No puede decirse en este asunto que evidentemente sea injusto el veredicto, porque sí 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 alegato 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."

Y también ha sido constante doctrina de esta Sala que la mera conjetura sobre posible error no puede bastar para que se considere injusto un veredicto ni menos, para declararlo notoriamente injusto.

A la conclusión de notoria injusticia del veredicto no es posible aventurarse con el solo análisis de defectos formales en alguna o algunas de las pruebas; una decisión de tal magnitud exige que la oposición entre el fallo del Jurado y la verdad sea tan ostensible que claramente resalte o pueda verse. Y como ello no ocurre en el presente caso, tampoco prospera el recurso por la causal de notoria injusticia del veredicto.

Causal 1ª—Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma.

El Tribunal sentenciador impuso a los reos la pena principal de diez y siete años de presidio como responsables de asesinato y aplicándoles el artículo 363 del nuevo Código por considerarlo más benigno que el Código vigente al tiempo del delito, ya que éste señalaba para el caso menos grave de tal clase de infracciones la pena de diez y ocho a veinte años de presidio, y en el Código actual la sanción puede fluctuar entre quince y veinticuatro años. La calificación de asesinato la explicó el sentenciador de primera instancia así:

"Conforme al Código Penal en cuya vigencia se cometió el hecho, se tiene que el homicidio toma los caracteres de asesinato, el cual se califica como de los menos graves, pues está evidente la situación de riña entre agresores y ofendidos. Así las cosas, el texto aplicable a Juan Francisco y Angel María viene a ser el artículo 599 del Código Penal antes citado, el cual castiga el hecho con pena de presidio de *diez y ocho* a *veinte años*. Con vista en los artículos 117 y 118, la pena debe graduarse en un término medio, lo que daría por resultado que la pena aplicable venga a ser de *diez y nueve años de presidio* para cada uno de los acusados prenombrados."

El Tribunal prohijó la calificación del delito como asesinato, hecha por el Juez y también el cómputo de pena sobre la base de haber en contra de los reos algunas circunstancias de mayor peligrosidad. Sobre este particular expresa la sentencia de segunda instancia lo siguiente:

"Dice el Juez, pero sin determinarlas, que en el caso presente existen circunstancias de mayor y de menor peligrosidad, y por ello no aplica ni el mínimo ni el máximo. Opina la Sala que en el caso de autos, sí hay circunstancias de mayor peligrosidad: el Jurado aceptó el acuerdo previo y él equivale a la preparación del delito, y el haber obrado con complicidad previamente concertada. Además, con la misma acción se perjudicó a más de una persona. Como circunstancias de menor peligrosidad se anotan, la buena con-

ducta anterior y la falta de ilustración en estas gentes del campo.

"Por consiguiente, bien aplicada ha sido la ley penal al imponerse diez y siete años de presidio."

A fin de calificar la legalidad o ilegalidad de los considerandos en que se fundan los fallos de instancia para imponer la pena, la Corte tiene en cuenta:

El delito imputado a Juan Francisco y Angel María Moreno debe contemplarse a la faz del Código antiguo —por ser el coetáneo a la infracción— y también ante el nuevo Código para aplicar éste de preferencia si resultare ser más favorable a los reos: esto según conocidísimo principio no sólo de Derecho Penal sino consignado expresamente en la Constitución colombiana.

Yerra el sentenciador de instancia al computar como circunstancias de mayor peligrosidad el acuerdo previo de los reos y el haber obrado ellos en complicidad: por una parte las dos cosas no serían en el delito de que hoy se trata sino una sola circunstancia; y por otra parte, si el delito se califica de asesinato en razón de haber sido premeditado, y tomando como premeditación el acuerdo previo, mal puede cargárseles a los reos esa circunstancia, constitutiva del delito (asesinato), aduciéndola además como de mayor peligrosidad.

Ante el Código nuevo el homicidio se califica de *asesinato* cuando se comete:

".....

"2º Con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos;

".....

"5º Con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como, la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento...."

Se citan estos dos numerales del artículo 363 del Código Penal vigente porque son los únicos pertinentes en este proceso.

El recurrente dice —y la Corte le concede en ello la razón— que según la precitada disposición legal no es constitutiva de asesinato la premeditación sino cuando va acompañada de motivos innobles o bajos; y como en el caso de los Morenos al Jurado no se le interrogó sobre este punto concreto, el veredicto da sólo uno de los elementos para hacer aquella calificación de asesinato, pero falta el otro.

El tercer cuestionario podría dar base para calificar de asesinato el delito según el numeral 5º, artículo 363 del nuevo Código Penal, por cuanto allí se pregunta si los acusados cometieron el homicidio y las heridas "hallándose las víctimas indefensas".

Tal calificación es más rigurosa en el actual Código que en el coetáneo al delito, pues el estatuto penal de 1890 no se contentaba con la sola circunstancia de indefensión de la víctima para considerar el homicidio como asesinato, sino que exigía además la premeditación.

Los juzgadores de instancia no se detuvieron en este punto concreto y más bien lo pasaron por alto considerando, quizás, que la frase del cuestionario que dice: "El mismo acusado cometió los hechos a que se refieren las dos cuestiones anteriores mediando acuerdo previo", lleva implícita la premeditación.

En el auto de proceder tampoco se aludió de manera clara y concreta a la premeditación. Hay apenas un párrafo que dice lo siguiente:

"Este es el relato escueto de los hechos que está indicando que entre los procesados antes nombrados hubo un acuerdo previo, acuerdo que seguramente debió hallar origen en los golpes recibidos por Angel María Moreno de manos de Domingo Moreno, en la lucha que con éste sostuvo después de la trilla."

Ocurre preguntar qué finalidad tenía el "acuerdo previo" de los dos reos entre sí o de ellos con otros que también fueron sindicados en este proceso. ¿Se proponían tomar venganza de Domingo Moreno por las heridas causadas horas antes a Angel María Moreno? ¿Hubo "acuerdo previo" para matar a Domingo Moreno? ¿O simplemente para herirlo? ¿"Acuerdo previo" para atacar a otras personas, por ejemplo a José Rosario Moreno? ¿Y en tal caso para herir a éste también? ¿O para matarlo?

Las pruebas del proceso no permiten responder con una afirmación categórica ninguna de estas interrogaciones, excepto tal vez la primera de ellas. No habría fundamento derivado de las declaraciones de los reos, de los ofendidos o de los testigos para decir que entre los dos procesados hoy condenados y recurrentes en casación había un "acuerdo previo" para dar muerte a José Rosario Moreno. Con éste no había sido la molestia de Angel María; no había enemistad anterior entre José Rosario y los atacantes de la casa de Domingo; y si es verdad que la manera hostil y hasta violenta como los agresores se presentaron, en gavilla o grupo, armados y en actitud de ataque, no permiten dudar de la intención criminosa que los llevaba a casa de Domingo Moreno, si todo esto es innegable, también es preciso reconocer que al contestar el Jurado afirmativamente el cuestionario tercero que habla de ese "acuerdo previo", de seguro lo hizo entendiendo que el ataque en general a la casa de Domingo para tomar venganza de éste, fue lo convenido entre Juan Francisco y Angel María Moreno, es decir, que el dolo con que obra-

ron los delincuentes era apenas general o indeterminado. Pero no es seguro, ni siquiera probable que el Jurado entendiese al dar ese veredicto que con él afirmaba ser *premeditado,* el homicidio cometido en José Rosario.

Hay un dato positivo para inferir lo contrario. En el acta de una de las audiencias se lee lo siguiente:

"A continuación el señor Fiscal da lectura a los cuestionarios propuestos al Jurado de calificación y explica que aquí se descarta la premeditación y sólo se habla de concurso recíproco lo que puede ser de acción y voluntad, el cual consiste en que cuatro personas en un momento dado proceden a ejecutar los hechos. Es incuestionable que fueron varias personas, es decir, los acusados aquí presentes, pues no se trata de cuadrilla, la cual sólo puede existir cuando hay una sociedad establecida y dirigida por jefes, encaminada a cometer varios delitos; en el caso presente hubo fue concurso, pues en las preguntas de las cuestiones no se ha hecho mención de la premeditación, pues de algunas pruebas del proceso resulta un acuerdo previo para atacar hallando a las víctimas desapercibidas. Manifiesta al Jurado que no quiere extenderse más al asunto pues considera que el Jurado está completamente ilustrado con la lectura del proceso. Se refiere a los Jurados diciéndoles que podría preguntarse por qué todos los acusados aquí presentes son responsables, lo cual sólo se debe a haber llegado todos a ejecutar los hechos, es decir, el acuerdo de acción y voluntad." (Folios 179 y 180).

Es natural que ante esa explicación tan autorizada por emanar del Ministerio Público, el Jurado al contestar afirmativamente y sin explicación alguna el tercer cuestionario entendiera que así afirmaba el concurso de voluntad y de acción de los dos copartícipes del delito, pero no la premeditación de matar, puesto que el Fiscal mismo decía estar descartada de los cuestionarios tal circunstancia.

En todo caso, ni el auto de proceder ni el cuestionario formularon con la necesaria claridad el cargo de premeditación; por consiguiente no resulta indudable que el veredicto afirme esa circunstancia.

Y siendo ella de tal entidad que constituye una verdadera modificadora del delito puesto que origina o caracteriza una especie del homicidio diferente del voluntario e intencional, esa circunstancia no puede considerarse implícitamente preguntada y, menos, implícitamente declarada (términos antitéticos).

Es muy verosímil que el Juez de instancia, al dictar auto de proceder, hubiese considerado que el delito de los Morenos fue premeditado; pero no lo dijo de la manera nítida como semejante cargo debía haberse formulado, sino que se limitó a enunciar la circunstancia de haber mediado "acuerdo previo" entre los reos, expresión equívoca como ya se dijo, que puede ser indicativa de premeditación pero que no implica como necesaria esta circunstancia. El cargo de premeditación tiene que ser explícito; no puede ir implícito en ambiguas frases.

Ahora bien: si no es jurídico cargar a los reos la premeditación ya que siendo una circunstancia de tánto relieve no aparece destacada concreta y claramente en el auto de proceder ni en el cuestionario y no se conoce a ciencia cierta el pensamiento del Jurado sobre ese punto, el homicidio cometido por Juan Francisco y Angel María Moreno sólo puede penarse como simplemente voluntario o intencional.

De donde resulta que hubo indebida aplicación de la ley penal en la sentencia que condenó a los recurrentes como autores de asesinato.

Prospera, de consiguiente, el recurso por este motivo de indebida aplicación o errada interpretación de la ley penal, y corresponde a la Corte dar la sentencia que haya de reemplazar a la infirmada para lo cual se considera:

Cuál es la sanción aplicable.

Es ley más benigna, tratándose de homicidio simplemente intencional o voluntario, el Código antiguo que el nuevo, de manera que en el presente caso debe aplicarse aquél.

La disposición pertinente es el artículo 600 del Código Penal de 1890; y la calificación del delito (artículos 120-124) se hace en el segundo grado, teniendo en cuenta como atenuantes "la buena conducta anterior y la falta de ilustración en estas gentes del campo", al decir del Tribunal.

Circunstancias agravantes:

a) La mayor violencia, con que se cometió el delito (numeral 3º del artículo 117);

b) El mayor número de personas que concurrieron a su perpetración (numeral 5º ibídem);

c) La indefensión de las víctimas (numeral 10 ibídem). Si el delito se calificare de asesinato no se podría aducir como agravante esta circunstancia por ser constitutiva de él; pero desechada tal calificación, y considerado el homicidio como simplemente voluntario sí puede y debe tenerse en cuenta. El señor apoderado de los recurrentes alega que habiendo sido los atacantes dos y también dos los ofendidos no es exacto considerar indefensos a éstos. Este argumento no es atendible si se tiene en cuenta que la irrupción de los reos y de sus acompañantes a la casa de Domingo fue tan súbita e intempes-

tiva que Domingo y José Rosario trataron de salir en huída; y el número de personas que tomó la casa como por asalto (aunque el Jurado no las declaró a todas responsables del homicidio), ponía en evidente inferioridad a las víctimas respecto de sus atacantes.

Además, ya herido José Rosario, e incapaz de defenderse, sus victimarios seguían dándole "planazos", puntapiés y garrote.

Dado el mayor número de circunstancias agravantes así como la calidad de ellas, y que las atenuantes en este caso apenas son las que ofrece la generalidad —casi el total de nuestros delincuentes— la sanción correspondiente al segundo grado del delito debe ser aumentada, como lo autoriza el artículo 124 del Código Penal de 1890 y dentro de los límites que señala esta disposición, es decir, "hasta una sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo".

De conformidad, pues, con el artículo 600 del Código Penal coetáneo al delito y calificando éste en el segundo grado, la sanción principal, con el aumento de la sexta parte diferencial, es de diez años de presidio.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º Invalídase la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona fechada el veintisiete de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, por la cual se condenó a los reos Juan Francisco Moreno y Angel María Moreno a la pena principal de diez y siete años de presidio como responsables del delito de homicidio consumado en la persona de José Rosario Moreno.

2º En su lugar condénase a cada uno de los reos Juan Francisco Moreno y Angel María Moreno, por el mismo delito, a la pena principal de diez años de presidio: como parte cumplida de dicha pena se descontará el tiempo que los procesados hayan permanecido en detención preventiva;

3º Condénase además a los mismos Juan Francisco Moreno y Angel María Moreno 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 de los reos, para los efectos de la privación de los derechos políticos.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Apreciación de los hechos que constituyen circunstancias de mayor o menor peligrosidad.

Incumbe al juzgador de derecho apreciar y dicidir acerca de la existencia de hechos que constituyen circunstancias de mayor o menor peligrosidad. La Corte no podría encontrar violación o mala interpretación de la ley penal a ese respecto sino en el caso de que el Tribunal hubiese atribuído erróneamente la calidad de circunstancia de mayor o de menor peligrosidad a determinado hecho que en realidad no tenga ese valor o significación.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, veinticuatro de agosto de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Vistos:

Treinta y dos meses de presidio impuso el Juzgado 1º de San Gil a Jesús Murcia como responsable de haber dado muerte a Jesús Monsalve.

El Jurado contestó afirmativamente los cuestionarios relativos a la ejecución material del hecho y al propósito de matar; y también el que preguntaba si el procesado obró en "estado de ira y de intenso dolor causados por grave e injusta provocación por parte del occiso".

Por virtud de esta importante circunstancia modificadora pudo el Juez disminuir la sentencia de ocho a catorce años que señala el artículo 362 del Código Penal aminorándola en los términos del artículo 28 ibídem.

La sentencia de segunda instancia acogió lo fundamental del fallo de primera; pero discrepó de éste en cuanto a la apreciación de circunstancias, pues al paso que el Juez sólo habló de circunstancias de menor peligrosidad, el Tribunal hubo de estimar una —y no despreciable— de mayor peligrosidad, a saber, la indefensión de la víctima; y elevó, por eso, la pena de treinta y dos meses a tres años y seis meses.

El defensor recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal, y en el escrito que envió a la Corte para fundar el recurso dice que solicita "se reforme el fallo en el sentido de rebajar a treinta y dos meses la sanción"; y expresa el motivo de casación así:

"En la parte motiva del fallo recurrido se dice que la ley estuvo correctamente aplicada por el Juez de la causa y que no existen circunstancias de mayor peligrosidad y que por lo tanto la graduación de la pena debe ser en grado mínimo.

"Pero sucede que ya en la parte resolutiva de la sentencia se desecharon los argumentos de la parte motiva y se le dedujo a Murcia la circunstancia de haber sorprendido indefensa a la víctima, hecho demostrado en los autos, y con esa base se elevó considerablemente la sanción que le había sido impuesta."

Para resolver, considera la Corte:

Incumbe al juzgador de derecho apreciar y decidir acerca de la existencia de hechos que constituyan circunstancias de mayor o menor peligrosidad. La Corte no podría encontrar violación o mala interpretación de la ley penal a ese respecto sino en el caso de que el Tribunal hubiese atribuído erróneamente la calidad de circunstancia de mayor o de menor peligrosidad a determinado hecho que en realidad no tenga ese valor o significación.

Y como el Código si enuncia entre las circunstancias de mayor peligrosidad "el tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del delito cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado" (artículo 37 numeral 6º), si en el caso de que se trata medió indefensión de la víctima, esa es una circunstancia de mayor peligrosidad que no sólo autorizaba al Tribunal para elevar la sanción, sino que impedía al juzgador de derecho aplicar la pena en el límite mínimo.

La cuestión de si la víctima estaba indefensa es un punto de hecho el cual, se repite, estaba sometido a la apreciación del Tribunal y que no incumbe a la Corte examinar.

Por lo demás, no es rigurosamente exacta la aseveración de que "en la parte resolutiva de la sentencia (del Tribunal) se desecharan los argumentos de la parte motiva". El Tribunal fue explícito cuando dijo en el considerando cuarto de su fallo lo siguiente:

"*Cuarto.* El Tribunal observa: como circunstancia de mayor peligrosidad en contra del procesado obra en este proceso la indefensión de

la víctima, por lo cual, de conformidad con el artículo 36 del Código Penal y 39 del mismo, se impone un aumento de diez meses en la pena principal, quedando por tanto un total de tres años seis meses de presidio."

De manera que si el reparo del recurrente quiere basarse en discrepancia entre la parte motiva y la resolutiva de la sentencia del Tribunal, se ve claro que no hay tal discrepancia; que si la hubiera tampoco sería motivo de casación como lo advierte en su vista el señor Procurador de la Nación.

En virtud de lo expuesto, 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, declara que no es el caso de invalidar, y *no invalida,* la sentencia del Tribunal Superior de San Gil fechada el diez y nueve de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, que condenó a Jesús Murcia a la pena principal de tres años seis meses de presidio como responsable de la muerte de Jesús Monsalve.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Nulidades en el proceso penal.

No constituye la nulidad comprendida dentro de los artículos 198 y 199 de la Ley 94 de 1938 el hecho de que los médicos legistas no presten juramento como peritos antes de practicar una autopsia pues, como muy bien lo dijo el señor Procurador, "esta clase de peritos reviste el carácter de empleados públicos, y como tales no podían entrar a desempeñar sus funciones sin posesionarse del empleo, tal como lo exigen la Constitución y el Código de Régimen Político y Municipal".

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

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

Vistos:

Por haber ocasionado la muerte de Antonio Luis de León con propósito de matarlo, el Tribunal Superior de Barranquilla le impuso al homicida, Carlos C. Martínez, once años de presidio como pena principal (artículo 362 del Código).

Recurrió en casación el defensor, quien ha formulado una demanda irregular, no obstante lo cual debe estudiarse.

* * *

Son puntos básicos del recurrente los que siguen:

"1º La sentencia del honorable Tribunal Superior es violatoria de la ley penal, no sólo por errónea interpretación sino también por indebida aplicación de la misma, hasta el extremo de que se dictó la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio. Esto es así porque en el proceso no existe ningún elemento de convicción distinto a la confesión indivisible del encausado Martínez, no habiéndose podido probar que los hechos pasaran de modo diferente a como él los consignó en su indagatoria. Y entonces no podía tomarse esa confesión, en parte, para lo que lo desfavoreciera y desecharla en lo que le favoreciera (artículo 255 del Código de Procedimiento Penal).

"2º Porque la sentencia, por una errada apreciación de los hechos, los tergiversa y les atribuye un valor probatorio que no tienen, unas veces, y otras porque deja de darles el valor probatorio que sí tienen, cuando muchos otros hechos ni siquiera los toma en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, siendo eximentes o modificadores de la responsabilidad.

"3º La sentencia es violatoria de la ley procedimental por cuanto la diligencia de autopsia de De León, que es un dictamen pericial, no se ajustó a las prescripciones procedimentales sobre intervención de peritos. Aquí se ha hecho inveterada la costumbre de que los funcionarios se concretan a pasar un oficio a los médicos legistas para que éstos practiquen la diligencia de autopsia y luégo después de practicada es cuando vienen a juramentarse, adoptando así un procedimiento inverso, pues los tales peritos no vienen a serlo de veras en el momento de practicar la diligencia, pues no han adquirido todo el carácter que la ley quiere otorgarles mediante el juramento previo, consignado en el expediente."

Finaliza así la demanda:

"Sólo me resta solicitar de la Corte, señor Magistrado, y por el digno conducto de usted, que se le haga justicia a Carlos C. Martínez, porque considero que el honorable Tribunal Superior no la ha impartido como se debe en este asunto. El artículo 570 del Código de Procedimiento Penal deja un amplio margen para que se subsanen graves errores judiciales como el aquí cometido, y corresponde a la honorable Corte, en su sabiduría, encontrar la fórmula legal, lógica y humana, para que se ponga fin al martirio de un hombre honorable y bueno...."

* * *

El señor Procurador Delegado en lo Penal infiere que el demandante quiso aducir las causales de los números 1º, 2º y 4º del artículo 567, Ley 94 de 1938, y como las encuentra injustificadas, pide que la Corte no case el fallo recurrido, en todo lo cual tiene razón la Procuraduría.

* * *

Al interponer el recurso, ya había expresado la defensa de Martínez, de modo más sintético, los mismos tres argumentos que la Sala transcribió, y ahora se procede al análisis de aquellos motivos de casación, por el orden de su importancia.

Causal 4ª. *Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.*

El defensor desprende la nulidad del hecho de que los médicos legistas no prestaron juramento como peritos antes de practicar la autopsia del occiso.

Y a ese reparo, que ni suponiéndolo real prescindencia de un requisito legal constituiría nulidad comprendida en los artículos 198 y 199, Ley 94 de 1938, contesta la Corte con el irrebatible concepto del señor Procurador:

"Cierto que a todo perito debe posesionársele previamente y tomársele el juramento de ley, pero si se tiene en cuenta que en el presente caso los peritos eran médicos legistas, auxiliares oficiales de la justicia, ellos estaban ya posesionados con anterioridad y habían rendido el juramento legal cuando entraron a ejercer su cargo. Esta clase de peritos reviste el carácter de empleados públicos, y como tales no podían entrar a desempeñar sus funciones sin posesionarse del empleo, tal como lo exigen la Constitución y el Código de Régimen Político y Municipal.

"Por otra parte, los médicos ratificaron después, ante el funcionario instructor, el dictamen que rindieron por medio de oficio y entonces volvieron a prestar juramento."

Causal 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.*

Parece que el defensor, por algún párrafo de su memorial, ataca la comprobación del cuerpo del delito de homicidio apoyándose en la falta del juramento de los médicos legistas para efectuar la autopsia, punto que ya quedó definido al tratar la cuarta causal.

Mas, el cargo primordial a la sentencia, dentro de la causal segunda, se relaciona con diversas cuestiones, a saber: que Benjamín Gómez, Eduardo Olarte, Augusto Manrique, Altagracia Jiménez, Lilia Arocha, Florentino Valle, Rafael Carrillo y José González, no fueron testigos presenciales, a pesar de lo cual el fallo estimó que sí lo habían sido; que el Tribunal no les reconoció valor probatorio a las declaraciones de Luciano Cantillo, Manuel S. Dan, José M. del Valle y Nicolás Vieira, quienes favorecen a Martínez; que se dividió la confesión del reo, que era y es indivisible al tenor del artículo 255 del Código de Procedimiento Penal, y que el Juez 2º Superior de Barranquilla no quiso recibir en la audiencia el testimonio de Salvadora Manrique.

Considera la Sala en primer término:

No incurrió el Tribunal en el error de apreciar a Gómez, Olarte, Manrique, la Jiménez, la Arocha, Valle, Carrillo y González, como testigos que hubiesen presenciado el homicidio, ni desatendió los dichos de Cantillo, Dan, Del Valle y Vieira, conforme a la clara demostración que de ello hace la Procuraduría; aun cuando el artículo 255 de la Ley 94 de 1938 presume verídica la confesión libre y espontánea del procesado ante el Juez o el funcionario instructor y el secretario respectivo, mientras no se presente prueba en contrario, siempre que esté plenamente acreditado el cuerpo del delito, no se podía asentir a la cualificación de Martínez (grave e injusta ofensa de la víctima), pues De León la negó y serios indicios la desvirtúan; y si a Salvadora Manrique no la oyó el Juez en el acto de la celebración del juicio, se explica porque el testimonio de esa mujer, quien había declarado en la investigación, no fue pedido en la oportunidad que señala el artículo 473 de la mencionada Ley 94 de 1938.

Y en segundo lugar, manifiesta la Corte:

Todas estas cuestiones sobre prueba de la responsabilidad, en tanto que no configuren notoria injusticia del veredicto, son extrañas a los procesos por Jurado cuya decisión es de conciencia, sin estar sujetos los Jueces de hecho a la estimación legal de las probanzas.

Causal 1ª. *Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.*

Se concreta el defensor recurrente a decir que hubo errónea interpretación y aplicación indebida de la ley penal "porque en el proceso no existe ningún elemento de convicción distinto a la confesión indivisible del encausado Martínez, no habiéndose podido probar que los hechos pasaron de modo diferente a como él los consignó en su indagatoria".

El aserto del demandante no sirve para sustentar la causal 1ª, pues tiende, más bien, a la 2ª causal. Descartó el Jurado la indivisibilidad de la confesión del reo, confesión que no era la única prueba que lo comprometía. Y negadas las preguntas de defensa legítima y de estado de ira o de intenso dolor por injusta y grave provocación, la pena de once años de presidio no es tachable de ninguna manera, y menos con base en el argumento del recurrente.

* * *

Habla también la demanda de veredicto evidentemente contradictorio y notoriamente injusto, afirmaciones desprovistas de toda base. Y aunque por lo de injusticia notoria el defensor se remite a un escrito que dirigió al Tribunal antes de que éste profiriera su fallo, ese memorial nada suministra que pueda conducir a la hipótesis de que el veredicto contraría la evidencia de los hechos.

* * *

De acuerdo con las observaciones precedentes 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 invalida* la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, que condenó a Carlos C. Martínez a once años de presidio, como responsable de la muerte de Antonio Luis de León.

Devuélvase el expediente al Tribunal.

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

Campo Elías Aguirre, Francisco Bruno, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

La restitución de términos en casación.

Hay actuaciones que pueden interrumpir el término para interponer el recurso de casación ante los Tribunales, en cuyo caso debe descontarse el tiempo empleado en aquéllas.

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

(Magistrado Ponente, Dr. Francisco Bruno).

El suscrito Magistrado, el mismo día de su muy reciente ingreso a esta alta corporación, descubrió —sorprendido— que el tiempo legal (artículos 375 y 376 C. P. C. y 7 C. P. P.) para decidir la demanda de casación presentada por el abogado de Cenón Maldonado contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, comenzó el día 21 de noviembre de 1941, sin que exista, probado, impedimento alguno de carácter procesal que justifique el aplazamiento a la sentencia.

Previa la anterior y necesaria aclaración, y analizada a fondo la discrepancia entre el señor Procurador Delegado en lo Penal y los Magistrados sustanciadores que han precedido al actual en la dirección procesal del recurso, insiste el suscrito en solicitar —con el mayor respeto— del mencionado señor Procurador, emita su concepto sobre la demanda de casación, solicitud fundada en los razonamientos que a continuación se expresan.

* * *

El desarrollo procesal del recurso —a partir de la sentencia del Tribunal— ha tenido las siguientes etapas necesarias:

a) El 16 de noviembre de 1938 fue dictada la sentencia, y notificada el 17 al Fiscal y el 28 —por edicto— a las demás partes;

b) El 25, antes de la notificación por edicto, el apoderado de Maldonado solicitó se corrigiera la sentencia, corrección que fue negada el 29 de marzo de 1939;

c) El 1º de abril de 1939 se desfijó el "estado" mediante el cual se notificó el auto que negó la solicitud de corrección;

d) El 19 de abril, el apoderado de Cenón Maldonado interpuso, ante el Tribunal, recurso de casación, que fue admitido en auto del día siguiente;

e) Llegada la causa a la Corte, y sometida al procedimiento del recurso, el recurrente solicitó se admitiera, y presentó su demanda dentro del tiempo legal;

f) La Sala de Casación Penal, en auto del 16 de marzo de 1941, admitió la demanda, fundado en la sentencia del día 13 de los mismos mes y año que declaró inexequible el artículo 722 del nuevo Código de Procedimiento Penal, y ordenó se pidiera el concepto del señor Procurador Delegado;

g) Este, el 24 de junio, sostiene que la Corte no es competente para decidir un recurso interpuesto extemporáneamente;

h) El Magistrado sustanciador, en auto del 8 de noviembre, solicita —de nuevo— concepto sobre el recurso, previa afirmación razonada de su interposición —ante el Tribunal— oportuna; e

i) El Procurador Delegado —el 21 de noviembre de 1941— afirma que su concepto del 24 de junio sobre la no admisibilidad del recurso "es de fondo", ya que se refiere a la competencia de la Corte para examinar en casación el fallo del Tribunal.

* * *

Dos cuestiones —deducidas de los hechos que, confirmados, integran el período procesal ocurrido del día 30 de noviembre de 1938 en que la sentencia quedó notificada, hasta el 19 de abril de 1939 en que se interpuso el recurso— se habrán de analizar:

a) Si el tiempo de la actuación procesal —transcurrido del 25 de noviembre de 1938, día en que el apoderado de Maldonado solicitó enmienda de la sentencia, hasta el 29 de marzo de 1939, día en que el Tribunal negó dicha enmienda— suspendió o interrumpió el término hábil para interponer el recurso, y

b) Si aceptada la interposición del recurso, y admitida la demanda de casación —en desacuerdo con el Procurador— puede este alto funcionario inhibirse de su contestación.

I.—SUSPENSION O INTERRUPCION DEL TERMINO.

Tanto la legislación procesal penal anterior al 1º de julio de 1938 como la vigente, estatuyen que la interposición del recurso de casación ante los Tribunales debe realizarse dentro de los quince

días siguientes a la notificación de la sentencia. Como es razonable y lógico, en la interpretación y aplicación de esta norma no hay discrepancia ni puede haberla.

El problema —que es esencialmente formal y adjetivo— es el siguiente: del término de quince días que comenzó el 30 de noviembre de 1938, para interponer el recurso, puede descontarse el transcurrido desde el 25 de los mismos mes y año, en que se solicitó la enmienda del fallo, hasta el 29 de marzo de 1939, en que el Tribunal decidió la solicitud de demanda, es decir —si la actuación referente a la enmienda interrumpió el término para el recurso, o en general, si una actuación de carácter incidental, ¿puede suspender o interrumpir un término? La respuesta es afirmativa, porque la razón es obvia.

La ley procesal —artículos 369 y 370 del Código de Procedimiento Civil aplicables según el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal— fija causas de suspensión de términos, unas dependientes de la voluntad de las partes, otras dependientes de la misma ley: hay, pues, casos en que las partes tienen la facultad de pedir la suspensión de los términos. La esencia del problema está en la forma en que las partes puedan manifestar esa voluntad, forma que puede ser directa —como el caso del artículo 372 del Código de Procedimiento Civil— o indirecta cuando, como en el presente caso, se rompe la continuidad del tiempo mediante una actuación, producida por una solicitud que ha debido resolverse en nueve días (artículo 375 del Código de Procedimiento Civil) y que si lo hubiera sido, seguramente el apoderado de Maldonado habría interpuesto el recurso de casación en la oportunidad requerida; así, solicitada la enmienda el 25 de noviembre y resuelta antes del 6 de diciembre, es decir, antes del plazo del artículo 375, aquél habría podido interponer el recurso hasta el 20 de diciembre, más o menos, en que vencía el término de quince días.

El señor Procurador Delegado parece aceptar la tesis —y ello es jurídico— según la cual las providencias que resuelvan peticiones sobre yerros aritméticos pueden tenerse como parte integrante del fallo de segunda instancia, cuya lógica consecuencia sería la interrupción del término, esto es, la fijación de su principio o día de partida en el de la notificación de tales providencias.

Pero, dentro de la misma lógica —se pregunta— ¿aquella tesis es solamente aplicable al caso en que el yerro aritmético sea subsanado porque el solicitante tenía razón? Es decir, que —hecha la solicitud— ¿la providencia afirmativa suspende el término, en tanto que la negativa no lo suspende? No parece aceptable esto último, ya que si la actuación que termina en una providencia que subsana el yerro tiene determinada consecuencia —la interrupción del término—, la actuación que termina en la que lo niega, como es el caso, también debe suspenderlo. Es, pues, la actuación, y no la legalidad o ilegalidad, pertinencia o impertinencia, lo que produce la interrupción o suspensión del término.

La referencia a la "Jurisprudencia de la Corte" —en casos análogos— resuelve el problema:

"Como la aclaración de una sentencia hace parte de ella, cuando esto sucede, el plazo para interponer el recurso de casación comienza desde que se ha surtido la notificación de la providencia aclaratoria". (Tomo II, página 639, número 2501).

"El término de quince días, señalado por la ley para interponer el recurso de casación, se cuenta, cuando ha habido aclaración de la sentencia, desde el día siguiente a la notificación del auto aclaratorio de ella, porque él hace parte integrante de la misma, aun cuando la aclaración sólo se refiera al pago de costas". (Tomo II, página 641, número 2508).

En cuanto al día en que comienza el término para interponer el recurso, cuando la sentencia —mediante un auto— se ha corregido o aclarado, el acuerdo con el señor Procurador es absoluto y total.

En cuanto a actuaciones de otra especie, suspensivas de términos, también hay jurisprudencia.

"Del término de treinta días para interponer recurso de casación, contados desde que se mandó correr traslado al recurrente, debe descontarse el tiempo en que el expediente se pasó al despacho del Magistrado para resolver una petición de personería". (Tomo III, página 824, número 3900).

"Del término de treinta días para interponer recurso de casación, contados desde que quedó ejecutoriado el auto que ordena el respectivo traslado, deben descontarse, no sólo los días feriados y de vacantes, sino también el término referente a las actuaciones (como la relativa a la tramitación del poder que el demandante haya otorgado en segunda instancia) que han impedido poner el proceso a disposición del recurrente". (Tomo III, página 894, número 3902).

No parece que, enfrente de estas doctrinas de la Corte, pueda sostenerse que la solicitud del apoderado de Maldonado sobre aclaración de la sentencia no haya interrumpido o suspendido el término, y hay que presumir que si aquél no interpuso, durante el tiempo de la interrupción o de la suspensión, el recurso, fue porque —cabalmente— esperaba que aquella solicitud —jurídica o ajurídica, conducente o inconducente— fuera favorablemente resuelta, y en este caso orientara por vía diferente el recurso.

En el fondo, se trata de una sanción procesal —la caducidad del término— que corresponde a la omisión en el ejercicio de un derecho dentro del tiempo legal, sanción aquella que puede acarrear la más grave de las consecuencias —la pérdida de ese derecho— en cuyo caso —como conceptúa Florián al comentar la falta del estatuto de la restitución del término en el Código Procesal Penal italiano— el Juez, dados los fines del proceso y dado principalmente el principio de la investigación de la verdad material, podrá proveer a una especie de remisión de término, aunque muy cauteloso y sólo en casos decisivos de equidad y de justicia sustancial.

II.—LA COMPETENCIA DE LA CORTE Y LA CONTESTACION DE LA DEMANDA.

El señor Procurador Delegado planteó, desde un principio (folio 33), la duda sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso, en consideración a la cuantía de la pena como a la extemporaneidad de su interposición ante el Tribunal, como parece deducirse de las normas alegadas (Leyes 90 de 1920, 78 de 1923 y 94 de 1938), pero la Corte, en su auto de admisión del recurso (folio 34) se circunscribió al estudio de la condición de la cuantía de la pena, con exclusión de la oportunidad de la interposición del recurso, y solicitado su concepto, el señor Procurador Delegado, ya expresamente, afirma que la extemporaneidad del recurso quita competencia a la Corte.

Aclarado este punto por el Magistrado Ponente (folio 40), el señor Procurador Delegado insiste en la tesis de la incompetencia por causa de la inadmisibilidad del recurso (folio 41) y da a su concepto expresado anteriormente (folio 36), contenido de "concepto de fondo", y es en este punto en que el suscrito Magistrado no concuerda totalmente con el señor Procurador Delegado.

La competencia —evidentemente— puede constituír una "cuestión de fondo", y el concepto que sobre ella se emita, "concepto de fondo", con tanto mayor razón cuanto que su existencia invalida la actuación en los procesos penales. Pero presentada la cuestión —oportunamente— como lo fue por el señor Procurador Delegado, no aceptada la tesis de la incompetencia en relación con la inadmisibilidad y —en consecuencia— admitido el recurso en virtud de decisiones que son ya ley del proceso, corresponde al Procurador, en su carácter de Agente del Ministerio Público, emitir "concepto de fondo" sobre el recurso admitido, concepto que no es ni puede ser el "concepto de fondo" sobre una cuestión —la competencia— ya debatida y resuelta.

La nueva ley procesal precisa, con mayor exactitud y lógica, la intervención de las partes no recurrentes, la cual se realiza en dos etapas procesales del recurso: primera, dentro de los cinco días de fijación en lista, para alegar sobre la admisibilidad del recurso, y segunda, cuando ya admitido, y formulada la demanda, se ordena el traslado para su contestación. El Procurador, como Agente del Ministerio Público o parte no recurrente, o actor del procedimiento, interviene en la admisión y contesta la demanda, y no podría afirmarse que el concepto sobre la demanda sea el concepto sobre la admisión. Lo mismo, pues, que se ha realizado en el presente recurso, no obstante su subordinación a las normas procesales de la antigua legislación.

La incompetencia de la Corte —en consecuencia— existiría si no se hubiera admitido el recurso, pero admitido, en virtud de decisiones que son ya ley del proceso, no podría retrotraerse el procedimiento a su etapa inicial.

* * *

Podría —quizá— la Corte decidir este recurso, previos los razonamientos en esta providencia expuestos, y con un sentimiento de respeto a las tesis en las cuales el señor Procurador Delegado funda su inhibición, pero —además de que la norma legal es clara— cree el suscrito Magistrado ponente que el concepto de aquel alto funcionario sobre el recurso sería muy valioso elemento de orientación científica en la decisión de un recurso en que tan delicados problemas jurídicos se han planteado, y con mayor razón cuando se trata —precisamente— de investigar a fondo y precisar "la verdad efectiva, material e histórica" y la "individualización en la penalidad del delincuente", fines —éstos— específicos del proceso penal.

En consecuencia de lo expuesto, se ordena *enviar el expediente* al señor Procurador Delegado en lo Penal, para que dentro del término legal se sirva conceptuar sobre el recurso de casación promovido por el apoderado de Cenón Maldonado contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Cópiese y notifíquese.

Francisco Bruno.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Homicidio ocasional en estado de intoxicación alcohólica.

I—Hay diferencia entre el homicidio cometido en el acto de la provocación hecha por el occiso y el cometido minutos después de la provocación, conforme a la doctrina de los artículos 587 y 605 del antiguo estatuto penal.

II—La embriaguez voluntaria agrava la responsabilidad, especialmente si es habitual, y si en ese estado se han cometido infracciones penales aunque no graves.

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

(Magistrado Ponente, Dr. Francisco Bruno).

El apoderado del Mayor Luis Silva Gómez fundó el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla —que le condenó a la pena de cuatro años y medio de reclusión como responsable de homicidio en la persona de Jorge Salgado Gómez— en las siguientes causales (numerales 1º y 4º del artículo 3º de la Ley 118 de 1931):

A) Violación de la ley penal, por mala interpertación o indebida aplicación, y

B) Falta de consonancia entre la sentencia y los cargos formulados en el auto de proceder, y desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del Jurado.

Como el recurso —en su contenido y en su finalidad— persigue una modificación de la responsabilidad y, por consiguiente, una modificación de la sanción en favor del sentenciado, es necesario —previamente— presentar el hecho delictuoso en sus causas, modalidades, circunstancias, actores, para así deducir la conclusión que estas realidades —coordinadas en la construcción procesal— afirmaron en la conciencia de los Jueces de hecho y de derecho y que, conjuntamente, fundaron la sentencia recurrida.

I.—ORIGENES Y CAUSAS DEL DELITO.

El hecho es el siguiente: En la tarde del martes veinticuatro de marzo de mil novecientos treinta y seis, el Mayor Luis Silva Gómez dio muerte, de dos disparos de pistola, al señor Jorge Salgado Gómez, en el comedor del Bar Moisés, situado en la esquina de la carrera sexta y de la calle trece de esta ciudad. Este hecho constituye la trágica culminación de cuatro etapas preparatorias, entre sí vinculadas cronológica y psicológicamente, que precisan los orígenes y causas del delito, etapas cuya descripción —en resumen sacado de la confesión del culpado y de los testimonios rendidos— pueden reconstruirse así:

a) El Mayor Silva Gómez y su amigo Joaquín Macía, en la tarde del día mencionado, se encuentran en la calle, van al Hotel Pacífico —residencia del primero— donde amigablemente conversan y toman algunas copas de whiskey. Allí, el Mayor cambia su uniforme militar —que aquel día lleva— por el traje de civil, porque— según afirma Macía (f. 29) el Mayor "había tomado algunos tragos y él respeta mucho su condición de militar." Macía hace esta afirmación como oída de labios del Mayor. Este, pues, había tomado licor antes de su encuentro con Macía, como juntos lo tomaron en el apartamento del Hotel Pacífico.

En seguida, van al Bar Moisés a almorzar, previa invitación del Mayor. Pero las mesas del comedor están, a aquella hora, ocupadas todas, y el Mayor, cortésmente, solicita del señor Amadeo Alvarez les permita sentarse a la que éste ocupa solo. El Mayor pide dos copas de whiskey, que toman, y acepta un plato de viandas que uno de los dueños del café le ofrece a sabiendas de que ha de gustarle— pero que, como no le gustara— apenas lo prueba. Paga el Mayor y se dirigen a tomar sus sombreros y sobretodos. Pero en la mesa vecina está el señor Jorge Salgado Gómez, con Santiago Páramo, Polidoro Martínez y Raúl Flórez, y al pasar el Mayor tropezó, según parece, con Salgado; y aquí comienza la segunda etapa.

b) Entre Silva y Salgado, iniciado por éste, surge un diálago, rápido, que cada momento va adquiriendo mayor vehemencia, y aunque los varios testigos lo describen según creen lo han oído, el contexto de las frases apenas si varía. Hé aquí lo que narran aquéllos:

Páramo y Flórez, compañeros de Salgado, coinciden en la descripción del diálogo, con más o menos variaciones: *Salgado:* "¿Por qué se va? ¿Qué le ha disgustado?" *Silva:* "No nos va-

mos". *Salgado:* "Como los veo coger el sombrero..." *Silva:* "¿Me está haciendo la tiradera?" (golpeando sobre la mesa de Salgado). *Salgado:* "¡No es para tánto!" (Silva continúa golpeando la mesa). *Salgado:* "Si en algo te he ofendido, ¡excúsame!" (Silva continúa golpeando la mesa). *Salgado:* "No grites, porque estás haciendo el ridículo!" *Silva:* "¡Falso!" (Salgado se pone de pie). *Silva:* "¡Falso, falso! No hago el ridículo!" (Salgado da a Silva un golpe de puño o un empujón y lo derriba).

Alvarez, el compañero de mesa de Silva, narra el diálogo en la forma siguiente: *Salgado:* "¿Como que estás borracho?" *Silva:* "¿Con qué derecho me trata usted de borracho? Ninguna autoridad tiene usted para tratarme de borracho! *Salgado:* "¡Hombre, házme el favor de excusarme! ¡Es una ligereza mía!" *Silva:* "Tiene que entenderse conmigo!" *Salgado:* "Cuando quiera y como quiera!" (y en seguida Salgado le dio a Silva el empujón o la trompada).

Macía, el compañero de Silva, lo describe, en un principio, así: *Salgado:* "¡Qué jumita tienes!" *Silva:* "No tiene usted por qué preocuparse de eso! ¡Es con mi gusto y con mi dinero!" En seguida —afirma Macía— Silva Gómez desafió a Salgado, porque éste le dijo que era no sólo un borracho, sino también un grosero, y que Salgado, como aceptando el desafío, dio un golpe a Silva, que lo derribó.

Los demás testigos —tanto los compañeros de Salgado y Silva, como los que ocupan otras mesas del Bar Moisés— no narran la contienda verbal con la misma precisión, aunque sí hacen referencia a un rápido intercambio de frases que aumenta la excitación de Silva, hasta que Salgado lo derriba de un empujón o de un golpe de mano, cerrada o abierta. Y aquí comienza la tercera etapa.

c) El Mayor Silva se levanta —ayudado por Macía— pero no se dirige a Salgado, sino que sale del Bar, después de recoger sombrero y gabardina, no sin que antes, mirando a Salgado, dijera: "¡No le va a pasar nada! ¡No le va a pasar nada!" (Así afirma Amadeo Alvarez). O como afirma Raúl Flórez: "¡No ha pasado nada! ¡Pero ya verá lo que pasará!" O como afirma Páramo: "¡Aquí no ha pasado nada! ¡Hasta luégo! ¡Ni le va a pasar nada!" *Silva,* al salir del Bar, con Macía, dice a éste: "Esto no puede quedar así." Así lo afirma Macía.

Esto es lo que se deduce de los testimonios. Ahora, véase en qué forma, el Mayor Silva Gómez, explica los hechos, en el interrogatorio a que fue sometido por el funcionario instructor:

—"Fui arrestado —contestó al ser interrogado si sabía la causa de su arresto— por haber disparado contra el señor Jorge Salgado, por haberme éste injuriado y haberme dado una trompada que me había tirado a distancia de dos mesas del café, cayendo ante la carcajada y el desprecio de todos los que se encontraban en el mencionado establecimiento."

—"Después de haberme tomado un plato en la mesa del lado, estaba don Jorge Salgado con unos amigos, y al tratar de ponerme el sobretodo como había mucha gente, y el Bar es muy estrecho, lo molesté con el sobretodo y quizás lo toqué; él se puso furioso, cosa que me llamó mucho la atención, porque fuimos siempre muy buenos amigos, y me dijo una gran cantidad de insultos y palabras gruesas que no recuerdo, y sin más se levantó, y *como es un hombre muy esforzado,* me dio un golpe en el cuello, afortunadamente, porque si me lo da en la cara me despedaza, y me lanzó, como dije anteriormente, a distancia, cayendo en el suelo, recibiendo un fuerte golpe sobre el hombro y la cadera. *Ciego de furia, completamente fuera de mí,* me lancé a la calle, a buscar un arma para vengar la terrible ofensa que me acababa de hacer, y en mí, a un Oficial del Ejército de alta graduación. Todavía oigo la risotada de los allí presentes."

El Mayor Silva, al serle recordado, en frases más o menos precisas, el diálogo surgido con Salgado que los testigos refieren, así como la escena que terminó con el golpe y la caída, afirmó: —"Es cierto que yo tomara mi sobretodo y mi sombrero para salir, pero no recuerdo que el señor Salgado me haya pedido excusas ni que me haya dicho lo que se me pregunta; en cambio, me acuerdo muy bien de la actitud del señor Salgado cuando se levantó de la mesa y me dio un tremendo golpe en el cuello y me lanzó a una distancia dando al suelo, en donde me di un golpe terrible en el hombro y en la cadera."

—"No recuerdo que el señor Salgado me pidiera excusas —afirmó el Mayor Silva en su indagatoria— ni recuerdo precisamente qué palabras de insulto me dirigiera, pero sí su actitud agresiva y de pelea. Tampoco recuerdo absolutamente haberle hecho ningún reto ni desafío."

Una vez que el Mayor Silva, después del golpe que lo derribara, se puso de pie, ayudado por su amigo y compañero señor Macía, y se puso —también— su sombrero y su gabardina, salió del Bar con aquél, sin que nadie presumiera que el incidente ya descrito habría de terminar con la muerte de Salgado. Y aquí se inicia la cuarta y última etapa preparatoria, que solamente —aunque inconexa— el testigo señor Macía puede describir.

d) El señor Macía describe así esta última etapa: "Naturalmente yo me interpuse y ayudé a levantarse a mi amigo Silva, a quien ayudé igual-

mente a arreglarse un poco, a sacudirse y a impedir que continuara la pelea o disgusto, pues yo también fui o he sido muy amigo de Salgado. Logré salir con Luis, quien en el momento de salir dijo, más o menos, lo siguiente: '¡Esto no puede quedar así!' Al llegar a la esquina de enfrente al Bar Moisés, Luis se despidió de mí, pues me manifestó claramente que no quería estar más conmigo; pero a pesar de esto, y en vista de su ya enorme exaltación, lo acompañé hasta la puerta del Hotel Pacífico, y allí me despedí de él, en la creencia de que él iba a quedarse en su pieza. Regresé nuevamente a la esquina del Bar Moisés, es decir, a la que forma la carrera sexta con la calle trece, con la intención de dirigirme a mi oficina a escribir unas cartas para enviar por el avión de esa tarde. Cuando llegué a la esquina, estaba el tráfico muy intenso y demoré unos momentos para poder cruzar la carrera. Cuando ya iba a cruzarla, alcancé a ver que Silva salía nuevamente del Hotel. Entonces lo esperé; al llegar él donde yo estaba, trayendo él las manos dentro de los bolsillos del sobretodo que tenía puesto, lo invité a que bajáramos a uno de los cafés de la calle trece, con intención de evitar que volviera a entrar al Bar Moisés, pero sin que por mi mente hubiera cruzado la idea de que pudiera suceder la tragedia. Luis, no sólo no me aceptó la invitación que le hice, sino que me rechazó, empujándome; pero sin embargo yo insistí y lo seguí de cerca, tratando de evitar que él volviera a entrar al Bar Moisés. Sin embargo, la cosa fue tan rápida y tan imprevista, que cuando yo lo alcancé ya dentro del salón del restaurante, ya Luis tenía el arma en la mano; Salgado ya estaba de pie y simultáneamente sentí los disparos, y ví que Salgado se dirigía hacia Luis, a cuyos pies cayó de bruces. Al darme cuenta del horror de la tragedia, que acababa de presenciar, entre mis dos amigos, sufrí una terrible conmoción, y salí a la calle como loco con tal rapidez, que no alcancé a estar dentro del restaurante cuando llegó la Policía."

Son éstos —como se dijo al principio— los hechos que precedieron al delito, y que bien pueden considerarse, en su contenido, como los elementos preparatorios que influyeron, con fuerza que posteriormente será analizada, en la trágica determinación de eliminar la vida de Salgado Gómez. En seguida se dice cómo fue realizada.

II.—FORMA, MODALIDADES Y CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO.

Cinco a ocho minutos después —afirma la mayoría de los testigos— irrumpe en el comedor del Bar Moisés el Mayor Silva Gómez. Es decir, el tiempo indispensable, contado desde que salió del Bar, para ir a su apartamento del Hotel Pacífico, situado apenas a media cuadra de distancia, sacar el arma y regresar al Bar.

—"Nosotros volvimos a tomar nuestros asientos —declara Páramo— y lamentar o comentar el incidente que había pasado. No habían transcurrido cinco minutos cuando yo, que estaba dándole la espalda a la puerta, es decir, después de la salida de Silva y Macía, cuando sentí un estruendo en la puerta del Bar, estruendo fuerte, y vi al señor Silva que entraba al salón-comedor sacando del bolsillo de su sobretodo una pistola y que acto seguido apuntaba al lado de Salgado; yo, inmediatamente, corrí donde Silva, y le tomé la muñeca para evitar que le fuera a disparar a Salgado, y Silva me hizo fuerza, y en ese momento salió el disparo, disparo que fue a dar en la parte alta de la pared de la cocina; yo, con la fuerza que me hizo Silva, fui a dar contra un cancel que queda contiguo a la puerta de entrada; acto seguido me di cuenta de que Salgado se encontraba ya al pie de Silva, y que éste, estando aquél agachado, le hacía disparos por la espalda, y si mal no recuerdo, le hizo Silva dos o tres disparos."

—"Minutos después —afirmó el testigo Flórez— asomó el señor Silva al comedor del restaurante, abriendo la celosía, y desde este punto sacó de uno de los bolsillos del sobretodo que llevaba puesto, una pistola. El señor Páramo, que era el que estaba más próximo a la puerta, se levantó y con la mano izquierda le cogió la mano al señor Silva. El señor Salgado se fue encima de Silva y entonces éste, antes de que Salgado llegara a sujetarlo, se soltó de Páramo, y comenzó a disparar contra el señor Salgado. Salgado, en actitud de defenderse, se puso la mano izquierda sobre la cara; bajó la cabeza y con la mano derecha trató de agarrarle a Silva la mano con que tenía la pistola. Cuando Salgado se acercaba a Silva en la actitud a que me he referido, éste le hizo otro disparo de arriba para abajo. Después de este disparo, Salgado se desgonzó, y nuevamente Silva volvió a hacerle otro disparo. Salgado dio una vuelta como para entrarse a la cantina del restaurante, y dijo en estos momentos: 'me mató, o 'me mataste!, y en ese momento alguna persona trató de cogerlo o sostenerlo, pero él cayó al suelo. Advierto, como ya dije, que uno de los disparos se lo hizo Silva a Salgado cuando éste ya había sido herido por el mismo Silva y cuando ya, precisamente a causa de la primera herida, estaba como desplomándose."

—"Como unos ocho o diez minutos después de haber salido el Mayor Silva y Macía —afirma el testigo Riaño— regresó al restaurante el Ma-

yor Silva y entró al salón, y después de haber pasado el bastidor que separa el comedor principal del más pequeño, sacó una pistola, me parece que del bolsillo del sobretodo que llevaba puesto, y por derecho le disparó al señor Salgado, que se encontraba, como he dicho, sentado dándole el frente al bastidor. Inmediatamente que el Mayor Silva le disparó a Salgado, éste se paró y se le fue o se le dirigió al Mayor Silva como a cogerlo por la cintura; talvez Salgado se resbaló y quedó como de rodillas, y entonces el Mayor Silva le hizo otro disparo como por el hombro, estando Salgado en la posición de rodillas, como dejo dicho. Salgado se paró y se dirigió hacia la cantina dando unos cuatro pasos; luégo se volvió para la mesa donde antes estaba sentado y uno de los amigos lo sentó en uno de los asientos de la mesa, y a poco Salgado se desplomó en el suelo."

Aunque los testigos coinciden, en su mayoría, en las circunstancia y modalidades de la muerte de Salgado, conviene resumir la versión del homicida, ya que ella puede —al menos— explicar cuál es el estado psicológico que determinó el acto.

"Me fui al hotel —afirma el Mayor Silva— que queda a media cuadra del Bar Moisés, saqué mi pistola, pues no tengo costumbre de usarla, ni aun cuando estoy uniformado, e inmediatamente regresé al Bar, y apenas me vio el señor Salgado, se levantó, sin duda con intención de repetir la hazaña, pero ya mis condiciones eran muy distintas; hice fuego y desgraciadamente di en el blanco." Más adelante explica así: "Yo disparé contra el señor Salgado cuando al entrar yo al comedor vi que él se levantó. Vuelvo a repetir que yo estaba completamente fuera de mí a consecuencia de la ofensa que me había hecho." Más adelante: "El estado de inconsciencia en que me encontraba no me deja recordar (se refiere al número de los disparos), y la actitud del señor Salgado la entendí como que fuera a quererme pegar." Preguntado si mediaron algunas palabras entre él y Salgado antes de los disparos, expone: "Dada mi exaltación nerviosa de esos momentos, producida por la ofensa de que fui víctima, no recuerdo."

El Mayor Silva, en su indagatoria, se reafirma siempre, a cada momento, en su estado de exaltación causado por la ofensa que Salgado le infirió, y explica el no recuredo de detalles importantes —como los del diálogo— en ese estado. Así, no recuerda que le hubiera gritado: "¡Falso, falso!" ni tampoco que Salgado le hubiera pedido excusas, ni el desafío, ni las frases entre ellos cambiadas; asevera, eso sí, que lo injurió antes de la agresión de hecho que lo derribó contra la pared del comedor. Pero hay una declaración, hecha ya posteriormente, en la indagatoria, y que revela el estado psicológico de Silva: "Dejo constancia —declara— que soy el primero en lamentar este desgraciado suceso, siendo así que he tenido una muy buena amistad, tanto con don Jorge Salgado como con sus hermanos, y que la única explicación que tiene es 'el estado de inconsciencia' en que quedé después de la gravísima ofensa de que fui víctima, siendo —como soy— un Oficial superior del Ejército Nacional, y habiéndome comportado en todos los actos de mi vida como un cumplido caballero."

Los funcionarios que han intervenido en este proceso han llegado, de manera más o menos acorde, a formular las siguientes conclusiones:

a) Que el Mayor Luis Silva Gómez había ingerido whiskey antes de llegar al Bar Moisés, en cantidad que no se precisa;

b) Que una referencia a su estado alcohólico, o un gracejo hecho por Salgado, crearon entre los dos un diálogo cada vez más vehemente;

c) Que el diálogo, o contienda verbal, acompañado de parte de Silva de gritos y golpes, o de un reto, dio origen al puñetazo o empujón con que Salgado derribó a Silva;

d) Que Silva interpreta este hecho como una ofensa grave a su persona, y a su dignidad de Oficial del Ejército; y

e) Que creado por estos hechos o en estas circunstancias un estado de exaltación, disparó contra Salgado.

III.—DESARROLLO DEL PROCESO PENAL.

Ejecutado el delito, investigado y sancionado conforme a la legislación penal de mil ochocientos noventa, la acción penal comprende las siguientes etapas procesales:

a) El llamamiento a juicio criminal, con intervención del Jurado, al Mayor Luis Silva Gómez, por el delito de homicidio en Jorge Salgado Gómez, decretado por el Juez Segundo Superior de Bogotá el diez de septiembre de mil novecientos treinta y seis;

b) El veredicto del Jurado, emitido el diez de julio de mil novecientos treinta y siete, después de diez audiencias, que declaró al Mayor Luis Silva Gómez "responsable, pero en momentos de haber sido agredido por golpes";

c) El auto del Juez Segundo Superior de Bogotá, del quince de junio del mismo año, por el cual declaró notoriamente injusto aquel veredicto, y confirmado por el Tribunal Superior del mismo Distrito el dos de diciembre del mismo año;

d) La radicación de esta causa en el Distrito Judicial de Barranquilla, a solicitud del Mayor Silva, mediante Resolución ejecutiva número 13 de doce de febrero de mil novecientos treinta y ocho;

e) El nuevo veredicto del Jurado emitido en la última de las audiencias celebradas en Barranquilla, el trece de julio de mil novecientos treinta y ocho, según el cual el Mayor Luis Silva Gómez fue declarado responsable de la muerte del señor Jorge Salgado Gómez con esta circunstancia: "pero momentos después de haber recibido golpes públicamente en riña que le fue provocada";

f) Sentencia del Juzgado Segundo Superior de Barranquilla, del veintiuno de julio de mil novecientos treinta y ocho, por la cual —conforme a los artículos 587 (numeral 1º), 602 (segundo inciso), y 118 (numeral 2º)— lo condena a la pena de tres años de reclusión, en el grado mínimo; y

g) Sentencia del diez y ocho de julio de mil novecientos treinta y nueve, del Tribunal Superior del mismo Distrito, que aumenta la pena a cuatro años y medio de reclusión, fundado en las mismas normas del estatuto penal de mil ochocientos noventa, pero con calificación en grado medio.

IV—EL RECURSO DE CASACION.

Contra esta sentencia, el abogado doctor Carlos Arturo Díaz, en representación del Mayor Luis Silva Gómez, interpuso recurso de casación el veintisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, fundado en las causales determinadas en los numerales 1º y 4º del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, ya referidas, al principio de este fallo, sobre el cual recurso el Procurador Delegado en lo Penal emitió concepto adverso el día primero de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, y entró, el negocio, al despacho del Magistrado ponente, al día siguiente, para la decisión del mencionado recurso.

Sin que al actual Magistrado ponente pueda imputársele la inexplicable demora de cerca de tres años, por causa de su muy reciente ingreso a esta honorable Corporación, se inicia el estudio del recurso con la transcripción, del cuestionario sometido al Jurado, del veredicto y de la parte resolutiva de la sentencia:

a) *Cuestionario:* "¿El acusado señor Luis Silva Gómez es responsable, sí no nó, de haber dado muerte voluntariamente al señor Jorge Salgado Gómez por medio de heridas que le causó con proyectiles de arma de fuego de pequeño calibre (pistola); hecho perpetrado en el 'Bar Moisés', situado en la carrera 6ª con la calle 13 de la ciudad de Bogotá, en las últimas horas de la tarde del día veinticuatro de marzo del año de mil novecientos treinta y seis?";

b) *Veredicto:* "Sí es responsable; pero momentos después de haber recibido golpes públicamente, en riña que le fue provocada"; y

c) *Sentencia:* "Condénase al señor Luis Silva Gómez, de cuarenta y cinco años de edad, natural y vecino de la ciudad de Bogotá, de religión católica, apostólica, a la pena de cuatro años y seis meses de reclusión, que cumplirá en el establecimiento de castigo que designe el Gobierno."

Expuesto lo anterior, se procede —a continuación— al análisis de las causales de casación aducidas por el abogado doctor Carlos Arturo Díaz.

V.—LA VIOLACION DE LA LEY PENAL.

"La sentencia es violatoria de la ley penal —afirma el recurrente— no sólo por errónea interpretación sino también por indebida aplicación de la misma. Se ha violado la ley porque se ha debido aplicar el artículo 603 y porque la calificación del delito se hizo en el grado medio."

El Tribunal —lo mismo que el Juzgado— fijó la pena del artículo 602 del antiguo Código Penal, en consideración a que la figura del delito coincide con la del inciso 1º del artículo 587 del mismo estatuto, previa su calificación en segundo grado. Es decir, aceptó la tesis del menos grave de los homicidios simplemente voluntarios pero con el aumento impuesto por la existencia conjunta de circunstancias agravantes y atenuantes. La transcripción de las normas aplicadas facilitará, en un principio, la comprensión del problema legal planteado en la demanda.

"El homicidio se reputa simplemente *voluntario* —estatuye el artículo 587— cuando se comete mediando alguna de las circunstancias siguientes: 1º Por una provocación, ofensa, agresión, violencia, ultraje, injuria o deshonra grave, que inmediatamente antes del homicidio se haga al propio homicida. En este caso se comprende no sólo el que mata a virtud de la provocación, sino el que por ella promueve riña o pelea de que resulte la muerte del agresor."

"Si el homicidio —estatuye el artículo 602— se cometiere en riña promovida por el que murió, ya directamente, o ya por medio de ofensas, agresiones, violencias, injurias o deshonras graves, de las que excluyen la premeditación, causadas a su contrario para que éste provoque la riña, siempre que no haya habido traición o alevosía por parte del homicida, la pena será de tres a seis años de reclusión."

"Lo propio se aplicará —establece el segundo inciso de la misma norma— a los delitos que, a juicio del Juez, sean menos graves, entre los definidos en los numerales 1º, 2º, 4º, 5º y 7º. del artículo 587, que no sean objeto de disposición especial."

El recurrente sostiene, en el fundamento de la causal primera, las tesis siguientes:

a) Que es el artículo 603 y no el 602 el que debe aplicarse; y

b) Que la calificación del delito debe hacerse en el tercer grado, y no en el segundo,

A) Aplicación del artículo 603.

"Si el homicidio tuviere lugar en una riña —dice el artículo 603— no provocada ni aceptada por el agresor, en la cual éste se vio envuelto de una manera puramente casual, la pena será de uno a cuatro años de reclusión."

El recurrente, para sostener que es éste y no el 602 el artículo que ha debido aplicarse, razona, más o menos, en la forma siguiente:

Para que la norma penal aplicable fuera el artículo 602, se requeriría que Salgado, mediante la agresión, hubiera promovido la riña a Silva, para que éste, a su vez, la hubiera provocado y en esa riña hubiera ocurrido la muerte; mas como Silva no provocó ni aceptó la riña promovida por Salgado —riña que fue puramente casual para Silva, es decir, se vio éste envuelto en ella de una manera puramente casual— su delito coincide exactamente con el determinado en el artículo 603, que es —legalmente— el que ha debido aplicarse.

El recurrente —se deduce— razona únicamente en torno a la circunstancia de la riña, a sabiendas de que la consideración de su existencia —especialmente si su promoción o provocación, vocablos de muy análogo significado legal, no pueden imputarse al sentenciado— influye en la modificación de la responsabilidad y, consecuencial y lógicamente, de la pena.

Pero la riña, aceptada su realidad en la decisión del Jurado —con tanto mayor razón cuanto que se trata de un segundo veredicto, de obligatoria aceptación en consecuencia— no es la riña determinada en la norma aplicada ni tampoco en la que se cree aplicable, y prueba de ello es que si el Tribunal no afirma expresamente que el delito fue situado en el inciso 2º del artículo 602, al declarar que el Juzgado aplicó justamente la ley, este sí lo precisó en forma clara: "Todo lo que se deja expresado —dice el Juez en la parte transcrita en el fallo del Tribunal— con amplia fase procesal, que reunido sintéticamente en el veredicto del Jurado, el cual lleva a la atenuación de la responsabilidad del sindicado Silva Gómez, colocándolo como se deja detenidamente analizado, en lo preceptuado por el artículo *602, segundo inciso,* en relación con el numeral 1º del artículo 587 del Código Penal."

La riña de que habla el veredicto —se amplia el concepto emitido— no es aquella a que los artículos 602 y 603 hacen referencia, y para ello basta analizarlo, sin que implique un máximo esfuerzo de dialéctica.

El veredicto, evidentemente, si se acepta en su integridad, como debe aceptarse, está formado por los conceptos o afirmaciones, que —exactamente— coinciden con las dos etapas sucesivas, vinculadas entre sí con vínculo de causa a efecto, que la evidencia procesal ha afirmado. "Si es responsable —dice el veredicto— pero momentos después de haber recibido golpes públicamente, en riña que le fue provocada."

Significa esto que se realizaron dos hechos sucesivos:

a) La riña, provocada por Salgado, en la cual Silva fue golpeado públicamente; y

b) la muerte de Salgado, inmediatamente después de la riña por él provocada, como consecuencia del golpe sufrido públicamente por el transgresor en esa riña.

Se concluye de esto que Silva no dio muerte a Salgado —en la forma que expresa el inciso 1º del artículo 602— *en la riña* promovida por éste, ni tampoco ni menos en la del artículo 603— en la riña no provocada ni aceptada por aquél; es decir, Silva no dio muerte a Salgado en la riña, dentro de la riña, sino después de la riña, aunque aceptando —a pesar de la sutileza que encierra el veredicto— que el cambio de frases no tan injuriosas como vehementes, los golpes sobre la mesa y el golpe de Salgado a Silva, constituyan o puedan constituir, jurídicamente, la forma de contienda o combate con que la ley penal reviste el significado material de la riña.

Menos aceptable —por irreal— es el carácter de *casual* que el recurrente cree hallar en aquella presunta riña, que terminó con la caída de Silva causada por el golpe de Salgado, como irreal es también el que en ella Silva se hubiera visto casualmente envuelto. Evidentemente, cuando Silva ingresó al Bar no pudo haber presumido —porque ningún hecho anterior infería una posibilidad— que una frase más o menos baladí, dicha por un amigo, pudiera crear en él una semejante reacción, ni que esta reacción fuera tan violenta que excluyera el voluntario refrenamiento del impulso; pero esta realidad psíquica, no es, precisamente, la condición que da existencia a lo casual, ni menos si se considera que el Mayor Silva Gómez, dotado de un temperamento hiperemotivo, y a sabiendas de la influencia excitante que el alcohol ejerce sobre temperamentos de esa clase —que en otras oportunidades lo llevaron hasta el umbral de la infracción— entró a un establecimiento de expendio de bebidas alcohólicas, y más en una hora en que él ya se hallaba —como lo afirman los testigos— en un estado, si no de intoxicación, sí de aguda excitación alcohólica, demasiado sensible —en consecuencia— al más leve y aun indirecto estímulo exterior.

Aun aceptando —en guarda de la soberanía del Jurado— que el intercambio de frases de creciente intención ofensiva entre Silva y Salgado, acompañadas de golpes de mesa y manoteos y reto de parte del primero, de respuestas injuriosas y de la agresión de parte del segundo que derribó a Silva, aceptando —se repite— que este posible principio de riña es la riña misma, no podrían, ni el Juez ni el Tribunal, situar el delito ni en el inciso primero del artículo 602 ni menos en el artículo 603, porque el homicidio no se ejecutó, precisamente, en la riña sino —como racionalmente lo concreta el veredicto— momentos después de que el homicida recibió golpes en la riña que le fue provocada.

Conceptuó el Tribunal que el homicidio de Salgado imputado a Silva es de los "menos graves" entre los comprendidos en la denominación de "simplemente voluntarios", conforme al inciso segundo del artículo 602, y ante la realidad procesal analizada, el delito del Mayor Silva Gómez no podía situarse en normas distintas a las del artículo 587 (numeral 1º) y 602 (inciso 2º).

Se concluye, en consecuencia, que no ha habido mala interpretación ni indebida aplicación de la ley, en este aspecto de la causal primera alegada.

B) La graduación del delito.

El recurrente —de acuerdo con la sentencia de primera instancia que hizo la calificación en el grado mínimo— sostiene que el Tribunal, al hacerla en el medio, violó la ley mediante una mala aplicación.

El Tribunal fija, como agravantes, las siguientes circunstancias:

a) La jerarquía militar del homicida, que —en quien la ocupa— lleva anexas mayor conciencia, mayor ilustración y mayor respeto;

b) La publicidad del sitio donde se ejecutó el delito y el mayor número de espectadores del mismo;

c) la "vida alevosa" del homicida;

d) La ejecución del delito inmediatamente después del incidente y no en el incidente; y

e) Su resistencia a entregar el arma a los Agentes de la Seguridad.

* * *

El señor Procurador Delegado en lo Penal no coincide con el Tribunal en cuanto al carácter de gravedad supuesta en las circunstancias mencionadas, pero —en cambio— sostiene que la mala conducta anterior de Silva Gómez, su "osadía" e "impudencia" en la ejecución del delito y la embriaguez voluntaria en que se hallaba cuando lo ejecutó, justifican la calificación en el grado medio.

Se analizan, en seguida, las mencionadas circunstancias.

a) La jerarquía militar —evidentemente— por su naturaleza y esencia, comunica a quien la posee una cierta dignidad que lo lleva a defenderla como un patrimonio moral inviolable, y en este aspecto, no es irreal el motivo al cual el Mayor Silva atribuye su delito: "Ciego de furia y completamente fuera de mí —confiesa— me lancé a la calle a buscar un arma para vengar la horrible ofensa que me acababa de hacer, y en mí a un Oficial del Ejército de alta graduación", frase que explica claramente el incontrolado impulso delictivo.

b) Evidentemente, también, la dignidad, la ilustración y el mayor respeto —que el Tribunal reviste de gravedad en un delincuente— pueden tener tal carácter; pero tales cualidades —como lo anota el Procurador— especialmente la ilustración, no se refieren a una cultura media y, en este caso, la dignidad y el respeto a esa dignidad fueron, como ya se dijo, el estímulo al delito, atenuantes —pues— más que agravantes.

c) No aparece —tampoco— que el "Bar Moisés", donde el Mayor Silva dio muerte a Salgado Gómez, sea el sitio que reúna las condiciones que determina el numeral 7º del artículo 117 del Código Penal vigente en la época de la infracción: el "Bar Moisés" —al menos entonces— apenas si era un restaurante modesto, frecuentado generalmente por personas de discreta condición social, ubicado en un sitio apartado —por su situación— del tránsito mayor de la ciudad. No tenía, pues, el "Bar Moisés" aquellas mayor publicidad y respetabilidad que la norma mencionada requiere para agravar el delito dentro de él cometido.

d) La resistencia a entregar el arma a los Agentes de Seguridad no está incorporada en la clasificación del artículo 117, ni tampoco establece aquella perfecta analogía o semejanza que estatuye el artículo 119 para que se pudiera considerar como circunstancia agravante. Es él un hecho incidental, explicable en quien —al impulso de una pasión o emoción satisfechas pero no aún extinguidas— acaba de ejecutar el hecho en que estallaron la pasión o la emoción.

e) La ley penal aplicada —artículos 587 (inciso 1º) y 602 (inciso 2º)— y no malamente interpretada ni indebidamente aplicada conforme a muy claras razones ya expuestas, excluye la equivocación de técnica jurídica según la cual un mismo hecho pueda ser —al mismo tiempo— "factor específico del delito", como lo afirma el Procurador Delegado, y circunstancia agravante del mismo. La modalidad del homicidio imputado a Silva Gómez es —precisamente— su ejecución inmediatamente posterior al agravio, porque si aquélla se hubiera producido en el acto, otra habría sido la ley penal aplicada porque era otra la modalidad del delito. La ejecu-

ción, posterior o anterior al acto o con él simultánea, son— como lo sostiene el Procurador— "factores específicos", elementos de delito, y no circunstancias, que lo son también, pero únicamente accesorias.

Considera el Procurador Delegado que la osadía o impudencia en el ataque, la embriaguez voluntaria del transgresor y su mala conducta anterior, agravan el delito y justifican su calificación media. Esta consideración obliga a la Corte a analizar separadamente cada una de aquellas circunstancias.

"a) Cabe tener en cuenta —razona el Procurador Delegado— la persistencia de Silva Gómez en disparar sobre Salgado" a pesar de la intervención de extraños para impedirlo, porque el Código —añade— da mayor gravedad al delito realizado con "osadía" o "impudencia", tanto más cuanto que —concluye— Silva disparó a Salgado "cuando éste se hallaba agachado y en cierta situación de inferioridad."

Una síntesis de las versiones de los testigos y de la confesión de Silva —ya transcritas— fijan la verdadera significación de aquella circunstancia: Silva, al regresar al Bar, dirige el arma hacia Salgado y dispara, disparo que la intervención de Páramo desvía. Salgado, frente al inminente peligro, se abalanza a desarmar a Silva, lo que no logra porque éste levanta la mano que empuña la pistola; en esta lucha instantánea, Silva —contra cuyo pecho Salgado oprime su cabeza— vuelve la mano armada hacia abajo y le hace el primer disparo sobre el hombro y a continuación el segundo, sobre la espalda, también en dirección más o menos vertical, en el momento en que Salgado "se desgonza", ya mortalmente herido por el primer disparo. Silva —según explica— interpretó como agresiva la actitud defensiva de su víctima, y por eso —afirma— le disparó, afirmación no creíble, ya que antes de que Salgado se le abalanzara a desarmarlo, ya le había hecho el primer disparo que —gracias a la rápida intervención de Páramo— no dio en el blanco.

No obstante, no se puede desechar del todo la tesis de que Silva —como amigo que era de Salgado— conocía su personalidad, y que, a pesar de la intensa exaltación, estaba frente a un enemigo capaz —a su vez— de eliminarlo. En efecto, a la causa se adhirieron testimonios de ciudadanos respetables que presentan a Salgado como persona "de carácter pronto e irascible" (doctor Leandro Medina), "de carácter fuerte e imperioso, agresivo y esforzado y amigo de buscar molestias" (Eustasio Villamarín y Vicente Pardo Echeverri), "de carácter irritable, impulsivo y agresivo" (General Manuel Tiberio Quiñones), conceptos éstos deducidos de incidentes en que Salgado fue actor; Silva debía saber también que años atrás, aquél había herido, por un motivo baladí, al doctor Ricardo Pérez y ultimado a Jorge E. Márquez por causa de un altercado con éste en una casa de juego; así es explicable la afirmación de Silva según la cual disparó contra Salgado porque creyó que, al dirigírsele, iba a repetir la agresión de que —momentos antes— había sido víctima en los comedores del Bar, y sin que —como lo afirma en su indagatoria— hubiera tenido la intención de atacarlo por la espalda. Si Silva, en consecuencia, persistió en su consigna de dar muerte a Salgado, después de la intervención de Páramo, y si disparó sobre él cuando se abalanzó a desarmarlo, porque se representó la repetición de la agresión, no parece pueda afirmarse que Silva concibió la inferioridad de Salgado o se aprovechó de ella para eliminarlo, ni que —en consecuencia— el delito hubiera sido ejecutado con aquella "mayor osadía" (atrevimiento, audacia, resolución) con que el numeral 3º del artículo 117 lo reviste de mayor gravedad.

Se observa, en consecuencia con el anterior razonamiento, que el señor Procurador Delegado no sostiene, categóricamente, el carácter de circunstancia agravante de la modalidad anotada, ya que al iniciar el estudio de otra agravante —la embriaguez— afirma que "aunque no se aceptara tal agravante, quedaría en pie otra para considerar el segundo grado en la penalidad."

b) La Corte coincide con el señor Procurador Delegado en cuanto al carácter de circunstancia agravante dado a la embriaguez voluntaria en que Silva se hallaba, desde antes de la transgresión y durante ella, ya que no aparece probado en parte alguna que ella hubiera provenido de alguna fuerza o violencia hecha al transgresor o de alguna otra circunstancia pura y exclusivamente ocasional para que pudiera aceptarse como atenuante del delito, con tanto mayor razón cuanto que Silva —según la evidencia procesal— tenía el hábito del alcohol, bajo cuya influencia adquiría una personalidad transitoriamente antisocial y peligrosa.

Silva —como lo afirma su compañero Macía y como él lo confiesa— había ingerido, antes del delito, varias copas de whiskey, en el Hotel Pacífico con Macía y también antes de encontrarse con éste, y luégo, con el mismo en el Bar. Y sabía que su lucidez mental no era completa, porque, al llegar al hotel, cambió el vestido de militar por el de civil, precisamente porque no le gustaba llevar el uniforme cuanto tomaba licor, como lo afirmó a Macía en el Hotel del Pacífico: "Tengo por costumbre —dice el Mayor Silva en su indagatoria— tomarme unos whiskeys antes del almuerzo, y ese día estuve con unos amigos y nos tomamos unos whiskeys."

Esta agravante —la embriaguez— va a ser materia de un análisis más completo, en relación con la conducta anterior al delito.

* * *

c) La conducta anterior del sentenciado —que el Tribunal inadecuadamente interpreta como "vida alevosa"— se vincula muy estrechamente al estado de intoxicación alcohólica en el cual el Mayor Silva ejecutó todos los actos a él imputados como actos de mala conducta, de la misma manera que en ese estado ultimó a Salgado.

Varias son las pruebas que fundan esta evidencia. En el comedor del casino de Ipiales, dispara su pistola, sin motivo alguno, contra el Teniente Juan B. Moreno y el doctor Fernando Morales; en Manizales, ataca a látigo al Agente de Policía Manuel S. Parra porque intenta impedirle la entrada al Teatro Olimpia sin boleta; en Rumichaca amenaza con su pistola a agentes de la autoridad porque le exigen el examen de la camioneta al cruzar la frontera, donde —presumen— trae whiskey sin licencia; en una casa de diversiones de esta ciudad, a la cual invitó al General Julio M. Santander, le amenaza con pistola porque no le ofrece whiskey, y también al chofer del automóvil en que aquel alto militar quiere dirigirse a su casa; el Comandante de la Primera División del Ejército le amenaza con "su retiro del Ejército" si él —el Mayor Silva— continúa con sus frecuentes faltas de embriaguez que en público y con escándalo viene cometiendo"; y en Quito, el Ministro de Colombia interviene para evitar los escándalos de Silva Gómez; hechos éstos, y otros también, cometidos en estado de embriaguez.

En todos estos casos —como en el que dio origen a esta causa— el efecto criminógeno del alcohol es apenas ocasional y episódico, y no estable y permanente, como lo prueba la actitud del Mayor Silva Gómez cuando los centros inhibitorios se normalizan: o pide excusas o trata a quienes ha ofendido o amenazado como si el incidente no hubiera existido, de la misma manera que —al confesar el delito no sin previa justificación— lamenta que la agresión de Salgado lo hubiera impulsado a su muerte.

El abuso del alcohol —en un temperamento hiperemotivo como el del Mayor Silva, que sus defensores presentaron en un vivo cuadro psicológico— crea o desarrolla inclinaciones antisociales, ya que su acción "afloja en los intoxicados el freno de la educación social, más bien que suspender temporalmente su funcionamiento, y altera la naturaleza del sujeto, deprava su carácter y lo hace inapto para una actividad regular." Y este abuso del alcohol, que de por sí ya es una infracción, al estimular el temperamento hiperemotivo, da a la conducta formas de antisocialidad que la ley penal configura como graves, y como graves sanciona.

* * *

Pero enfrente de las circunstancias analizadas, existen otras que atenúan la gravedad del delito, y a las cuales el fallo del Tribunal no hizo referencia alguna al estudiar los fundamentos de la calificación; por ejemplo, la provocación y exaltación del momento, y —conforme al artículo 119 —el contenido de deshonra que, para Silva, en su calidad de Oficial del Ejército, produjo la agresión de Salgado en un sitio concurrido.

La calificación del delito —en consecuencia— está ajustada al estatuto penal, de modo que por este otro aspecto de la causal primera, tampoco la casación prospera.

VI—DESACUERDO DE LA SENTENCIA CON EL AUTO DE PROCEDER

La sentencia discrepa del auto de proceder —alega el recurrente— por dos razones:

a) Porque en aquel auto se acepta la forma del homicidio "incidental", que es la figura del artículo 603; y

b) Porque, entre los agravantes, la sentencia incluyó la "vida alevosa" del reo, no referida en el auto.

En cuanto a la primera razón, repite el recurrente su disertación, para afirmar que el delito del Mayor Silva Gómez es, precisamente, el homicidio cometido "en riña no provocada ni aceptada por el agresor y en la cual, éste, se vio envuelto de una manera puramente casual." Añade que si el auto de proceder lo aceptó como "delito incidental" y lo "incidental es lo casual", la discrepancia entre el auto de proceder y la sentencia es real.

Contestadas que ya fueron las afirmaciones referentes a la existencia legal de la riña —que el auto de proceder no reconoció como circunstancia específica del delito— y a la aplicación del artículo 603, la Corte hace, en seguida, algunas consideraciones sobre el carácter de "incidental" dado a la infracción de Silva Gómez.

No quiso el Juez —y es presunción ésta deducida del mismo auto— dar al homicidio de Silva, al adoptar la denominación de "incidental", una figura y contenido diferentes del homicidio puramente "ocasional", ni menos para situarlo en el artículo 603, ya que no hace referencia ni a la riña ni menos a la riña casual, que son las modalidades del homicidio en aquella norma configurado.

El homicida ocasional —lo define Ferri— es aquel que va al delito casi siempre sin preparación de armas o instrumentos, en virtud de una provocación, o riña o altercado, en estado

de embriaguez o de intoxicación accidental, por transitoria sugestión colectiva o momentánea turbación sentimental o mental. Es decir, el responsable de la muerte de Salgado no podría sacarse del cuadro psicológico del homicida ocasional o "incidental", como inadecuadamente lo calificó el Juzgado, como tampoco podría incluirse en la categoría de los homicidas pasionales, ya que si "lo que impulsó al Mayor Silva Gómez al delito fue una pasión", no es —inequívocamente— la "pasión social" modificadora de la responsabilidad.

En cuanto a la "vida alevosa" del reo, es también una denominación inadecuada, como ya se dijo al analizar las circunstancias agravantes del delito. No se trata aquí —también se presume de la sentencia— de la "alevosía", como elemento del delito, sino del conjunto de actos y hechos que manifiestan la mala conducta anterior del sentenciado, pues así como el Juez conceptúa que el "homicidio ocasional" podría denominarse "incidental", así también al Tribunal le pareció que la mala conducta —expresión de vida peligrosa— podría asimilarse a "vida aleve."

No hay pues discrepancia, ni real ni jurídica, entre el auto de proceder y la sentencia, como entre ésta y el veredicto, y en consecuencia esta causal tampoco prospera.

VII—CONCLUSIONES.

De todo lo expuesto se deducen las siguientes conclusiones:

a) Que el delito de Silva Gómez, conforme a la realidad procesal y al veredicto que lo interpretó, está bien incorporado en la categoría de los menos graves entre los homicidios simplemente voluntarios, conforme a los artículos 587 (numeral 1º) y 602 (inciso 2º);

b) Que el delito está bien calificado en el grado medio, en virtud de la existencia de circunstancias agravantes y atenuantes, y diferencia entre el máximo y el mínimo de la pena; y

c) Que no hay desacuerdo entre la sentencia y los cargos formulados en el auto de proceder.

* * *

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal —visto el concepto del Procurador Delegado en lo Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas las causales de casación alegadas por el recurrente, y por lo tanto *no infirma* la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Barranquilla que condenó al señor Luis Silva Gómez a la pena principal de cuatro años y medio de reclusión como responsable del delito de homicidio consumado en la persona de Jorge Salgado Gómez.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno, José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre.—Aníbal Carvajal, Oficial Mayor.

La retención de bienes propios no acarrea responsabilidad penal.

I. No constituye delito la renuencia —por parte del lesionado por hurto— a restituír bienes propios que le fueron entregados en depósito, si en el proceso se ha comprobado que tales bienes hacen parte de los hurtados al renuente, especialmente si la investigación por el hurto se ha reabierto en virtud de sobreseimiento temporal.

II. Constituyen indicio grave de la inocencia o irresponsabilidad —para fundar el recurso de revisión— los testimonios de personas ante quienes el partícipe de un delito, que negó esa participación en el proceso, la confesó y a la vez imputó la responsabilidad a su cónyuge, si esos testimonios no fueron conocidos al tiempo de los debates.

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

(Magistrado Ponente, Dr. Francisco Bruno).

Vistos:

El abogado doctor Julio Martín Echeverri, de Pereira, en nombre y representación de su hermano el abogado recibido doctor Gabriel Echeverri, de Jericó (Antioquia), en memorial llegado el veinticuatro de febrero de mil novecientos cuarenta y uno —fundado en el numeral 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal— interpuso recurso de revisión de la sentencia del Juez 1º Municipal de Pereira, del día diez y nueve de los mismos mes y año, parcialmente modificada (con aumento de pena) por el Juez Penal del mismo Circuito el cinco de agosto del mismo año, y por la cual el abogado Gabriel Echeverri fue condenado —condicionalmente— a cumplir la pena de ocho meses de prisión por el delito de abuso de confianza, y —además de las accesorias— "a devolver a la Inspección Primera Municipal de Pereira la suma de ciento sesenta pesos, y, antes de treinta días, a pagar al Tesoro Nacional, como multa, una suma igual a la que sirvió para abusar de la confianza que en él depositó la justicia, es decir, ciento sesenta pesos".

La decisión del anterior recurso —cumplidas que fueron las normas procesales exigidas (artículos 572, 573 y 574, inciso 1º, Código de Procedimiento Penal)— presupone el análisis previo de los hechos que fundaron la sentencia y también de los hechos o pruebas nuevos, presentados en el recurso, qúe establezcan la inocencia o irresponsabilidad o constituyan indicios graves de ellas.

I.—CAUSA DE LA ACCION PENAL CONTRA GABRIEL ECHEVERRI.

Tres muy importantes elementos de juicio ha tenido la Corte para este complejo y delicado asunto:

a) Copias pertinentes del sumario iniciado en el Juzgado del Circuitó Penal de Pereira, contra Roberto Aguirre y su esposa Ana Lucía Aristizábal, en virtud de denuncio de Gabriel Echeverri, por hurto de la suma de doscientos ochenta pesos, más o menos, de propiedad de Echeverri, de los cuales ciento sesenta recibió éste a título de depósito provisional, como presunto dueño;

b) Expediente completo de la acción penal seguida contra Gabriel Echeverri, por abuso de confianza, consistente en la no devolución del mencionado depósito, y

c) Testimonios del funcionario y de su Secretario ante quienes Ana Lucía Aristizábal confesó que su esposo Roberto Aguirre fue el autor del hurto del dinero de Gabriel Echeverri.

a) La acción penal contra Aguirre y su esposa.

Del conjunto de la prueba testimonial que integra tanto la acción penal contra Aguirre como la acción penal contra Echeverri —ya que las mismas declaraciones se allegaron a la una y a la otra— la Corte ha resumido, asi, la historia de los hechos.

El día diez de febrero del año de mil novecientos treinta y ocho, llegaron a Pereira, procedentes de Jericó (Antioquia), ciudad donde ejercían su profesión, los abogados doctor Luis Martín Echeverri, aceptado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, y el señor Gabriel Echeverri, abogado "recibido" en el Distrito Judicial de Medellín, con el proyecto de abrir bufete en la ciudad de Pereira o en otra del Departamento de Caldas.

Los abogados Echeverri se instalaron en el "Hotel Junín", de propiedad de Roberto Aguirre

y de su esposa Ana Lucía Aristizábal, mientras estudiaban las posibilidades profesionales. Gabriel Echeverri —según múltiples testimonios— había liquidado sus negocios de abogacía y vendido todos sus muebles, en Jericó, con el objeto de atender a los gastos de viaje de aquella ciudad a Pereira y a los de instalación en esta última. Las ventas hechas —como lo afirman los mismos compradores ante los funcionarios instructores comisionados— dieron un producto total de trescientos pesos más o menos, y análogamente declararon otros testigos que estaban al corriente de los proyectos y posibilidades de los Echeverri.

Informados y persuadidos de la competencia profesional en Pereira, por causa del exceso de abogados en ejercicio, resolvieron partir, en la mañana del día siguiente, once de febrero, a Armenia, con el fin de estudiar —también allí— la mejor posibilidad de sus actividades profesionales; al llegar a aquella ciudad Gabriel —con gran angustia— se dio cuenta que entre la funda de la almohada de la cama del Hotel Junín había dejado la suma de doscientos ochenta pesos, más o menos, e inmediatamente telefoneó al dueño o empleado del Café Astor, de Pereira, para que fuera a su pieza del hotel a buscar el dinero y se lo guardara mientras llegaba.

Acompañado del Secretario de la Inspección de la Policía, el amigo de Echeverri fue al Hotel Junín, y como de sus investigaciones sólo dedujeron la pérdida del dinero, Gabriel Echeverri presentó denuncio criminal contra Roberto Aguirre y su esposa Ana Lucía Aristizábal, de cuya responsabilidad había indicios graves. Efectivamente, Aguirre —sin avisar a su esposa siquiera— se ausentó de la ciudad precisamente la misma mañana, en dirección desconocida, no sin que antes le enviara a Ana Lucía, de la Galería de Mercado, cinco pesos, y al día o días siguientes veinte pesos desde Neira por el "Expreso Ribón", comprara allí un poco de crespón para vestido de señora, y dejara ver, al hacer este pago, como el de servicios de peluquería, un manojo de billetes de valores distintos, y no sin que Ana Lucía, el día de la pérdida del dinero, le diera en depósito a un primo ciento treinta y cinco pesos, a pesar de que —según pruebas allegadas, entre ellas una carta de Aguirre para su padre— la situación económica de los esposos Aguirre-Aristizábal era muy angustiosa.

El funcionario instructor, adquirido que hubo la suma de ciento sesenta pesos —quince decomisados a Ana Lucía provenientes del giro hecho desde Neira, los ciento treinta y cinco entregados por su primo, más diez que la misma Ana Lucía, después de la inspección ocular, halló en la cama en que pernoctó Gabriel— los consignó, a título de depósito provisional en poder de éste.

Continuado el sumario, contra Aguirre fue dictado auto de detención, y negada la solicitud de excarcelación, previo concepto desfavorable del Agente del Ministerio Público, pero llegado el tiempo de la calificación, los funcionarios de primera y segunda instancia sobreseyeron temporalmente en favor de Aguirre, y ordenaron la devolución del depósito provisional hecho en poder del denunciante Gabriel Echeverri, devolución a la cual éste se negó, fundado en que era parte del dinero de su propiedad que le había sido hurtado.

b) La acción penal contra Gabriel Echeverri

Como lo habían ordenado el Juez del Circuito Penal y el Tribunal Superior de Pereira, se inició acción penal contra Gabriel Echeverri, por el delito de abuso de confianza, el diez y ocho de enero de mil novecientos treinta y nueve, y el veintinueve de febrero de mil novecientos cuarenta y uno fue condenado condicionalmente —en virtud de los artículos 412 y 413 del Código Penal— a la pena de siete meses de prisión, sentencia que el cinco de agosto del mismo confirmó el Tribunal, con la reforma de aumento de la pena a ocho meses y la obligación de restituir el depósito y pagar al Tesoro Nacional, a título de multa, "suma igual a la que sirvió para abusar de la confianza que en él —el sentenciado Gabriel Echeverri— depositó la justicia, es decir, ciento sesenta pesos, antes de treinta días."

II—LA DECISION DEL RECURSO.

Fundamentos de la decisión son los testimonios de Julio Gaviria Díaz y Rafael Ossa, presentados dentro del término de prueba del desarrollo procesal del recurso; porque si ellos constituyen el hecho nuevo, las pruebas no conocidas al tiempo del debate, que establecen la inocencia o responsabilidad de Echeverri o constituyen siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad, la revisión habrá de decretarse, y no en el caso contrario.

Los testimonios de Gaviria y Ossa, ex-Inspector Municipal de Pereira y Secretario respectivamente —funcionarios que iniciaron la investigación del hurto imputado a Roberto Aguirre y Ana Lucía Aristizábal— que se circunscriben a la inculpación de ésta a aquél, ¿constituyen el hecho nuevo o la prueba o el indicio grave de la inocencia e irresponsabilidad de Gabriel Echeverri? El sentido de la respuesta decide el problema, porque si Roberto Aguirre fue quien se apoderó indebidamente del dinero de Gabriel Echeverri —parte del cual fue depositado pro-

visionalmente en poder de éste— entonces la no devolución del depósito no constituye delito alguno, menos el de abuso de confianza, ya que sería absurdo suponer siquiera que tal delito pueda ejecutarse sobre bienes patrimoniales del procesado mismo.

Se requiere, aquí, hacer referencia a las pruebas sobre la propiedad y pérdida del dinero de Gabriel Echeverri en el Hotel Junín, y a la responsabilidad de Roberto Aguirre.

En cuanto a la propiedad, el Juez doctor Víctor Manuel Molina, el presbítero doctor Gildardo Dávila, y los señores Pablo Tobón, Jesús Prieto Arango, José J. Marín, Roberto Tobón, Telmo Alfonso Sierra, Leandro Henao, Ramón R. Henao y José A. Lemos, todos vecinos de Jericó, afirman —bajo juramento— dos hechos: primero, que Gabriel Echeverri es un ciudadano moralmente íntegro, y que, con el fin de establecerse en Pereira, con su hermano Julio Martín, vendió todos los muebles de su oficina en Jericó, y aún más, se refieren al monto, valor y clase de billetes con que algunos de ellos pagaron a Gabriel Echeverri los muebles, entre ellos el Juez doctor Molina y el sacerdote doctor Dávila, y a la cantidad de dinero que pudo recolectar para su viaje.

En cuanto al monto de dinero —en billetes— que Gabriel Echeverri llevó a Pereira, declararon —también bajo juramento— Marco Tulio Montoya, Gonzalo Estrada, el dueño del carro que lo condujo a aquella ciudad, y Manuel Angel Rendón.

En cuanto a la pérdida, Marco Tulio Montoya, el Inspector Rafael Escobar, y otros, aseveran que —por causa del hurto de que Gabriel Echeverri fue víctima— tanto éste como su hermano, se vieron en angustiosa situación económica y obligados a acudir a la benevolencia de sus amigos.

En cuanto a la responsabilidad de Roberto Aguirre y de su esposa Ana Lucía Aristizábal, son graves los indicios que los condenan, entre ellos su muy difícil situación económica, la intempestiva desaparición de Aguirre el mismo día del delito, el giro hecho desde Neira a su esposa, el manojo de billetes que los peluqueros Eduardo Henao y Francisco Alvarez vieron en poder de Aguirre en Neira, la entrega de $ 135 (ciento treinta y cinco pesos) de Ana Lucía Aristizábal a su primo José Vicente Aranzazu el día del delito o el siguiente, el hallazgo de un billete de diez pesos, por Ana Lucía, después de la requisa cuidadosa hecha por los funcionarios de instrucción, y las frases dichas por aquélla a algunos de los declarantes, entre ellos a Miguel Angel Rendón y Alfonso Puerta, según las cuales ese dinero —el de Gabriel Echeverri— "no se perdería porque su esposo lo tenía", que ella "tenía la seguridad de que su marido lo había recogido", previa recomendación de "que no lo fuera a saber su marido porque la mataría."

Añádase a esto el hecho de que el mismo Juzgado Penal que sobreseyó temporalmente a favor de Aguirre, lo llamó a juicio por el delito de abuso de confianza en bienes de Francisco Delgado, cuya prueba fue allegada dentro del término de prueba del recurso, y las referencias a la mala conducta de Aguirre.

Sobre estas pruebas —que en sí constituyen serios indicios de la responsabilidad de Roberto Aguirre— se decretó el sobreseimiento temporal, y se ordenó la reapertura de la investigación y la devolución del depósito hecho en poder de Gabriel Echeverri, por cuyo no cumplimiento el Juez Penal del Circuito de Pereira —como ya se anotó— lo condenó condicionalmente por el delito de abuso de confianza.

* * *

En la causa penal contra Gabriel Echeverri —integrada en su mayor parte con los testimonios rendidos en el sumario contra Roberto Aguirre— no aparecen los de los señores Julio Gaviria Díaz y Rafael Ossa O., y que el recurrente presenta como fundamento del recurso. Su transcripción es pues, necesaria, para deducir si ellos constituyen los elementos que exige el numeral 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

Julio Gaviria Díaz declaró así a solicitud de la Corte, ante el Juzgado Municipal de Salamina (fol. 48):

"Mi nombre está ya dicho, soy vecino de este Municipio en donde ejerzo las funciones de Teniente Comandante de la Sección de Salamina de la Policía Nacional, tengo treinta y tres años de edad y no tengo generales de la ley con las partes en este negocio". Dijo a continuación: "Conozco a los señores Gabriel Echeverri y a Roberto Aguirre, no así al doctor Pedro Serna Botero, desde hace unos seis años. Ya he dicho que no tengo generales de la ley con ninguno de los citados." Al punto 2º contestó: "Es absolutamente cierto que la señora de Antonio (sic) Aguirre, Ana Lucía Aristizábal, y antes de ser indagado Aguirre, en el mes de febrero de mil novecientos treinta y nueve, se presentó la señora de Aguirre a la Inspección Primera Municipal de Pereira en donde yo ejercía el cargo de Inspector, y nos manifestó, a mi Secretario y a mí, que su esposo sí se había llevado ese dinero y que ella quería una transacción con los interesados u ofendidos a fin de que Aguirre no fuera a la cárcel. Como observáramos que esta señora era la esposa legítima de Aguirre y como no se le podía recibir declaración por ese parentesco con el sindicado Aguirre, dejamos sin escribirla. Estoy convencido, moralmente,

que Aguirre se hurtó ese dinero, según la declaración personal de la señora a que me vengo refiriendo." Al punto 3º manifestó: "Es absolutamente cierto que el dinero se encontró en poder de un hermano de la señora Aristizábal de Aguirre, y asimismo es cierto que esta señora tenía un recibo firmado por su hermano en el cual constaba que había recibido de esta señora la suma de ciento sesenta pesos ($ 160) y que la misma señora confesó en mi oficina que ella le había entregado ese dinero a su hermano, después de haberlo recibido de su esposo Aguirre. Asimismo es cierto y estoy convencido que ese dinero era del señor Gabriel Echeverri, pues en el expediente quedó demostrada casi en su totalidad la propiedad de éste, puesto que cuando se decomisó el dinero ya teníamos informes sobre la clase de moneda que se le había perdido a Echeverri, con el detalle de que observaba la cantidad de billetes de determinado valor, de unos y otros. De ahí que la oficina a mi cargo, por este conocimiento, no tuvo ningún inconveniente en depositar en la persona de Echeverri el mencionado dinero, pues hasta allá llegó el convencimiento moral y material. En el punto 2º quedó aclarado el motivo por el cual no se le recibió declaración a la esposa del sindicado Aguirre. Mi concepto sobre el señor Echeverri es bueno, puesto que lo conozco a fondo y sé que es un ciudadano honorable en todo sentido y padre cumplidor de sus deberes. De Roberto Aguirre tengo para decir no solamente por el conocimiento que de él tengo dentro de algunos expedientes en que me tocó actuar como funcionario y según el pasado judicial recogido en esos negocios, que es persona de malos antecedentes morales y materiales. Y por fuera conozco a Aguirre y puedo decir que no es una persona honrada. Es cuanto tengo que declarar."

Rafael Ossa, también a solicitud de la Corte, declaró así (fol. 52):

"Es verdad que cuando yo ejercía el cargo de Secretario de la Inspección Primera de Policía en la ciudad de Pereira, a mediados de febrero de mil novecientos treinta y ocho, no recuerdo si el mismo día en que debía recibírsele indagatoria a Roberto Aguirre como sindicado de hurto a Gabriel Echeverri, o días antes, se presentó la señora de Aguirre llamada Ana Lucía Aristizábal y en conversación que sostuvo con el Inspector señor Julio Gaviria y con el suscrito nos manifestó que era muy posible que su esposo se hubiera encontrado (no hurtado) el dinero que a Echeverri se le había quedado debajo de la almohada de la cama donde durmió y al emprender su viaje hacia Armenia, por las siguientes razones: porque Aguirre, sin tener viaje para ninguna parte, se había ausentado la misma mañana para la población de Neira; porque ella misma se había encontrado un billete de diez pesos en la misma cama donde durmió Echeverri; porque su esposo Roberto era la única persona que había entrado a esa pieza donde durmió el ofendido a partir de la ausencia de éste; porque de Neira o de una de las poblaciones entre ésta y Pereira la había llamado por teléfono; porque de las Galerías de Pereira y antes de partir para Neira le había mandado una suma de dinero para gastos y luégo le había girado otra cantidad mayor por conducto de "El Correo Expreso"; y en fin porque había viajado y hecho gastos muy superiores a los recursos pecuniarios con que contaba. La misma señora, ante la angustia que demostraban el ofendido Gabriel Echeverri y su hermano Julio Martín por haber quedado en completa miseria con motivo de la pérdida del dinero, único patrimonio con que contaban para establecerse a trabajar como abogados, les manifestaba que en su concepto todo se arreglaría a la llegada de su esposo porque indudablemente éste había encontrado el dinero que Gabriel olvidara debajo de la almohada y se lo entregaría. 3º "Es verdad que en mi concepto de funcionario de instrucción y con la experiencia adquirida en quince años de práctica llegué a la convicción moral de que el dinero que las autoridades de policía (detectivismo) sorprendió en poder de un primo hermano de la señora Ana Lucía Aristizábal de Aguirre, como entregado por ésta en calidad de depósito precisamente el mismo día en que Gabriel Echeverri perdió ese dinero, hacía parte del dinero perdido por Echeverri. Si mal no recuerdo, el Inspector y el suscrito Secretario dejamos constancia en el expediente de las manifestaciones de la señora Aristizábal de Aguirre hechas en conversaciones informales, pues cuando se llegó el caso de recibirle indagatoria quizá ya estaba muy atemorizada con las amenazas de su esposo y se retractó o negó lo que antes había confesado. Tengo la convicción íntima por las constancias que existen en el proceso, tales como una declaración del mismo Juez del Circuito de Jericó, quien compró a Gabriel Echeverri el menaje de su oficina, de que éste cuando llegó de posada al hotel de Roberto Aguirre llevaba consigo la cantidad de dinero cuya pérdida denunció, y asimismo tengo la convicción de que el mismo Echeverri salió de ese hotel en la más completa miseria; yo mismo por lástima de esos caballeros que a pesar de ser muy honorables y pertenecer a la buena sociedad, no tenían en Pereira quién los protegiera, hube de intervenir dentro de los límites de lo legal para que el señor Inspector les entregara en calidad de depósito la pequeña cantidad de dinero que se había logrado recuperar. En mi concepto, Julio

Martin y Gabriel Echeverri L. son de excepcional honorabilidad y rectitud. En cuanto a Roberto Aguirre no tengo ningún cargo concreto que hacerle, pero en el trato que tuve con él me pareció sumamente vulgar y capaz de cualquier cosa."

El señor Procurador Delegado en lo Penal conceptuó en la forma siguiente (fol. 68):

"Leyendo la causa por abuso de confianza contra Gabriel Echeverri, donde figuran varias copias referentes al sumario por hurto contra Roberto Aguirre, se concluye sin esfuerzo alguno que los juzgadores incurrieron en error al juzgar a Echeverri por aquel delito, puesto que Gabriel logró establecer que el dinero sí se le perdió en el Hotel Junín.

"Tratándose de infracciones contra la propiedad, la preexistencia de la cosa hurtada o robada puede probarse con la declaración del interesado, la de su consorte, sus hijos y domésticos, según lo disponía el artículo 1529 del anterior Código de Procedimiento Penal, y lo consagra la actual legislación sobre la materia en su artículo 313. De suerte que bastaba el testimonio de los hermanos Echeverri para dar por establecido ese elemento objetivo del delito, fuera de que concretamente concurrían indicios graves sobre la existencia del hurto y la posible responsabilidad de los dueños del hotel, que es inútil concretar aquí.

"Por tanto, si a Gabriel Echeverri se le dio en depósito la suma de $ 160.00 como rescate de lo que le había sido hurtado en el Hotel Junín, mal podía dicho sujeto cometer un abuso de confianza al negarse a restituir dicha cantidad, desde luégo que el delito de apropiación indebida requiere, entre otros elementos, que se trate de cosa mueble *ajena*, y no propia, como es obvio.

"Tan cierto es esto, que el Juez de la causa no se atrevió a condenar a Echeverri a la indemnización de perjuicios provenientes de la infracción, precisamente porque no disponía de la prueba referente a la propiedad de los $ 160.00 en cabeza de Roberto Aguirre o de su esposa, dejando la cuestión para decidirla por vía civil y ordinaria. Entonces ¿cómo pudo dictar sentencia reprimiendo a Echeverri como autor de un delito consumado en *propiedad ajena*? Hé aquí una clara inconsecuencia y un evidente desacierto

"Lo expuesto significa que el hecho cometido por Echeverri no fue un abuso de confianza sino propiamente lo que se denomina "hacerse justicia por la propia mano', puesto que dicho señor desobedeció una orden de la autoridad sobre devolución del dinero depositado, en la creencia justa y de buena fe, de que se le exigía algo que era de su propiedad para entregárselo a quien había sido el autor del hurto.

"Todo lo cual quiere decir que en el proceso seguido a Gabriel Echeverri se incurrió en error acerca de la denominación jurídica del acto punible a él imputado, por haberlo llamado a responder en juicio por un delito que no era el de abuso de confianza.

"Pero este error debió corregirse dentro de aquel mismo expediente, ya interponiendo el recurso de reposición contra el auto de proceder, o, en subsidio, el de apelación, o ya planteando la nulidad de la causa por ese vicio que la invalidaba. Nada de esto se hizo en las instancias.

"Y como la revisión es un recurso extraordinario que sólo puede prosperar por los motivos especialísimos a que se refiere el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, sin que a la Corte le sea dado reparar faltas que debieron enmendarse en las instancias, síguese que no habiéndose demostrado ninguna de las causales establecidas en tal artículo, lo hecho por los juzgadores de la causa tiene que permanecer en pie, por doloroso que ello resulte.

"Las copias acompañadas por el demandante y que se refieren al enjuiciamiento de Roberto Aguirre por un delito de abuso de confianza extraño a la materia debatida aquí, no es la revelación de un hecho nuevo que ponga de manifiesto la inexistencia del delito imputado a Gabriel Echeverri, ni la irresponsabilidad de éste al negarse a devolver los $ 160.00 que se le dieron en depósito.

"Los testimonios de Julio Gaviria Díaz y Rafael Ossa, tendientes a comprobar la responsabilidad de Roberto Aguirre en el hurto de los $ 280.00 pertenecientes a Gabriel Echeverri, es asunto que se suscitó en el proceso por abuso de confianza cuya revisión se pide, y, por consiguiente, no constituye tampoco un hecho nuevo revelado después de la condenación de Gabriel. Igual cosa puede decirse de las demás copias traídas del sumario por hurto contra Aguirre."

Aun aceptando que los testimonios de Gaviria y de Ossa —tendientes a comprobar la responsabilidad de Roberto Aguirre en el hurto de los $ 280.00 (doscientos ochenta pesos) pertenecientes a Gabriel Echeverri— no constituyen un hecho nuevo, como lo insinúa el señor Procurador, sí son pruebas que establecen la irresponsabilidad e inocencia de aquél en el delito de abuso de confianza, o indicios graves de tal irresponsabilidad e inocencia.

Es cierto —también— que ya fue debatida la responsabilidad de Aguirre por el delito de hurto en bienes de Gabriel Echeverri y que su calificación se concretó en un sobreseimiento

temporal; mas como la razón alegada por Echeverri para no restituir el depósito —hecho en que se fundó la condena— fue la propiedad y pertenencia del dinero materia del depósito, ha de concluirse que la declaración de Ana Lucía Aristizábal contra su esposo es digna de crédito, como lo es, y si la irresponsabilidad de Gabriel Echeverri es una consecuencia de la responsabilidad de Roberto Aguirre, los testimonios de Gaviria y Ossa constituyen al menos el indicio grave de la irresponsabilidad e inocencia de Echeverri.

Además, los testimonios de Gaviria y Ossa no fueron conocidos al tiempo de los debates, sin que la referencia hecha por Ana Lucía Aristizábal al Secretario del funcionario instructor, en la casa del Hotel Junín (fol. 8), pueda quitar a tales testimonios el valor —que el numeral 5º del artículo 571 sugiere— para fundar el recurso de revisión.

Evidentemente el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal constituye un serio fundamento de rehabilitación moral en favor de Gabriel Echeverri, pero planteada la responsabilidad de éste como consecuencia de la de Aguirre, el criterio de humanización de la justicia, respaldado en evidencias procesales y legales, induce a la Corte a ordenar la revisión solicitada.

* * *

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley —y visto el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal—,

RESUELVE:

I.—*Ordénase la revisión* de la causa seguida contra el doctor Gabriel Echeverri, por abuso de confianza, causa que terminó con la sentencia del Juez Municipal y del Juez de Circuito Penal de Pereira, de fechas diez y nueve de febrero y cinco de agosto, respectivamente, del año de mil novecientos cuarenta y uno.

II.—*Señálase* el Juzgado Municipal Penal de Manizales y el Juzgado Penal del mismo Circuito, para el nuevo juzgamiento de Gabriel Echeverri.

III—*Ordénase* al mencionado Juez Penal Municipal de Manizales saque copia de los testimonios de Rafael Gaviria Díaz y Rafael Ossa (fols. 48 y 52, cuaderno de la Corte), y los envíe al Juez Penal del Circuito de Pereira, para que sean añadidos al sumario contra Roberto Aguirre por hurto de dinero de propiedad de Gabriel Echeverri, cuya reapertura fue ordenada por auto de siete de julio de mil novecientos treinta y ocho de aquel Juzgado Penal, y confirmado por el Tribunal el trece de diciembre del mismo año.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y publíquese.

Francisco Bruno, José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Casación interpuesta por la parte civil, en lo relativo a perjuicios (artículo 559, Ley 94 de 1938). - Esta es materia que se rige por las mismas causales y el mismo procedimiento en asuntos civiles. La parte recurrente invocó las causales 1a. y 2a. del artículo 520, Ley 105 de 1931.

1.—Si en una sentencia se declara el quantum **de ambas clases de perjuicios, materiales y morales, o de cualquiera de ellas, en proporción o suma inferior a la que solicitó la parte interesada, no habrá siempre ni necesariamente falta de consonancia del fallo con las aspiraciones que a su tiempo dedujo esa parte, pues el sentido en que la causal 2ª del artículo 520 de la Ley 105 de 1931 toma el vocablo "consonancia", no significa que haya sido de rigor haber satisfecho por completo la pretensión de la parte respecto de la cuantía que ésta les fijaba a todos los perjuicios, materiales y morales. Pero que un Tribunal prescinda arbitrariamente de condenar al reo a la indemnización de los perjuicios morales, o de los materiales, cuando unos y otros resultaron del delito, entonces surge, como causal de casación, la disconformidad de la sentencia con las pretensiones de la parte que pidió el doble resarcimiento.**

2.—El precepto del artículo 92 del Código Penal es imperativo: condenar al responsable de una infracción que aparejó perjuicios o daños, a resarcir todos **los que el delito causó. Todos los perjuicios sin excepción alguna: el daño emergente y el lucro cesante. Esas dos clases de perjuicios, en el caso de autos, fueron materiales y morales. Los últimos son de dos especies: una en que se menoscaba el estricto patrimonio moral, socialmente hablando, y otra que es de pura esencia subjetiva. Pertenecen a la primera especie, y son objetivados y justipreciables pecuniariamente, pues a veces encierran una utilidad económica, aquellos que se originan de algunos delitos contra la libertad y el honor sexuales, contra la integridad moral, contra la familia y contra la integridad personal. Y en la segunda especie están los de afección sola, como el sentimiento, pena y congoja que se padece en el ánimo** verbi gratia **por la muerte violenta e injusta de un familiar querido, daño esencialmente subjetivo que, por radicar en el espíritu como dolor íntimo, no puede traducirse en cifras numéricas. Y esta reparación,** pretium doloris, **no se le hizo a la actora en este proceso, cuando para obtenerla asistía y asiste a la recurrente un perfecto derecho. La imposibilidad de reparar adecuadamente con un** quantum **de dinero el perjuicio moral inobjetivado, es la razón de ser del artículo 95 del Código Penal. Un resarcimiento de perjuicios materiales, y aun de morales objetivados, es de alcance** compensatorio; **mas la indemnización del artículo 95 del Código Penal sólo tiende a una casi simbólica** satisfacción **para la justicia.**

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal—Bogotá, septiembre diez y seis de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado Ponente, Dr. Campo Elías Aguirre).

Vistos:

El cuatro de septiembre de mil novecientos treinta y ocho, en la ciudad de Popayán, Pedro Antonio Quintero España dio muerte a José Rafael Paz Reinoso, y por ese hecho el Tribunal Superior de allí condenó al homicida a treinta y dos meses de presidio (artículos 28 y 362 del Código Penal) y a las sanciones accesorias correspondientes, una de las cuales fue la de pago de tres mil seiscientos pesos ($ 3.600) a Rosalía Reinoso, madre del occiso, como indemnización de los perjuicios que de la infracción le resultaron.

Se había constituído parte civil la señora Reinoso, y con ese carácter y en uso de la facultad que otorga el artículo 559, Ley 94 de 1938, interpuso recurso de casación contra el fallo.

Dispone dicho precepto legal:

"Las partes mencionadas en el artículo anterior y la parte civil podrán interponer recurso de casación contra las sentencias condenatorias

en las causas a que se refieren los artículos 556 y 557 en lo referente a la indemnización de perjuicios, cuando la cuantía sea o exceda de tres mil pesos.

"En este caso, regirán las mismas causales y el mismo procedimiento de la casación en asuntos civiles."

La Corte sometió, pues, el recurso a los trámites que señalan los artículos 528 y siguientes de la Ley 105 de 1931, sin intervención del señor Procurador Delegado en lo Penal.

* * *

Invocó la recurrente los motivos 1º y 2º del artículo 520 de la mencionada Ley 105, que son:

"1º Ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea.

"Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

"2º No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes."

* * *

Al constituirse parte civil la señora Reinoso por medio de apoderado, éste exigió un resarcimiento de diez mil pesos, así: ocho mil por perjuicios materiales y dos mil por los morales.

Dice el dictamen pericial:

"... ....

"'Como jefes de empresas tipográficas tuvimos oportunidad de conocer al joven Reinoso en su carácter de operario de imprenta, pudiendo anotar a su favor cualidades excelentes de orden profesional, que sin duda alguna lo habrían capacitado, en el transcurso de los años, para ser un profesional de primera. Reinoso figuraba, dentro de esa especie de escalafón existente en las artes gráficas, como cajista de primera categoría, por su consagración al trabajo, por el rendimiento que daba y por especial gusto estético que aplicaba a las obras a él encomendadas.

"Esas circunstancias determinaban que en Popayán, en donde como lo apunta el señor apoderado de la familia Reinoso, a los profesionales de las artes gráficas no se les puedan fijar los sueldos o salarios de que gozan los mismos en otras ciudades de mayor prosperidad económica, el joven José Rafael apenas pudiera obtener sueldos bastante modestos que teniendo en cuenta lo que a él pagaban las diversas empresas en donde sirvió, podemos calcular en cuarenta pesos mensuales como promedio.

"Si como debe ser absolutamente cierto y hasta natural que el joven Reinoso prestara ayuda a su señora madre, comoquiera que tal ayuda constituye una obligación ineludible en todo buen hijo, y como no se ha demostrado que Reinoso dejara de cumplir aquellos sagrados deberes para con su progenitora, creemos indispensable, sobre la base de un sueldo mensual de cuarenta pesos, deducir qué suma pudiera gastar en sus propias necesidades el occiso y cuál la que destinara al apoyo de la madre.

"Ante todo debemos tener presente la juventud de Reinoso, para sacar como consecuencia que ella habría de imponerle necesariamente erogaciones elevadas de acuerdo con su sueldo y que la participación fijada por el occiso para la ayuda y protección de su señora madre seguramente debía ser pequeña. Para el caso nosotros la estimamos nada más que en diez pesos mensuales, aun cuando pensamos que seguramente pudo ser mayor, atendida la consideración de que Reinoso quería a su madre entrañablemente y que por ofrecerle ayuda no escatimaba recursos.

"Si Reinoso le pasaba esa suma mensual y si como se deduce de los cálculos científicos, José Rafael estaba destinado a vivir largos años, ya por su juventud vigorosa, como por la magnífica salud de que gozaba y por otras circunstancias de orden natural, no sería aventurado que hubiera podido llegar a edad avanzada, que nosotros, ateniéndonos a las opiniones de los científicos, pensamos que habría podido ser la de los cincuenta apartándonos un tanto del concepto científico que la fija en sesenta.

"Si José Rafael ayudaba a su señora madre con una suma mensual de diez pesos, tenemos que en un año ella sumaba ciento veinte pesos, y que en treinta años, partiendo de la base de que José Rafael, por razones diversas no pudiera ascender en su profesión y obtener como consecuencia sueldos más altos que elevaran la contribución para el sostenimiento de su casa, habría llegado a los tres mil seiscientos pesos, cantidad ésta que estimamos como justa en lo que hace relación a los perjuicios sufridos por la señora Reinoso.

"Los perjuicios de orden moral ocasionados por el delito, son ciertamente cuantiosos, pero nosotros no nos atrevemos a aplicarles un criterio económico, porque si así lo hiciéramos y los tasáramos en dinero, posiblemente llegarían a cantidades fantásticas.

"Además consideramos que tales cálculos son de otro orden, bastante ajeno a la condición que tenemos de peritos avaluadores de los materiales."

* * *

Es de anotar que el anterior dictamen no se puso en conocimiento de la parte civil, a fin de

que pudiera ejercer el derecho que confiere el artículo 266, Ley 94 de 1938, ya que el auto de folios 106, proferido para los efectos del citado mandato legal, sólo se notificó a las otras partes. Mas esa informalidad ninguna consecuencia representa ahora en casación, tanto menos cuanto que en el curso del juicio, antes del veredicto, la parte civil pudo intervenir, y no intervino, para objetar el dictamen, como lo permite el artículo 267 *ibidem*.

* * *

Preciso es que la Sala copie las razones de la recurrente contenidas en el escrito que dirigió al Tribunal y en la demanda.

Manifiesta en el primero:

"Ante el Juzgado de Permanencia de Popayán, por providencia fechada el 5 de noviembre de 1938, fui aceptada como parte civil en el proceso y estimé los daños causados por la infracción en la suma de diez mil pesos ($ 10.000) moneda corriente. Los señores peritos Modesto Castillo y Carlos Muñoz Polanco, designados para hacer el avalúo de los perjuicios sufridos por mí, como madre del occiso, en su dictamen rendido el 25 de agosto de 1939, estimaron que tales daños no pueden valer más de tres mil seiscientos pesos ($ 3.600) moneda corriente. Pero es que los señores peritos parten de bases falsas, de conjeturas que están en desacuerdo con la verdad, anotándoles por ahora que suponen que mi hijo no habría jamás alcanzado a devengar un sueldo mayor de cuarenta pesos mensuales ($ 40). Sin embargo hacen un gran elogio de José Rafael como hábil tipógrafo. Cabe preguntar: si a los veinte años había logrado obtener la categoría de 'cajista de primera', ¿por qué con el estudio y el trabajo de las máquinas a que vivía consagrado no habría podido ser, por ejemplo, linotipista de primera? Era demasiado joven, y sin embargo ya era 'cajista de primera' y devengaba un sueldo mucho mayor de cuarenta pesos ($ 40) en este medio donde todo es tan barato. ¿Por qué suponer, además, que mi hijo no podía ser contratado con un sueldo de ochenta pesos ($ 80) que tienen los obreros de su categoría en otras ciudades del occidente? Mi hijo no estaba forzosamente obligado por autoridad alguna a residir en Popayán. Ha habido apreciación errónea de pruebas y circunstancias, para la estimación de los perjuicios. Existen errores de hecho y de derecho. El Juzgado 1º Superior de este Distrito, en sentencia del 13 de mayo de este año, condenó al señor Antonio Quintero España a pagarme la cantidad de tres mil seiscientos pesos ($ 3.600) aceptando la estimación de perjuicios llevada a cabo por los peritos señores Castillo y Muñoz Polanco. Y el honorable Tribunal de Popayán, en sentencia del 20 de agosto de 1940, confirmó esa condenación.

"No puedo aceptar esa indemnización de perjuicios, tan reducida. Debe observarse que el dictamen de los peritos no tiene ningún fundamento que merezca tenerse en cuenta, pues como lo he dejado expuesto, partieron de suposiciones contrarias a los hechos comprobados de aptitud y buenas capacidades de mi hijo, haciéndolo aparecer como muy competente de un lado, y rechazando, por otra parte, la seguridad de un mejoramiento de sus sueldos y salarios. Todo a pesar de que contaba con veinte años de vida y ya había alcanzado las distinciones que los mismos peritos anotan en su dictamen. Me considero perjudicada con esa estimación, y por lo mismo voy a solicitar sea rectificada esa injusticia."

Y en la formulación de la demanda la señora Reinoso expresó:

".....

"Los señores peritos, jefes de talleres tipográficos en esta ciudad, señores Modesto Castillo y Carlos Muñoz Polanco, procediendo con error notorio solamente calcularon esos perjuicios en la cantidad de tres mil seiscientos pesos ($ 3.600) moneda corriente, estimando que mi hijo no llegaría a ganar en lo futuro, si viviera, sino la misérrima cantidad de cuarenta pesos ($ 40); los peritos no tuvieron para nada en cuenta que José Rafael apenas contaba con veinte años cuando fue asesinado, y que ya estaba devengando ese sueldo que los peritos en su dictamen le calcularon para toda su vida. Por este lado incurrieron en notorio error, por la interpretación indebida que hicieron de las disposiciones legales pertinentes (artículos 24 y siguientes del Código de Procedimiento Penal). Pero lo extraño es que los peritos deliberadamente se abstuvieron de estimar los perjuicios de índole moral, siendo éstos para mí los más apreciados. El pensamiento y la voluntad del legislador fue la de hacer más fácil el camino para la indemnización de perjuicios, entendiéndose los morales y los materiales. Así lo dice muy claramente el artículo 559 del Código de Procedimiento Penal, y sin embargo no han sido estimados los perjuicios morales; y la apreciación errónea que de las disposiciones legales hicieron los peritos, fue también aceptada por el Juzgado 2º Superior y por el honorable Tribunal Superior de Popayán, incurriendo los juzgadores en la causal de casación de interpretación errónea de la ley sustantiva de que habla el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial.

"La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Yo solicité una indemnización de $ 10.000, y los señores peritos sin fundamento alguno, también interpretando erróneamente la estimación ordenada por la ley de los perjuicios meramen-

te materiales, calcularon que esos perjuicios únicamente valen la cantidad de tres mil seiscientos pesos ($ 3.600) moneda corriente. Ni el señor Juez 2º ni el honorable Tribunal Superior de Popayán han dicho nada en cuanto a esa estimación errada por mala interpretación que hicieron los peritos Castillo y Muñoz Polanco. Menos han dicho sobre la no estimación de los perjuicios morales. El artículo 559 del Código de Procedimiento Penal no se refiere al perjuicio material; tal disposición dice de 'perjuicios', y el legislador del año de 1938 tuvo en mira la indemnización por perjuicios morales y materiales para las personas naturales o jurídicas perjudicadas con el delito, o sus herederos. En otros procesos, en cambio, sí se han estimado tanto los perjuicios materiales como los perjuicios morales."

".....

* * *

Para resolver considera la Corte:

El artículo 537 de la Ley 105 de 1931 exige que se haga en orden lógico el examen de las causales aducidas, y que si no estuviere justificada ninguna se deseche el recurso, se condene en costas al recurrente y se devuelva el proceso al Tribunal de su origen. Y el artículo 538 *ibidem* dice que si la Corte encuentra fundada alguna de las causales propuestas, sin estudiar las restantes debe infirmar el fallo acusado y proferir la resolución que corresponda. Esa resolución, cuando se trata de cualquiera de los tres primeros motivos del artículo 520, consiste en decidir sobre lo principal del pleito o sobre los capítulos comprendidos en la casación (artículo 539).

Y atendiendo a la naturaleza del actual recurso, sucede que entre las causales alegadas ninguna entraña primacía respecto de la otra. De suerte que el orden lógico exigido por el artículo 537 para examinarlas, orden que no es el de la enumeración del artículo 520 sino el de su mayor importancia o trascendencia en beneficio de los intereses de la parte recurrente, resulta inoperante aquí. Lo que ocurre en el caso concreto contemplado, tan especial, es que aun cuando sólo aparece justificada la causal segunda hay necesidad de exponer por qué no puede prosperar la primera, debido a que ésta tiene en cierto punto una estrecha e ineludible conexión con aquélla.

* * *

CAUSAL DEL NUMERO 1º

Consta de tres términos: infracción directa de la ley sustantiva, indebida aplicación e interpretación errónea de la misma.

La *ley sustantiva* en la presente casación es el Código Penal, y la señora Reinoso no estableció juicio contra la sentencia por *infracción directa* de ese Código, sino por cuestiones procedimentales relativas al dictamen pericial que es la materia a que se encaminan el escrito y la demanda ya copiados.

Limítase la señora Reinoso a discurrir en torno de estas afirmaciones: que los peritos se apoyaron en bases falsas y en conjeturas disconformes con la verdad; que para estimar los perjuicios hubo equivocada apreciación de pruebas y circunstancias, notorios errores de hecho y de derecho e interpretación indebida de los artículos 24 y siguientes de la Ley 94 de 1938; que al abstenerse los peritos de fijar los perjuicios morales desobedecieron el mandato del artículo 559 *ibidem*, el cual no distingue y abarca el daño moral y el material; y que como el Juez 2º Superior y el Tribunal de Popayán admitieron "la apreciación errónea que de las disposiciones legales hicieron los peritos", han incurrido los juzgadores "en la causal de casación de interpretación errónea de la ley sustantiva de que habla el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial."

Por completo inconducentes e inoportunas son las críticas al dictamen pericial que la parte civil no objetó en el lapso consignado en el artículo 267 de la Ley 94 de 1938. Y es que viene a ser palmaria y extravagante confusión de ideas eso de sostener la causal 1ª del artículo 520, Ley 105 de 1931, en el hecho de que los peritos violaron la ley sustantiva interpretándola con error. Adviértase que la causal es por violación de tal ley *en la sentencia*, y que los preceptos cuyo quebranto afirma la demanda no pertenecen al Código Penal, sino al que regula las actuaciones judiciales.

Se replicará, empero, que la señora Reinoso, al acabar su disertación sobre la causal 1ª, ataca el fallo por haber interpretado erróneamente la ley sustantiva.

Desprende el cargo la recurrente de que los juzgadores de derecho aceptaron el error de apreciación de las disposiciones legales en que incurrieran los peritos.

La Sala contesta:

a) Puesto que la violación atribuída al Tribunal es la que se imputa a los peritos Muñoz Polanco y Castillo, el reparo de la actora no toca con la ley sustantiva sino con la de procedimiento;

b) Preceptúa el artículo 268 de la Ley 94 de 1938, que el dictamen pericial no es por sí plena prueba, y que debe ser apreciado por el Juez o el funcionario instructor, quienes, para acogerlo o desecharlo, ya en todo, ya en parte, deben expresar clara y precisamente los hechos y las razones en que se fundan. Y cuando el Juez 1º Superior y el Tribunal de Popayán condena-

ron a Pedro Quintero España al pago de tres mil seiscientos pesos ($ 3.600) como indemnización de los perjuicios materiales que a la heredera del occiso le ocasionó el homicidio, no dieron ninguna explicación de por qué acogían el avalúo. Tampoco el Juez había motivado la aprobación del dictamen a folios 108 (artículo 456 *ibidem).* Mas, si fue desatendido el ineludible deber que señala el artículo 268, ello únicamente implica en la sentencia acusada una omisión que va contra un requisito procedimental y no contra la ley sustantiva;

c) En este caso de la señora Reinoso es inavaluable pecuniariamente el daño moral que le produjo la muerte de su hijo, daño que, con toda cordura, se abstuvieron de estimar en dinero los peritos. Pero el Tribunal, conforme al estudio que se hará en el examen de la causal 2ª, si estaba en la imperiosa obligación de aplicar los artículos 92 y 95 del Código Penal. Y no sólo no los aplicó sino que guardó un absoluto silencio en cuanto al por qué de dicha inobservancia, a pesar de lo cual semejantes omisiones del Tribunal no encajan dentro del concepto de errónea interpretación de la ley sustantiva. pues algo muy distinto de *interpretar con error* el Código Penal es *omitir, sin exponer ningunas razones,* la imposición de cualquier pena;

ch) La omisión del Tribunal de no condenar a Quintero España al resarcimiento del daño moral sufrido por la señora Reinoso, no es otra cosa que *infracción directa* de la ley sustantiva, aspecto o término de la causal primera que dejó de proponer la recurrente y que la Sala no puede considerar supliendo la deficiencia de la demanda; y

d) En tesis jurídica no es posible impugnar el avalúo de los perjuicios materiales. Se ignora qué sueldo devengaba José Rafael Paz Reinoso; cuánta suma dábale a su madre, mensualmente y por término medio, para los gastos de la casa, y si el único apoyo de la madre era él o había otro u otros miembros de familia que contribuyesen también a esos gastos. Y porque se ignoran los citados elementos de prueba y la edad de la señora Reinoso, no pasan de ser meras posibilidades, de suyo muy remotas, las suposiciones de la recurrente en orden a su ilusión de que el hijo habría podido lograr un cómodo porvenir económico que mejorara la condición de la propia madre.

—

CAUSAL DEL NUMERO 2º

Las pretensiones de la parte civil son dos: indemnización de perjuicios materiales y resarcimiento por el daño moral.

Si en una sentencia se declara el *quantum* de ambas clases de perjuicios o de cualquiera de ellas, en proporción o suma inferior a la que solicitó la parte interesada, no habrá siempre ni necesariamente falta de consonancia del fallo con las aspiraciones que a su tiempo dedujo esa parte, pues el sentido en que la causal 2ª del artículo 520 de la Ley 105 de 1931 toma el vocablo "consonancia", no significa que haya sido de rigor haber satisfecho por completo la pretensión de la parte respecto de la cuantía que ésta les fijara a todos los perjuicios, materiales y morales.

Pero que un Tribunal prescinda arbitrariamente de condenar al reo a la indemnización de los perjuicios morales, o de los materiales, cuando unos y otros resultaron del delito, entonces surge, como causal de casación, la disconformidad de la sentencia con las pretensiones de la parte que pidió el doble resarcimiento.

Y eso fue lo que sucedió en este proceso.

* * *

Perjuicios materiales.—Los apreció en ocho mil pesos la señora Reinoso, y la sentencia recurrida redujo el monto a tres mil seiscientos pesos, adoptando un avalúo pericial que es inobjetable porque la Sala carece de probanzas seguras para aumentar la tasación.

* * *

Perjuicios morales—El artículo 92 del Código Penal manda:

"En toda sentencia condenatoria por infracciones de que resulten daños o perjuicios contra alguna persona, natural o jurídica, se condenará solidariamente a los responsables a la indemnización de todos los perjuicios que se hayan causado."

Y en la regla 6ª del artículo 159, Ley 94 de 1938, se ordena que la sentencia condenatoria imponga "la obligación de indemnizar los daños y perjuicios a los que resultaren civilmente responsables, fijándose la cuantía de la indemnización."

No hay que olvidar una circunstancia importante, cual es la de que el escrito de demanda de quien se constituye parte civil debe consignar varios puntos, entre ellos los siguientes:

"4º Los perjuicios de orden material que se le hubieren causado, y la cuantía en que estima la indemnización de los mismos;

"5º Los perjuicios de orden moral que se le hubieren causado y la cuantía en que estima la indemnización de los mismos."

Además, el artículo 2341 del Código Civil es así:

"El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga."

Derívase el artículo 2341 del principio o norma del artículo 1494 del mismo Código Civil, según el cual una de las fuentes de las obligaciones es el hecho que, como el delito, ha inferido injuria o daño a otra persona.

Categóricamente imperativo es el precepto del artículo 92 del Código Penal: condenar al responsable de una infracción que aparejó perjuicios o daños, a resarcir *todos* los que el delito causó.

Todos los perjuicios, sin excepción alguna: el daño emergente y el lucro cesante.

Esas dos clases de perjuicios, en el caso de la señora Reinoso, fueron materiales y morales.

Los últimos son de dos especies: una en que se menoscaba el estricto patrimonio moral, socialmente hablando, y otra que es de pura esencia subjetiva.

Pertenecen a la primera especie, y son objetivados y justipreciables pecuniariamente, pues a veces encierran una utilidad económica, aquellos que se originan de algunos delitos contra la libertad y el honor sexuales, contra la integridad moral, contra la familia y contra la integridad personal.

Y en la segunda especie están los de afección sola, como el sentimiento, pena y congoja que se padece en el ánimo, *verbi gratia* por la muerte violenta e injusta de un familiar querido, daño esencialmente subjetivo que, por radicar en el espíritu como dolor íntimo, no puede traducirse en cifras numéricas.

Y esta reparación, *pretium doloris*, no se le hizo a la señora Reinoso, cuando para obtenerla asistía y asiste a la recurrente un perfecto derecho.

La imposibilidad de reparar adecuadamente con un *quantum* de dinero el perjuicio moral inobjetivado, es la razón de ser del artículo 95 del Código Penal:

"Cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el Juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos."

Un resarcimiento de perjuicios materiales, y aun de morales objetivados, es de alcance *compensatorio;* mas la indemnización del artículo 95 del Código Penal sólo tiende a una casi simbólica *satisfacción* para la justicia.

La Sala, que encuentra fundada la causal 2ª del artículo 520, Ley 105 de 1931, invalidará el fallo acusado para dictar la resolución que agregue al valor de los perjuicios materiales el que atañe al daño moral, cuya cuantía se determina en el máximo del artículo 95.

***

En mérito de lo dicho y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, la Corte Suprema *invalida* la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en la parte sujeta al recurso de casación, y decide que Pedro Antonio Quintero España debe pagar a la señora Rosalía Reinoso la suma de cinco mil seiscientos pesos por indemnización de todos los perjuicios que a la recurrente le ocasionó el homicidio de que fue víctima su hijo José Rafael Paz Reinoso, así: tres mil seiscientos pesos ($ 3.600) como valor de los perjuicios materiales, y dos mil pesos ($ 2.000) como resarcimiento del daño moral.

En lo demás subsiste el fallo recurrido.

Devuélvase el proceso al Tribunal de su origen.

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

Campo Elías Aguirre, Francisco Bruno, José Antonio Montalvo—Julio E. Argüello R., Secretario.

Abuso de autoridad cometido por Jueces.

La renuencia de un Juez, que se declara impedido infundadamente para continuar en el conocimiento de un negocio, alegando una enemistad inexistente con el abogado a pesar del allanamiento, puede constituír —cuando menos— abuso de autoridad, especialmente si esa renuencia se verifica en todos los negocios en que el mismo abogado interviene.

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

(Magistrado Ponente, Dr. Francisco Bruno).

Vistos:

El abogado doctor Henrique Martínez Martínez, de Ciénaga, interpuso recurso de apelación contra el auto del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, de fecha diez y ocho de marzo del año pasado, por el cual *sobreseyó definitivamente* en favor del Juez 2º del Circuito Civil de Ciénaga, doctor José Isidro Rodríguez, acusado por el mencionado abogado doctor Martínez como responsable del delito de prevaricato, en perjuicio propio y de sus clientes.

Sometido el recurso al procedimiento del artículo 192 del Código de Procedimiento Penal, sin que las partes —el Juez acusado y el abogado denunciante y parte civil— hubieran presentado alegato alguno, procede la Corte a decidirlo.

I.—EL DENUNCIO Y SUS CAUSAS.

Con fundamento en el artículo 168 del Código Penal, el día treinta de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, el abogado doctor Henrique Martínez Martínez presentó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, denuncio criminal contra el Juez 2º del Circuito Civil de Ciénaga, doctor José Isidro Rodríguez, "como autor —afirma— del delito de prevaricato, consistente en rehusar y negarse a prestar el servicio público a que está obligado, por animadversión gratuita hacia él, delito que define y pena el artículo 168 del Código Penal dicho."

Los hechos que tanto en el denuncio como en la demanda civil, el abogado doctor Martínez imputa al Juez doctor Rodríguez, pueden resumirse en los siguientes:

a) El aplazamiento de todas las decisiones judiciales solicitadas por el abogado, y

b) La declaración de impedimento en todos los negocios en que aquél es representante legal.

El abogado doctor Martínez presentó —como prueba de la infracción penal imputada— copias y originales de sus solicitudes y de los autos del Juez sobre ellos recaídos, en los juicios que él gestionaba ante el Juez acusado.

Como la decisión del recurso se funda —precisamente— en el análisis de las actuaciones del Juez doctor Rodríguez en relación con las gestiones profesionales del abogado doctor Martínez, dentro del desarrollo procesal de los mencionados juicios, es necesario hacer un estudio de las solicitudes y providencias correlativas de cada juicio, para así poder fijar la responsabilidad del funcionario y la veracidad y razón del denunciante.

a) *Separación de bienes entre Pabla Rivas Leal y Fidel Hernández.*

Anteriormente a la iniciación del juicio de separación de bienes y liquidación de la sociedad conyugal mencionada, el abogado de Pabla Rivas, doctor Martínez, solicitó —solicitud que fue atendida— el embargo preventivo de una casa y un potrero ubicados en la población de Fundación, y se nombró secuestre al señor Gabriel González Tejada. Parece —según el doctor Martínez lo refiere —que el demandado convino en la separación de bienes.

En este estado del proceso, el abogado doctor Martínez, el día cuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta, dirigió tres memoriales al Juez doctor Rodríguez, y otro el veintiuno de enero de mil novecientos cuarenta y uno, memoriales que sólo fueron devueltos el treinta de los mismos mes y año.

En el primero (cuaderno 1º, folio 1) le recuerda que espera la sentencia "ya que como las partes están de acuerdo en cuanto a la separación de bienes y la liquidación de la sociedad, le han facilitado así el pronunciamiento y en tales condiciones no requiere mayor estudio,"

En el segundo (cuaderno 1º, folio 2) le solicita ordene al Inspector de Policía de Fundación dé protección al secuestre señor González en atención a que el demandado Fidel Hernández ha desalojado a las personas que cuidaban el potrero en representación del secuestre y vendido los bienes mediante documentos registrados, y le recuerda la jurisprudencia del Tribunal Superior de Santa Marta según la cual el marido no puede nombrar secuestre —según el artículo 285, Código de Procedimiento Civil— aunque administre y tenga en su poder los bienes, y que aunque sea el demandado, no puede dar fianza ni otras cauciones conforme al numeral 2º del artículo 293 del mismo Código.

En el tercero (cuaderno 1º, folio 4) le solicita copias de la actuación relacionada con el embargo y secuestro preventivos y certificación sobre su vigencia.

En el cuarto (cuaderno 1º folio, 5), dirigido el veintiuno de enero de mil novecientos cuarenta y uno, le recuerda aquellos tres memoriales del cuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta y le pide —ya que no han sido atendidos hasta el veintiuno de enero de mil novecientos cuarenta y uno— "se les tenga en cuenta."

Solamente el treinta de enero de mil novecientos cuarenta y uno, es decir, cincuenta y seis días contados desde el cuatro de noviembre —día en que solicitó protección para el secuestre y se dictara sentencia en virtud de acuerdo de las partes— el Juez doctor Rodríguez resolvió:

a) Que no era el caso de pedir al Inspector prestara ayuda al secuestre, porque las personas recomendadas por aquél —Manuel Hernández e Isabel Cuadros— no firmaron el acta, ni en ésta se incluyó prevención alguna ni estaba comprobado que los bienes embargados pertenecieran al demandado, ya que el Registrador —a costa del ejecutante— no había enviado el certificado que ordenan los artículos 8º de la Ley 153 de 1887 y 1008 del Código de Procedimiento Civil;

b) Que la no devolución de los memoriales del doctor Martínez se debió al recargo de trabajo y a ellos mismos —los memoriales—, que no se presentaban separadamente y con los plazos convenientes;

c) Que "el que se falla" —en cuanto al fallo, debió querer decir— el Juzgado procedería cuando fuera la oportunidad legal; y

d) Que aquel día —el treinta de enero, fecha de este auto— se había aceptado una solicitud de desembargo y ordenado sustanciarla.

Solicitó reposición y apelación en subsidio, el abogado doctor Martínez, el cuatro de febrero, recurso que fundó en las siguientes razones: el Juez tiene el deber de dictar sin demora las providencias adecuadas para hacer efectivo el decreto de embargo (artículo 999, Código de Procedimiento Civil); "hacía ya cuatro meses que se había devuelto el último traslado, y desde ese momento empezaron a correrle los diez días de que habla el precepto 799 (primer inciso) del Judicial", y añade que *"en su sentir, el Juez está en mora"*, que "el demandado está de acuerdo con el pedimento de la actora, cuanto a que se decrete la separación, lo que vale tanto como dispensarle al Juez el estudio de los autos" y que *"en estas condiciones la mora de que habla adquiere carácter no común"*.

En cuanto al recargo de trabajo como justificación de la demora en resolver los cuatro memoriales, razona así el abogado doctor Martínez, no sin cierta ironía, al menos aparente:

"Por escrito he dicho yo a los Magistrados, y al Juez 1º de este Circuito, y en conversaciones, que usted tiene una virtud: ser trabajador. Este detalle ha llegado a su conocimiento; y por no prestarle atención, lo ha aprehendido en forma inversa. Quiero decir: usted ha entendido que yo digo que en su Juzgado hay mucho trabajo. No: yo no he dicho esto. Yo lo que he dicho siempre es que usted es un gran trabajador, que es cosa diferente. Hace cuatro años, esto es, en todo el tiempo anterior a 1936, el Juzgado del Circuito de Ciénaga sí tenía mucho trabajo, porque entonces el Juzgado era único, conocía de lo civil, de lo penal, de los asuntos sociales, de las cuestiones de tierras. De 1936 en adelante, se creó la Oficina Nacional del Trabajo, se creó el Juzgado de Tierras, se adscribió la función penal a los Jueces de Santa Marta, y se creó un nuevo despacho judicial. En tales circunstancias, ¿se puede hablar de mucho trabajo? No me parece. Ahora bien, lo que más abunda en los Juzgados son las ejecuciones. ¿Cuántos remates hubo el año pasado en ese Despacho? El año pasado (en noviembre) un abogado de Barranquilla, que visitó los dos Juzgados de aquí se alarmó de encontrar limpias las tablillas de secretaría: ni avisos de remate, ni avisos de juicios sucesorios, ni avisos de nada."

El ocho de febrero, el Juez doctor Rodríguez dictó —de su puño y letra— en relación con el memorial de reposición acabado de resumir, el siguiente auto (cuaderno 1º, folio 7):

"Devuélvase el anterior memorial, por ofensivo e irrespetuoso, pues la mora que le atribuye el memorialista al suscrito, constituye un delito. Sáquese copia de este auto y del memorial tendencioso del doctor Henrique Martínez, antes de devolverlo. Informe la Secretaría cuántos memoriales irrespetuosos se le han devuelto al doctor Martínez Martínez con el presente, pues no es posible aguantar las reincidencias que constituyen una arma crónica contra los Jueces."

Dos días después, el diez de febrero, dicta el Juez doctor Rodríguez el siguiente auto (cuaderno 2º, folio 7):

"El suscrito se declara impedido para seguir actuando en el presente asunto, por cuanto el abogado de una de las partes, doctor Henrique Martínez Martínez, en reiterados memoriales devueltos por irrespetuosos e injuriosos contra la persona del Juez, ha exteriorizado su enemistad, en tales condiciones, que en el último memorial le imputa la comisión de faltas y delitos que determina el artículo 337 (sic) Código Judicial (debió referirse al Código Penal). Por otra parte, es imposible seguir tolerando la actitud agresiva y la beligerancia crónica que usa el abogado aludido en la secuela de los juicios contra los funcionarios cuando no se ponen de acuerdo con sus pretensiones. Por tanto, póngase en conocimiento de las partes, por el término de tres días, el anterior impedimento."

"Allano el impedimento —repuso el abogado Martínez, en su memorial del catorce de febrero— pues, como ciudadano colombiano y como profesional, tengo derecho a demandar que se me administre justicia. Allano el impedimento también porque me constan los siguientes hechos: 1) Que usted no es hombre de rencores ni de pasiones; 2) Que en su Juzgado hay ambiente de honestidad; 3) He dicho sí —afirma en otra parte del mismo memorial— que actualmente no hay trabajo en este Circuito Judicial, y esto es cosa diferente a afirmar que los empleados no trabajan." "Otrosí: aprovecho la oportunidad para apelar del auto que rechaza mi acción de reposición: auto notificado por estado del martes 11." "*Cualquier palabra* —termina— *de tal escrito-recurso, que pudiera mortificar a usted, yo la doy por retirada.*"

Aunque el abogado doctor Martínez solicitó reposición y apelación en subsidio del auto por el cual el Juez doctor Rodríguez se declaró impedido —como acaba de referirse en los documentos transcritos— no se adjuntaron las copias de los autos que concedieron o negaron los recursos, y que habrían constituido un importante elemento de juicio en el examen de la actuación del Juez acusado, en el juicio de Pabla Rivas y Fidel Hernández.

b) Liquidación de la sociedad conyugal de Rosa Marín y Félix de la Rosa.

Las actuaciones del Juez doctor Rodríguez, en este negocio, son análogas a las ya transcritas en relación con el juicio de Pabla Rivas contra su esposo Fidel Hernández. Es preciso —no obstante— transcribir o resumir cronológicamente las más importantes de ellas, para así completar el cuadro psicológico en que Juez y abogado se enfrentan en esta contienda procesal inusitada:

"Desde el día 29 de abril —le dice al Juez el abogado Martínez en memorial de 16 de mayo de 1940 (cuaderno 1º, folio 8)— tiene usted en la mesa de su Despacho la acción de embargo preventivo propuesta por mí contra Rosa Marín. Como la ley dice que los embargos se resuelven dos días después de prestada la fianza, y ésta hace ya mucho tiempo que fue ya prestada, suplico a usted se digne atender tal pedimento. *Le recuerdo también tenga esmero en verificar las citas legales, y especialmente el artículo 132 de la Ley 46 de 1923.*"

El Juez, en auto del día siguiente —(cuaderno 1º, folio 8)—, antes de explicar que no dio curso al embargo preventivo porque la letra de cambio que fundaba la solicitud no estaba estampillada ni aceptada por el girado, dijo: "El doctor Henrique Martínez Martínez, en el escrito que antecede continúa ensayando su sistema regañón, injurioso, inadecuado e inculto, para obtener el pronunciamiento de providencias. Con el señor Juez 1º de este Circuito agotó todo lenguaje para incapacitarlo hasta tener dicho funcionario que declararse impedido. Hoy viene contra el suscrito, lanza en ristre, con esta regañona e insólita frase: 'Le recuerdo también *tenga esmero* en verificar las citas legales.' Ya son varios los memoriales irrespetuosos. "Basta esto —dice más adelante después de estudio sobre el valor legal de la letra de cambio— para conocimiento del memorialista; por lo demás el suscrito ordena devolver el presente memorial al signatario, por irrespetuoso, dejando la Secretaría copia de él para los fines ulteriores a que haya lugar."

En el año de mil novecientos cuarenta y uno la fricción entre Juez y abogado es más vehemente, y el diez de febrero de mil novecientos cuarenta y uno (cuaderno 2º, folio 13) el Juez se declara impedido de continuar en el conocimiento de este negocio, exactamente en los mismos términos en que hizo la primera declaración en el juicio de Pabla Rivas y Fidel Hernández, y el abogado doctor Martínez (cuaderno 2º, folio 13) —el día catorce— allana el impedimento, también en términos idénticos al memorial de allanamiento en el juicio mencionado, y apela.

El veinticuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y uno el Juez se declara impedido, no ya solamente en el juicio de Rosa Marín y Félix de la Rosa, sino en todos aquellos en que interviene el abogado Martínez (cuaderno 2º, folio 14).

"En vista de que el doctor Henrique Martínez Martínez —dice el Juez en aquel auto— en al-

gunos negocios ha allanado el impedimento existente entre el suscrito Juez, por enemistad manifiesta, y en otros negocios ha guardado silencio, como en el juicio especial de venta de un bien hipotecado seguido por el doctor J. C. Castillo Blanco, como apoderado de María D'Aconte de Millia contra Francisco Alvarez, de quien es apoderado el doctor Martínez Martínez, y en el juicio de sucesión de Ernesto Percival Dewney, el suscrito se declara nuevamente impedido para seguir conociendo en este asunto y en los demás que adelanta dicho abogado en este Despacho, y ordénase ponerlo en conocimiento de las partes por tres días. Las razones son las siguientes: los impedimentos suscitados entre el suscrito Juez y el doctor Henrique Martínez Martínez, no son divisibles, y por consiguiente el allanamiento que se haga en un determinado negocio y en otro no, implica que en el primero se ha depositado confianza y se le reconoce honorabilidad, y en el segundo se le aparta y se le retira esa confianza y esa honorabilidad, lo cual no se compadece esa indivisibilidad con la otra y constituye un contraste con lo moral, viéndose obligado el funcionario a repetir el impedimento en todos los asuntos que hasta ayer se le prorrogó jurisdicción, determinación que opta el suscrito en beneficio de la administración de justicia y de la clarificación de las dudas."

Después de declarar el abogado Martínez (cuaderno número 2, folio 15) que no acepta la separación del Juez, como lo ha hecho en los otros negocios, y que —en caso de insistencia— apela, explica así por qué ha allanado unos impedimentos y no otros: "Si usted se declara impedido de conocer en actuación donde comparezco como demandado, quedo situado yo ante un dilema: si prorrogo la jurisdicción, pongo a andar el juicio, lo que vale ir contra los intereses del demandado que represento; y si no la prorrogo, lleno a cabalidad deberes de apoderado. Si opto por lo segundo, el Juez no tiene por qué reaccionar; es la parte contraria la que debe provocar incidentes para demostrar dentro del mismo que no tiene el juzgador por qué separarse, siendo así que el mismo impedimento había sido allanado en otros juicios cursantes en el mismo Juzgado," Posteriormente, en el mismo memorial, dice: "En este supuesto yo repetiría lo que me consta: 1º Que usted es laborioso ,como lo fue su antecesor doctor Travecedo, quien tampoco demoraba los asuntos, y 2º Que en su Juzgado, por parte de usted y por parte de sus empleados todos, hay ambiente de honestidad."

No aceptada la solicitud de allanamiento hecha en el escrito anterior, el abogado doctor Martínez interpuso recurso de apelación, cuya decisión tampoco fue allegada al expediente.

c) *Juicio de Maximina Henríquez de Benítez contra Joselina Paz de Oliveros.*

Lo mismo que en los juicios de Pabla Rivas contra Fidel Hernández y de Rosa Marín y Félix de la Rosa, el Juez doctor Rodríguez el día doce de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, se declara impedido en auto idéntico (cuaderno 2º, folio 9) a los anteriores; reitera su allanamiento el abogado Martínez (cuaderno 1º, folio 12) en los mismos términos en que allanó los otros impedimentos, así como los recursos de reposición y apelación, y el Juez agrega a este negocio la declaración de impedimento en todos los negocios (cuaderno 2º, folio 9) que, a su vez nuevamente allanada, el Juez, en auto del seis de junio del mismo año (cuaderno 2º, folio 10) lo ratifica. Tampoco aquí hay constancia de la decisión del recurso.

d) *Juicio de cesantía de Adolfo Arévalo González contra Atilio Correa & Cía.*

También en este negocio, en auto de treinta de abril de mil novecientos cuarenta y uno (cuaderno 2º, folio 8) el Juez se declara impedido para conocer de la demanda, "por enemistad manifiesta con el doctor Henrique Martínez Martínez, apoderado del demandante", y como tanto el demandante como su apoderado allanaron el impedimento el día dos de mayo (cuaderno 2º, folio 8, y cuaderno 1º, folio 15) el Juez se ratifica (cuaderno 2º, folio 8) mediante el auto de impedimento general dictado en los negocios generales.

Apelado este auto, el Tribunal Superior de Santa Marta lo revocó el ocho de agosto en los siguientes términos (cuaderno 4º, folio 6):

"Es el caso que tanto dicho apoderado, como su mandante en persona, allanaron expresamente el impedimento, y como éste es allanable, al Juez no le queda otro camino que seguir conociendo del asunto, como en forma clara y terminante lo establece el artículo 438 —inciso segundo— del mismo Código (Procesal Civil). No obró el Juez de esta manera, sino que procediendo contra el citado mandato legal, erigió en regla de su conducta un dictado de su propia voluntad individual, y fue así como en auto de fecha veinticuatro de mayo insistió en considerarse impedido, no obstante el allanamiento. El Juez en mención pretextó en esta segunda providencia que como el doctor Martínez no le había allanado el impedimento en otros negocios, consideraba que no debía seguir conociendo en éste de que ahora se trata. No paró mientes el Juzgado en que nada tienen que ver los otros negocios con el actual; en que el doctor Martínez es libre de allanar o nó, en cada caso concreto, el impedimento manifestado por el Juez; y en que, allanado el impedimento en un negocio aunque en otros hubiere guardado silencio

el interesado (aunque se trate de un mismo Juez), debe cumplirse lo dispuesto por el inciso 2º del citado artículo 438 del Código Judicial. En mérito de las razones expuestas, el Tribunal Superior *revoca* el auto de veinticinco de mayo citado, apelado por el doctor Martínez, y en su lugar ordena al Juez *a quo* que proceda conforme lo indica el inciso en referencia."

El Tribunal, pues, no aceptó las tesis del Juez en que fundaba sus impedimentos y la negativa de los allanamientos. Significa esto que las apelaciones interpuestas por el abogado doctor Martínez contra autos similares dictados en los otros negocios, debieron haber sido análogamente resueltos.

e) *Juicio de Domingo Montoya contra José Francisco de la Hoz.*

El tres de marzo de mil novecientos cuarenta y uno (cuaderno 2º, folio 11) también el Juez doctor Rodríguez se declaró impedido, y transcribió los autos dictados en todos los juicios mencionados, sin que —tampoco— hubiera aceptado el allanamiento; concedió —eso sí— la apelación, cuya decisión no fue añadida al expediente.

f) *Juicio de Deodacia Garzón de Vélez contra Mariano Vélez.*

Aunque en relación con el embargo de bienes de Mariano Vélez, el abogado doctor Martínez dirigió tres memoriales consecutivos al Juez, éste dictó el siguiente auto que revela los sentimientos hacia aquel abogado (cuaderno 1º, folio 23 vuelto):

"El doctor Henrique Martínez Martínez, en un sinnúmero de memoriales, pide al Juez resoluciones que no se compadecen con la legalidad de los trámites sino con su maremágnum de ideas que contiene su inconforme cerebro, como si el Juez no fuera de hueso y carne para creerlo una máquina despulpadora de café. En memorial de trece de los corrientes pide se contraordene al Registrador la anotación de un embargo que él no puede ejecutar por falta de alimentación, o lo que es lo mismo, falta de identificación de un inmueble, lo cual no puede hacer el Juzgado, porque la Resolución número 335 de 5 de octubre del corriente año, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, les prohibe a los Registradores hacer esta clase de inscripciones. En escrito de quince de los corrientes pide acumulación de dos acciones distintas, después de buscar una buena clase de derecho al Juez. Esta petición tampoco puede atenderse porque pugna con el artículo 396 del Código Judicial. En memorial de veintiuno de los corrientes, después de otra clase de derecho, pide se dicten medidas preventivas que él juzga legales, olvidándose que el Juez las dicta a su prudente juicio y las crea necesarias. Entre las peticiones que hace en este último escrito, solicita de este Juzgado regañe al Juez 1º del Circuito y a los Jueces Municipales porque no dan aviso inmediato del cumplimiento de algún oficio a ellos remitido; que ordene embargo de juicios cursantes en esos Despachos y que se anoten esos embargos en los respectivos expedientes y en el presente. Si el doctor Martínez Martínez quiere penetrar en los juicios que cursan en otros Despachos, disparando desde una barrera incómoda, debe ir a ellos como tercerista con títulos suficientes. Por tanto, se abstiene este Juzgado de dictar las medidas pedidas por el doctor Martínez Martínez."

g) *Otros juicios.*

En la demanda criminal del abogado doctor Martínez contra el Juez doctor Rodríguez, hace referencia a los juicios de Erasmo Antonio Molina contra Luis Castillo, Francisco Alvarez contra María D'Aconte de Millia, Enrique Martínez contra Jorge Yidi e hijos, sucesión de Jacinto Fernández, Marco Sánchez contra el Municipio de Ciénaga, y Dimas Bolaño contra Josefa de Correa, en todos los cuales juicios —afirma el denunciante— el demandado Juez se declaró impedido y rechazó el allanamiento, lo que —por inducción— es creíble.

II.—LA INDAGATORIA DEL JUEZ.

El Juez doctor Rodríguez en su indagatoria (cuaderno 1º, folio 27 vto.), al ser interrogado sobre si había fallado los negocios del doctor Martínez sin pasión alguna de amistad o enemistad con él o con la contraparte, respondió afirmativamente, es decir, sin pasión de amistad o enemistad; pero en seguida explica así esa afirmación: "Desde el mes de febrero del presente año en que el doctor Martínez Martínez completó cinco memoriales injuriosos e irrespetuosos para con el indagado en su condición de Juez, me he venido declarado impedido para proseguir conociendo de sus negocios, y por lo mismo, no he dictado resolución de fondo en pro o en contra, sino los meros de sustanciación de los impedimentos."

En cuanto a los motivos de enemistad —explicó el Juez en la misma diligencia— "consisten en las reiteradas ofensas hechas en los memoriales de que habla el certificado presentado", certificado que —advierte la Sala— menciona apenas, devueltos como irrespetuosos pero sin referencia a su contenido.

El Juez explica así la razón por la cual, a pesar de los allanamientos, insistía en sus impedimentos: "La prórroga de la jurisdicción, estima el indagado, debe hacerse en todos los negocios que él conoce, pero no en unos y en otros

no, dividiendo la indivisibilidad que debe haber e implica la confianza para conocimiento en todos los negocios. El doctor Martínez Martínez ha prorrogado la jurisdicción en unos y ha guardado silencio en otros, con perjuicio de las partes opositoras."

III.—DECISION DEL RECURSO.

La cuestión de fondo se reduce a tres puntos principales:

a) Si el contenido y forma de las solicitudes del abogado Martínez constituyen irrespeto, ofensa o injuria a la persona del Juez;

b) Si tales injuria, ofensa o irrespeto, si real y legalmente existieron, constituyen o crean la enemistad manifiesta que funda el impedimento, y

c) Si allanado el impedimento la renuencia u obstinación del Juez en aceptarlo, constituye infracción penal.

a) *El irrespeto, la ofensa y la injuria.*

El respeto —cualidad de obligada aplicación en la vida de relación social— tiene un significado lato: acatamiento, consideración, cortesía—que, en la vida judicial, se circunscribe a las normas de relación entre Magistrados y Jueces de una parte, y abogados de la otra, en cuanto que unos y otros son actores del procedimiento, cuya actividad converge a la afirmación de la justicia. En este orden de las relaciones judiciales, el abogado debe al Juez consideración y respeto como el Juez los debe al abogado, cada uno —naturalmente— en su jerarquía y en sus actividades. Irrespeto —en consecuencia— se opone a respeto, y es la infracción de las normas de la cortesía.

La ofensa traspasa la órbita del irrespeto para adquirir categoría de agravio y daño —de palabra aquí— al patrimonio moral de una persona, pero que no alcanza a constituir la injuria, que es "ataque público al honor, a la reputación o a la dignidad de una persona, o divulgación de faltas o vicios puramente domésticos", y, además, delito, en relación a la ofensa que, en sí, apenas si es pura y simple falta.

Se está, pues, ante una escala que va de la descortesía a la infracción penal, en cada una de las cuales es necesario situar los cargos imputados al abogado doctor Martínez por el Juez doctor Rodríguez, en atención a que éste, en sus impedimentos, atribuye a las frases de aquél, irrespeto, ofensa e injuria, como origen de la enemistad alegada.

El estilo jurídico del abogado doctor Martínez hay que analizarlo en relación con el aplazamiento indefinido, patente y manifiesto, de las decisiones por aquél esperadas y pedidas.

Una vez "le recuerda que espera la sentencia"; otra, "que le tenga en cuenta tres memoriales no resueltos" presentados dos meses antes; otra, que "en su sentir está en mora" y que "la mora de que habla adquiere carácter no común." Esto en el juicio de Pabla Rivas y Fidel Hernández. Hé aquí cómo reacciona el Juez, en su auto de declaración de impedimento: "....el abogado ha exteriorizado su enemistad en tales condiciones, que en el último memorial le imputa la comisión de faltas y delitos que determina el artículo 337 del Código Judicial" (sic).

En el juicio de Rosa Marín y Félix de la Rosa, "le suplica se digne atender tal pedimento" (la solicitud de embargo preventivo al estudio del Juez desde quince días antes) y "le recuerda también tenga esmero en verificar las citas legales." Le responde el Juez: "El doctor Martínez continúa ensayando su sistema regañón, injurioso, inadecuado e inculto", le devuelve el memorial por "irrespetuoso", y dicta —en todos los negocios en que interviene el doctor Martínez— un auto, idéntico en la redacción y en la forma, sobre declaración de impedimento, que aquél allana —aun haciendo referencia a la laboriosidad y honestidad del Juez— pero que el Juez no aceptó, y el Tribunal, con la revocación, sanciona. "Allano el impedimento —le dice el abogado— porque me consta que usted no es hombre de rencores ni de pasiones, porque en su Juzgado hay ambiente de honestidad." "Si en mis escritos —dice en otra parte— empleo un lenguaje seco, es cosa explicable: primero, porque el Juez es un hombre y debo hablarle como a tál; segundo, porque usted no tiene nada de necio para dejarse influenciar con zalamerías; y tercero, porque yo no tengo madera para emplear la familiaridad empalagosa de muchos. Pido el derecho de pie, y no de rodillas." Sorprendería, con razón —al leer esta parte de una solicitud de allanamiento— se le considerara como irrespeto, agresión, incultura, ofensa al Juez, si no existiera la prueba de que éste se declaró impedido en todos los juicios en que el abogado intervenía, de que todos los impedimentos fueron allanados en forma franca y sincera, de que el Juez no aceptó ningún allanamiento, de que no concedió ninguna reposición; esto es, de que el Juez —porque se le rogaba resolviera oportunamente las peticiones, por injurídicas que fueran— adoptó y cumplió una consigna de hostilidad opuesta a la serenidad a que estaba obligado en virtud de su investidura de Juez.

Nadie, pues, ni aun el más fervoroso defensor del Juez doctor Rodríguez, podría afirmar que las frases transcritas constituyan irrespeto; menos ofensa, y mucho menos injuria.

b) *La enemistad manifiesta.*

La "enemistad manifiesta entre el Juez y alguna de las partes, su apoderado o representante" —estatuye el numeral 15 del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil— es causal legítima de impedimento y recusación.

¿Los memoriales del abogado doctor Martínez prueban, como lo afirma el Juez, la enemistad de aquél hacia éste? Es decir, ¿las frases transcritas de tales momoriales son la manifestación de enemistad que el Juez le imputa al abogado? Para ello se requeriría la existencia de hechos concretos, de causas razonables, todos anteriores a las gestiones profesionales del abogado en los juicios mencionados, capaces de crear en el doctor Martínez o en el doctor Rodríguez, un grave resentimiento que, a su vez, originara la enemistad, ya que la enemistad no es una abstracción ideológica, al menos que se trate de delirios, monomanías u obsesiones, de origen psicopático, lo que no parece sea el caso.

El sumario presenta un dato importante que es necesario repetir. El abogado doctor Martínez, cuando el Juez, para justificar los impedimentos y los rechazos a los allanamientos —le imputa enemistad, protesta, y no sólo protesta, sino que alaba la honestidad y la imparcialidad del Juez. Y no se diga —como el Tribunal lo afirma— que los conceptos del abogado en el denuncio contra el Juez prueban la enemistad, o la injuria o irrespeto, porque ellos son ya producto de un sentimiento posterior creado por la manifiesta hostilidad del Juez al abogado, que no pueden jamás incorporarse en las actuaciones anteriores que originaron el denuncio.

En todo caso, si la enemistad del abogado en cuanto al Juez no tiene existencia legal, no podría afirmarse lo contrario del Juez; no obstante, el abogado renueva su confianza en la honestidad del Juez, e infructuosamente allana todos los impedimentos.

c) *La infracción penal.*

El Juez doctor Rodríguez ejecutó los siguientes hechos, cuya existencia se ha probado con documentos y copias auténticas tomadas de los mismos juicios dentro de los cuales aquéllos se ejecutaron:

a) Rechazó y devolvió —como ofensivos, injuriosos, irrespetuosos y agresivos— memoriales dirigidos a obtener soluciones y providencias a que el abogado Martínez creía tener derecho, sin que dichos memoriales pudieran constituír ni constituyeran ofensas, injurias, irrespetos o agresiones.

b) Atribuyó a aquellas solicitudes significado de manifiesta enemistad de parte del abogado Martínez, para fundar la declaración de impedimento en todos los juicios en que, como representante de actores o demandados, intervenía;

c) Negó recursos de reposición —a pesar de los allanamientos manifestados y declarados por el abogado y de la consiguiente obligación de continuar en el conocimiento de los negocios— contra los autos de impedimento, y

d) Manifestó, en todas aquellas actuaciones, una clara actitud de hostilidad al abogado Martínez.

Aunque se aceptara la existencia de la enemistad comprobada mediante el contenido y forma de los memoriales, los allanamientos —que son afirmación de confianza en la imparcialidad del Juez— no podían ser rechazados en el modo obstinado en que lo fueron, y no otra es la doctrina de los artículos 437 y 438 del Código de Procedimiento Civil.

"El Juez —estatuye el primer inciso del artículo 437— en quien concurra alguna de las causales expresadas —aquí la enemistad manifiesta entre el Juez y el abogado (numeral 15, artículo 435)— debe manifestarse impedido para conocer del asunto, exponiendo en un auto el hecho o los hechos que lo constituyen."

"Si la parte a quien interese directamente la separación del funcionario impedido —dice el artículo 438— expresa en el acto de la respectiva notificación, o dentro de los tres días siguientes, que no allana el impedimento, o guarda silencio, dicho funcionario queda por el mismo hecho separado del conocimiento."

"Si, por el contrario —concluye la norma mencionada— *aquella parte manifiesta que allana el impedimento, en el acto de la notificación o dentro de los tres días siguientes, el Juez sigue conociendo del asunto a virtud de la prórroga de jurisdicción."*

Allanado el impedimento, ¿estaba el Juez obligado a continuar en el conocimiento de los negocios en los cuales había hecho la manifestación de impedimento? La respuesta es afirmativa y clara. Si —conforme al artículo 147 del Código de Organización Judicial— la jurisdicción se suspende por impedimento del Juez para conocer de un asunto desde que se manifieste la causal por quien corresponde, hasta que las partes le prorroguen la jurisdicción si es prorrogable, es inobjetable que el rechazo del allanamiento constituye una flagrante violación de las normas transcritas, porque allanado un impedimento, prorrogada una jurisdicción, ni el Juez ni el Tribunal pueden obligar a las partes a retirar su fe y su confianza en la integridad de los Jueces, es decir, a renunciar a un derecho que la misma ley les otorga. El Juez, en cambio, una vez prorrogada la jurisdicción, no puede renunciar a la obligación de seguir conociendo de los juicios, como el Tribunal lo afirmó al revocar

alguno de los autos en que el Juez insistió en el impedimento (cuaderno 4º, folio 6º), y al ordenarle procediera en la forma prescrita por la ley.

Inobjetable como es la infracción del Juez —reconocida por el Tribunal en el auto del ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, al cual se acaba de hacer referencia— la Corte procede a fijar cuál es la norma penal infringida, previo estudio de la tesis en que el Tribunal fundó el sobreseimiento.

El Tribunal Superior de Santa Marta —que "no ve en este caso una denegación de justicia, ni un prevaricato"— fundó su auto en los considerandos que se resumen:

a) En el concepto del Fiscal (cuaderno 1º, folio 32), según el cual el Juez procedió de buena fe en la interpretación de una norma legal, y si pudo haber equivocación, ella no es prevaricato, pues *"no se puede tener* —afirma— *de los preceptos legales un concepto tan minúsculo como para ir a someterlos a un molde inadecuado"* (subraya la Sala);

b) En la indagatoria del Juez acusado, quien justifica sus actuaciones —especialmente su renuencia a conocer de los negocios a pesar de la prórroga de jurisdicción— con las ofensas hechas en los memoriales y con el hecho de que la manifestación de allanamiento no se hizo en todos los negocios, lo que —según el Juez— *divide la indivisibilidad que debe haber y que implica la confianza para el conocimiento en todos los negocios."* (Subraya la Sala).

c) En que la enemistad —según el numeral 14 del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil— es causal de impedimento, y allanable;

d) En que el prevaricato —según el artículo 168 del Código Penal— consiste en rehusar, negar o retardar un acto propio de las funciones que se ejercen; y

e) En que no aparece, en verdad, en el caso que se estudia, que el Juez doctor Rodríguez hubiera dejado de fallar por animadversión al abogado doctor Martínez o simpatía hacia la contraparte, aunque reconoce que a pesar de que el impedimento fue allanado —impedimento debido al lenguaje inadecuado del abogado— *el Juez, como todo hombre, se compone de cuerpo y alma y no de puro barro* (subraya la Sala).

La Corte no considera —como el Tribunal y su Fiscal no podían considerar— el cargo que el abogado Martínez hizo al Juez Rodríguez en el punto trece del denuncio (cuaderno 1º, folio 19), porque tal hecho es posterior a los que originaron el denuncio, y si apenas puede imponer la necesidad legal de investigarlo —ya que se trata de una infracción sancionada por el artículo 242 del Código Político y Municipal— no puede alegarse como justificación de las actuaciones del Juez; en cambio, el Tribunal ha debido ordenar sacar las copias de los autos del Juez doctor Rodríguez dictados, el día anterior del denuncio, en los juicios de Erasmo Antonio Molina contra Luis Castillo y Domingo Montoya de Hoyo contra José Francisco de la Hoz, en los cuales el Juez —según afirmación del denunciante— sostiene que no se le puede constreñir a que lo atienda, pues "según una jurisprudencia de la Corte, cuando un Juez se declara impedido más de dos veces, ya no hay Dios ni ley ni moral que lo obligue a prestar el servicio público a que está obligado."

Sorprende, eso sí, el contraste entre las tesis del Tribunal en su auto del cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y uno (cuaderno 4º, folio 6), en que claramente afirma que el Juez no puede insistir en los impedimentos y le ordena cumplir la ley, y las tesis del mismo Tribunal, en el auto de sobreseimiento, en que ensaya una justificación de la actuación del mismo Juez en relación con el abogado Martínez, es decir, de la renuencia a los allanamientos.

"No aparece, en verdad —dice el Tribunal— que el doctor Rodríguez hubiera dejado de fallar los negocios en que es parte el doctor Martínez..... El doctor Rodríguez se declaró impedido en esos negocios por el lenguaje inadecuado del doctor Martínez, y aunque es verdad que el impedimento le fue allanado, el Juez, como todo hombre, se compone de cuerpo y alma y no de puro barro. Eso de decirle a un Juez que es un alcoholizado, que su justicia es disparatada, que por ello está moralmente destituído de su cargo, que en su oficina no hay trabajo, y sin embargo, se demoran los negocios, y manifestar después, en el momento de allanar, que no ha dicho nada, que el Juez es muy laborioso, que en su oficina hay ambiente de honestidad, *es ver en el Juez a un muñeco incapaz de reaccionar ante el roce candente de las más delicadas fibras del espíritu"* (subraya la Sala).

No era legal —objeta la Corte— que el Juez fundara su impedimento en el *lenguaje inadecuado* que el abogado usara en sus memoriales, ya que tal hecho no constituye causal alguna, y si los memoriales eran irrespetuosos, no podría imponerse sanción distinta a la fijada por el numeral 17 del artículo 121 del Código de Organización Judicial. Y es tan cierto que el mismo Tribunal no consideró ofensivo para el Tribunal o para el Juez la afirmación del abogado en su denuncio —especialmente la hecha en el punto trece—, que no aplicó la sanción que la mencionada norma faculta y autoriza.

Además —y ésta es norma de ética y pedagogía judicial— el Juez, como tal, tiene una investidura sacerdotal, que le impone virtudes y atributos de serenidad y de equilibrio espiritual, y lo sitúa en una jerarquía muy superior a la que

ocupan quienes a él recurren en demanda de justicia; y en este tan elevado plano, le es vedado al Juez abdicar de aquellos atributos y virtudes en él esenciales y obligados, para sustituirlos por los de los hombres en conflictos de intereses materiales.

* * *

¿El Juez doctor Rodríguez —al insistir en los impedimentos, a pesar de los allanamientos— omitió, rehusó o retardó la ejecución de los actos a que legalmente estaba obligado (artículo 172, Código Penal) como lo sugiere el señor Procurador Delegado, o rehusó, negó o retardó un acto propio de sus funciones, por animadversión al doctor Martínez (artículo 168, Código Penal), como lo afirma éste en su denuncio y en su demanda civil?

El problema se circunscribe, en su primera parte, a considerar y analizar la animadversión como causa y fundamento de las actuaciones del Juez. Animadversión —define la Academia— es enemistad, ojeriza; y ésta, enojo y mala voluntad contra alguno. Penalmente, sería necesario que existiera —probada— una lógica relación entre la animadversión y su causa, y aquí no sería posible afirmar dicha relación entre la renuencia a los allanamientos y el sentimiento atribuído al Juez, ya que éste explica que tanto los impedimentos como la renuencia a los allanamientos se fundan en la forma, estilo y lenguaje que el abogado usa en sus memoriales y que lo impresionan hasta el extremo de suscitarle una interpretación, equivocada en concepto de la Corte, que concreta en la enemistad del abogado hacia el Juez, manifestada en los memoriales.

No probado el elemento de la animadversión, y excluído, en consecuencia, el prevaricato, la conducta del Juez doctor Rodríguez es juzgable como abuso de autoridad.

Conceptúa el señor Procurador Delegado —al comentar la tesis del Tribunal en que fundó el sobreseimiento— que "el hecho de retardar la ejecución de un acto propio de las funciones de su cargo constituye un delito previsto en nuestro Código Penal" (artículo 172), y que como "en este expediente está demostrado plenamente que el Juez doctor José Isidro Rodríguez de manera empecinada ha rehusado continuar en el conocimiento de unos negocios de los cuales legalmente debía conocer, ha infringido la ley penal, y por ese hecho debe ser llamado a responder en juicio criminal."

Mas como el Juez —concluye la Corte— no se limitó a abandonar o demorar el conocimiento de aquellos negocios, sino que profirió autos mediante los cuales —positivamente— insistió en los supuestos impedimentos a pesar de los allanamientos tácita o expresamente manifestados por el abogado doctor Martínez, tales autos son actos arbitrarios que —ejecutados en los varios negocios que, como abogado, gestionaba el doctor Martínez— le acarreaban serios y graves perjuicios (artículo 171, Código Penal).

Plenamente probada como está la infracción penal, mediante las copias auténticas y documentos originales allegados al expediente, que a su vez constituyen la prueba indiciaria de la responsabilidad del Juez doctor Rodríguez, no hay razón legal que justifique el sobreseimiento, menos el definitivo.

* * *

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, *revoca* el auto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, de fecha quince de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, por el cual sobreseyó definitivamente en favor del Juez doctor José Isidro Rodríguez, y en su lugar *llama a responder en juicio criminal* al mismo doctor José Isidro Rodríguez, en su carácter de Juez Segundo del Circuito Civil de Ciénaga, Departamento del Magdalena, como responsable de alguno o algunos de los delitos a que se refiere el Capítulo VI, Título III, Libro II del Código Penal.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y publíquese.

Francisco Bruno, José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Cesación de procedimiento por inexistencia del delito.

No comete infracción penal el Juez que atiende solicitudes de alguna de las partes que no ha revalidado papel común para la actuación, ni menos si en recurso de reposición revoca el auto en que accedió a la solicitud (Artículo 153, Código de Procedimiento Penal).

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

(Magistrado Ponente, Dr. Francisco Bruno).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá consultó —el veintitrés de octubre de mil novecientos cuarenta y dos— a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el auto del veinticuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, por el cual —con fundamento en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal— ordenó cesar el procedimiento contra el Dr. Pedro José Morales, en su carácter de Juez 7º del Circuito Civil de Bogotá, acusado por el señor Marcelino Bejarano como responsable de delitos contra la administración pública, cometidos en el ejercicio de sus funciones.

Sometida la consulta al procedimiento del artículo 192 del Código de Procedimiento Penal, se procede a resolverla.

I.—CAUSA DE LA ACCION PENAL.

Ante el Juez 9º Civil Municipal de Bogotá, Sérvulo Bahamón demandó a María Gasca para el pago de una deuda, juicio en el cual el señor Marcelino Bejarano actuaba, en el año pasado, en calidad de cesionario del ejecutante.

Dentro de la acción civil, se solicitó el embargo de un inmueble situado en el Municipio de Junín (Cundinamarca), embargo que fue decretado, pero al serle comunicado al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Gachetá, éste —violando los artículos 39 de la Ley 57 de 1887, 1008 y 1013 del Código de Procedimiento Civil— registró el embargo, ya que el mismo inmueble lo había sido ya en virtud de orden judicial del Juez Municipal de Junín.

El Dr. Fernando Urbina, representante legal de Martín Beltrán —parece que depositario del inmueble embargado en una ejecución anterior, aunque tal carácter no está claramente determinado en los documentos allegados— solicitó el desembargo del inmueble, el que fue decretado el diez y ocho de febrero de mil novecientos cuarenta y dos. Interpuso reposición, contra este auto, Marcelino Bejarano, y apelación en subsidio, por cuanto —especialmente— la solicitud del apoderado de Beltrán no podía ser atendida en virtud del inciso 2º del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal; y como no se le concediera la reposición pero sí la apelación, correspondió la decisión del recurso al Juez 7º del Circuito Civil de Bogotá, Dr. Pedro José Morales. Este confirmó el auto apelado el día seis de mayo del mismo año, y, en consecuencia, confirmó el desembargo. Solicitada, por Bejarano, la reposición, le fue concedida, y el primero de junio de mil novecientos cuarenta y dos, el Juez 7º del Circuito Civil revocó el auto de desembargo del diez y ocho de febrero y el suyo del seis de mayo, y dispuso, en su lugar, que no podía oírse al apoderado de Martín Beltrán, mientras aquél no hubiera revalidado las dos hojas de papel común empleadas en la actuación anterior a la solicitud de desembargo, ya que éste se había hecho cuando el apoderado de Beltrán se hallaba bajo la sanción del artículo 351 del Código de Procedimiento Civil.

En estas actuaciones relativas al incidente de desembargo —que consideró delictuosas— el señor Marcelino Bejarano fundó su denuncio criminal, presentado ante el Procurador General de la Nación, contra los señores Juez 7º del Circuito Civil, doctor Pedro José Morales; Juez 9º Civil Municipal, doctor Jorge Enrique Sánchez; Oficial Mayor del Juzgado 7º del Circuito Civil, señor Alejandro Reyes, y sustanciador del Juez 9º Civil Municipal, cuyo nombre no fue siquiera conocido.

II.—El DENUNCIO DE BEJARANO.

El señor Marcelino Bejarano, cesionario del ejecutante Sérvulo Bahamón, vencido en el incidente de desembargo en virtud de las causas estrictamente legales ya anotadas, en memorial del siete de mayo de mil novecientos cuarenta

y dos, redactado sin atención a las más elementales normas de la lógica, de la ortografía, de la urbanidad y de la gramática, imputó a los mencionados funcionarios y empleados los siguientes hechos:

a) *Al Doctor Jorge Enrique Sánchez,* Juez 9º Civil Municipal, el haber aceptado la oposición de Martín Beltrán al embargo, sin título alguno traslaticio del dominio; el haber aceptado la solicitud del apoderado de Beltrán sin ser éste el ejecutado y sin haber cumplido la obligación de revalidar dos hojas de papel común; el haber dictado el desembargo del inmueble sin que ningún otro embargo lo gravara a excepción del decretado a solicitud de su cedente Sérvulo Bahamón; el no haber concedido la reposición del auto de desembargo;

b) *Al Doctor Pedro José Morales,* Juez 7º del Circuito Civil de Bogotá, el haber confirmado —en el recurso de apelación— el auto de desembargo dictado por el Juez 9º Civil Municipal, a pesar de haber comprobado la libertad del inmueble y sin tener en cuenta que el apoderado de Martín Beltrán, el solicitante del desembargo, no había revalidado las dos hojas de papel común;

c) *Al señor Alejandro Reyes,* sustanciador (Oficial Mayor) del Juez 7º del Circuito Civil, el haber recibido de Martín Beltrán la suma de veinte pesos para dictar la sentencia, y

d) *Al sustanciador del Juzgado 9º Civil Municipal* —cuyo nombre no se sabe— el haber recibido veinte pesos para decretar el desembargo y ordenar la entrega al depositario.

Pero antes de analizar los hechos imputados a los Jueces, es necesario registrar, cronológicamente, los diversos actos del acusador Bejarano y las actuaciones de los Jueces, porque ello será un apreciable elemento de juicio en la decisión de la consulta.

El cesionario de Bahamón —que parece litigar en causa propia en virtud de la inocuidad de las leyes reglamentarias de la abogacía que permiten esta especial e intencionada cesión de derechos— hizo las siguientes solicitudes y manifestaciones, que se ordenan junto con las actuaciones, que considera delictuosas:

a) El diez y ocho de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, el Juez 9º Municipal decreta, en la ejecución de Sérvulo Bahamón contra María Gasca, el desembargo del inmueble;

b) El veintiséis de febrero, el mismo funcionario niega la reposición de Bejarano contra aquel auto, pero —como lo pidiera— le concede el recurso de apelación en el efecto suspensivo;

c) El seis de mayo, el Juez 7º del Circuito Civil de Bogotá confirma el auto del Juez 9º Civil Municipal;

d) El siete del mismo mes —esto es, al día siguiente— presenta su denuncio contra aquellos funcionarios al Procurador General de la Nación;

e) El 1º de junio, el Juez 7º del Circuito Civil concede la reposición del auto del Juez 9º Civil Municipal, a solicitud del cesionario Bejarano, lo revoca y ordena no se oiga al apoderado del opositor Beltrán si, dentro de tres días, no revalida las dos hojas de papel común;

f) El cinco de junio ratifica —bajo juramento— su denuncio y desiste, en memorial separado, en cuanto al Juez 7º del Circuito Civil, fundado en que reparó el error, y

g) El diez y siete de junio —por temor a que se le demande en virtud del Artículo 187 del Código Penal— insiste en el desistimiento, que no es aceptado por cuanto que —conforme al Artículo 17 del Código de Procedimiento Penal— falta el consentimiento del denunciado.

* * *

En la ampliación del denuncio, Bejarano —el denunciante— afirma, en referencia a sus denunciados, lo siguiente:

"En cuanto a los cargos que hago en mi denuncia contra el Juez 7º Civil de este Circuito los aclaro —dice— en el sentido de manifestar que yo no he querido afirmar ni afirmo que él haya recibido dinero alguno para dictar la providencia que confirmó la de primera instancia; también estimo que al dictar tal providencia no obró con parcialidad de ninguna clase, sino que indudablemente la pronunció en ese sentido por un error, pues tal providencia fue revocada posteriormente por el mismo Juez y también revocó la de primera instancia. En consecuencia, estimo que el nombrado señor Juez 7º Civil del Circuito de Bogotá no ha cometido delito ninguno."

"Los cargos que formulo contra el señor Juez 9º Civil Municipal —afirma en la misma ampliación— los hago consistir en que decretó un desembargo en el juicio a que se refiere mi denuncia en favor del tercero Martín Beltrán sin ser éste el ejecutado, pero no puedo afirmar si tal decisión la haya pronunciado con un criterio parcial o por un error; no puedo afirmar porque no me consta ni puedo probarlo que el referido Juez haya obrado por dinero o por amistad con Martín Beltrán."

"Aclaro que los cargos que en mi denuncio formulo contra el sustanciador del Juzgado 7º Ci-

vil de este Circuito, señor Reyes, los apoyo solamente en lo que al respecto me contaron el señor Julio Rojas y el otro individuo, cuyo nombre no sé y advierto que no tengo ninguna otra prueba para acreditar o establecer tales cargos, y considero que el nombrado sustanciador no recibió tal dinero."

El denunciante afirma —en la misma diligencia— que dos días antes de su denuncio, Julio Rojas y otro joven le contaron, en un café de la carrera doce entre calles once y doce, que Martín Beltrán —a quien conoció en la Guardia Departamental quince años antes— les había dicho haberle pagado al sustanciador Reyes la suma de veinte pesos para que echara la sentencia en contra de Bejarano, pago que ellos no vieron hacer.

"Y en cuanto al sustanciador del Juzgado 9º Civil Municipal —concluye— contra quien se refiere también mi denuncia, manifiesto que no le sé el nombre ni el apellido; aclaro que el cargo que hice contra él, que había recibido dinero, se basó en una simple suposición mía, pues para comprobar tal cargo no tengo testigos ni pruebas de ninguna clase."

Pero posteriormente, el día diez y siete de junio, al insistir en el desistimiento en relación con el Juez 7º del Circuito Civil, parece ratificarse de nuevo en el denuncio, cuando sugiere al Juez 4º del Circuito Penal, comisionado por el Tribunal, que "si tiene interés en investigar el delito denunciado, ojalá fuera bueno que practicara una inspección ocular al expediente, que se encuentra actualmente en el Juzgado 9º Civil Municipal, denominado Sérvulo Bahamón contra María Guasca —ejecutivo— para que vea la importancia que tiene mi queja y para tal efecto —concluye— cito los cuadernos y los folios".

Bejarano —se observa— tiene el hábito de los denuncios criminales, pues —según él mismo afirma— alguna vez puso un denuncio criminal contra un Magistrado del Tribunal de Pasto por una estafa de quinientos pesos, negocio que está en el Juzgado 4º del Circuito de Bogotá, y el veinticinco de mayo de mil novecientos treinta y nueve puso otro "contra un político y un acaudalado por una estafa de cien mil pesos, hechos que —dice— se probaron con documentos expedidos por las autoridades, pero dicho político y acaudalado fueron sobreseidos sin rendir indagatoria", negocio que está en el Juzgado 1º Superior, y que le valió —según lo asevera— un juicio por calumnia.

Se ha detenido la Corte —en apariencia sin objeto alguno— en la transcripción y resumen de las actuaciones judiciales de Bejarano, porque éstas son claras manifestaciones de su personalidad psíquica, que no puede desecharse en la decisión de la consulta.

III.—ANALISIS DE LAS INFRACCIONES.

Marcelino Bejarano —como ya se anotó— acusó al Dr. Pedro José Morales porque éste confirmó el auto de desembargo del Juez 9º Civil Municipal, desembargo solicitado por el depositario del inmueble ya embargado en otra ejecución, y porque a la solicitud de desembargo se accedió sin consideración a que el apoderado del opositor se hallaba bajo la sanción del Artículo 351 del Código de Procedimiento Civil. Dos infracciones, prevaricato y abuso de autoridad, parece imputar Bejarano al Juez 7º del Circuito Civil.

Para que el hecho imputado al Juez doctor Morales constituyera prevaricato requeriría que —conforme al artículo 168 del Código Penal— el auto dictado hubiera sido a sabiendas contrario a la ley, expresa o manifiestamente injusto, por simpatía al opositor Beltrán y animadversión a Bejarano, cesionario del ejecutante Bahamón; pero, como el mismo denunciante lo afirmó y como los documentos allegados lo comprueban, el mencionado Juez, a solicitud de Bejarano, le concedió el recurso de reposición y revocó el del Juez Civil Municipal antes de que aquél —bajo juramento— ratificara y ampliara su denuncio, y lo excluyera de la responsabilidad penal; y para que el mismo hecho —especialmente la omisión, en cuanto a la confirmación del auto del Juez 9º Municipal sin consideración a que el apoderado del opositor Beltrán no podía ser oído— constituyera abuso de autoridad en la modalidad del artículo 172 del Código Penal, se requeriría la prueba del dolo, prueba que no fue presentada por el querellante.

Si es absurdo considerar como infracción penal la confirmación del desembargo de un inmueble que ya estaba embargado anteriormente en otra ejecución, conforme a los Artículos 1008 y 1013 del Código de Procedimeinto Civil, el hecho consiguiente en aceptar la solicitud de desembargo a favor de quien no podía ser oído conforme al artículo 351, inciso 2º, del mismo Código, tampoco constituye infracción penal.

Leídos atentamente los documentos que integran el sumario, se concluye que el Juez 7º del Circuito Civil de Bogotá, Dr. Pedro José Morales, si oyó a la parte que no había revalidado las dos hojas de papel, tal error fue oportunamente subsanado a petición del mismo denunciante, al serle concedida la reposición y al revocar el auto del Juez 9º Civil Municipal, y que tal hecho no constituye infracción penal alguna.

IV.—APLICACION DEL ARTICULO 153.

El Tribunal Superior de Bogotá, a solicitud de su Fiscal, declaró "cesado todo procedimiento contra el Juez Dr. Pedro José Morales", porque "los hechos relatados por Marcelino Bejarano, imputados en un principio a aquél, en su carácter de Juez 7º del Circuito Civil, no han existido, pues dicho funcionario no los ha cometido".

El señor Procurador Delegado en lo Penal, a su vez, afirma que "no existe delito alguno imputable a ese funcionario" y "por eso resulta inobjetable la providencia consultada del Tribunal".

La Corte coincide tanto con el honorable Tribunal como con el señor Procurador Delegado en cuanto a la oportuna aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, ya que los hechos imputados al Juez Dr. Morales no constituyen en modo alguno infracción penal, es decir, no los considera la ley como tales.

Podría argüirse —como arguyen algunos Tribunales, con desconocimiento del contenido del Artículo 153— que debe continuar la sustanciación hasta la calificación del sumario con un sobreseimiento definitivo; pero, analizados los fundamentos y finalidades de la norma, se concluye que sería inútil, esto es, contrario al criterio de economía procesal, continuar una investigación que —por sustracción de materia— no aportaría datos diversos a los allegados, ni menos modificativos de la posición jurídica del Juez Dr. Morales.

Acepta, eso sí, la Corte, la insinuación del señor Procurador Delegado, en cuanto a que debe continuar la investigación sobre los hechos delictuosos imputados a los demás acusados, investigación que ya no corresponde a la Corte, admitida como ha sido la tesis según la cual los hechos imputados al Juez Dr. Morales no constituyen infracción penal.

* * *

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

I. *Confirmar* la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha veinticuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, por la cual se ordenó cesar todo procedimiento contra el Juez 7º del Circuito Civil de Bogotá, Dr. Pedro José Morales, con aplicación del Artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, por los cargos que le imputa Marcelino Bejarano, y

II. *Ordenar* que, por conducto del Tribunal Superior de Bogotá, se envíen estas diligencias al Juez del Circuito Penal de Bogotá, para que investigue la responsabilidad en que hayan podido incurrir Martín Beltrán así como los demás empleados y funcionarios denunciados por Bejarano.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y publíquese.

Francisco Bruno, José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre.—Julio E. Argüello R., Secretario.

El auto de declaración de notoria injusticia no está sujeto a casación.

La providencia de segundo grado —en causa seguida contra dos responsables de un mismo delito, uno de los cuales fue condenado y el otro absuelto en la de primer grado— y por la cual se confirma la condenación y se revoca la absolución previa declaración de notoria injusticia del veredicto en que se fundó dicha absolución, es —aquella providencia de segundo grado— sentencia en relación con la condena, y auto en relación con la declaración de notoria injusticia, y, en consecuencia, es inadmisible el recurso de casación contra el auto que hace aquella declaración y ordena convocar a nuevo Jurado.

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

(Magistrado Ponente, Dr. Francisco Bruno).

VISTOS:

El día veintinueve de julio del presente año llegaron a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, autenticadas por el Secretario del honorable Tribunal Superior de Ibagué, en doce (12) hojas útiles, copias de algunos documentos (sentencias, autos y memoriales), sin memorial ni petición de persona alguna, con el siguiente título:

"Copia tomada de la causa seguida contra Alfonso Fitz Gerald Rivera y Julio A. Saba, por el delito de doble homicidio y robo, expedida en cumplimiento del auto de fecha primero de marzo del presente año, para que se surta el recurso de hecho interpuesto ante la Corte Suprema de Justicia por el apoderado del procesado Saba."

Del anterior título, escrito al principio de esta copia, se dedujo que éstas fueron solicitadas y expedidas para fundar un recurso de hecho, y aunque el recurrente omitió "presentar al Superior, dentro de los tres días siguientes, más el de la distancia, con la copia, un escrito en que fundara el derecho que cree tener a que se le conceda la apelación (aquí la casación) denegada" (artículo 514, Código de Procedimiento Civil), el Presidente de la Sala ordenó someter a reparto dichas copias, ya que la providencia sobre el recurso podía ser auto interlocutorio y, como tál, materia de decisión de la Sala.

No obstante, pues, que no se fundó —en derecho— el recurso, la Sala no puede inhibirse de estudiarlo, ya que se trata de una cuestión de derecho procesal que es necesario y conveniente estudiar y definir.

Las copias allegadas contienen las siguientes providencias y actuaciones:

a) Sentencia del Tribunal Superior de Ibagué —dictada el 28 de julio de 1942— en la causa contra Alfonso Fitz Gerald y Julio A. Saba, por doble homicidio y robo, por la cual revocó la del Juzgado 2º Superior del mismo Distrito Judicial que absolvió al segundo y condenó al primero y, en su lugar, confirmó la condena a Fitz Gerald Rivera y declaró notoriamente injusto el veredicto en cuanto a Saba;

b) Memorial del abogado Dr. José D. Arias Bernal, del día 30 de los mismos mes y año, en el cual —como defensor de Julio A. Saba— interpone recurso de casación contra la mencionada sentencia;

c) Auto del día 2 de septiembre del mismo año, por el cual concede el recurso de casación en cuanto a Fitz Gerald Rivera, lo niega en cuanto a Saba, y ordena, además, sacar copia de lo pertinente para la continuación del juicio contra Saba, y

d) Auto del 1º de marzo del presente año, por el cual se niega al defensor de Saba la reposición del que, a su vez, le negó el recurso de casación, y, en cambio, *le concede el recurso de hecho ante la Corte* (subraya la Sala para destacar lo inusitado de la concesión, que no compete al Tribunal).

* * *

Dos cuestiones se presentan al estudio de la Corte, deducidas de los documentos anteriores allegados en copia:

a) Si, legalmente, era pertinente el recurso de casación, y si negado éste, lo era el de hecho, y

b) Si, siéndolo, el recurrente subordinó el último a las normas procesales.

La respuesta —en cuanto a la primera cuestión— es negativa, y la razón es obvia y clara. En materia penal, aquel recurso es un derecho

que la ley otorga a las partes (183, Código de Procedimiento Penal) contra las sentencias de segunda instancia impugnables por alguna de las causales que la misma ley fija (artículos 556, 557 y 567, Código de Procedimiento Penal), recurso cuya interposición y ventilación deben someterse a las normas procesales de los Artículos 513 a 518 del Código de Procedimiento Civil (Artículo 193, Código de Procedimiento Penal).

El principio fundamental del recurso de casación es, pues, que se dirija a obtener, en virtud de cualquiera de las causales del artículo 567, la reforma de una sentencia de segundo grado. Pero —se pregunta la Corte— ¿la providencia por la cual se declara notoriamente injusto un veredicto absolutorio constituye —técnica y jurídicamente— una sentencia? El artículo 554, Código de Procedimiento Penal, resuelve la duda, si en verdad existiera.

"Si el Tribunal encontrare —estatuye aquella norma— al estudiar la sentencia de segunda instancia referente a proceso en que hubiere intervenido el Jurado, que el veredicto fue contrario a la evidencia de los hechos consignados en el expediente, así lo declarará y ordenará que el inferior convoque a nuevo Jurado."

El Tribunal —en consecuencia— en vez de dictar sentencia declara que el veredicto en que se fundó la sentencia de primer grado es notoriamente injusto, ordena que se convoque un nuevo Jurado cuyo veredicto funde la nueva sentencia; pero el auto que tal declaración hace y tal orden da, no es ni puede ser sentencia, porque —conforme al artículo 156, Código de Procedimiento Penal— no decide definitivamente sobre lo principal, sino sobre un incidente del juicio.

El defensor de Saba afirma lo contrario por cuanto la sentencia que —mediante la casación— se pretende impugnar, contiene, conjuntamente, la condena de Fitz Gerald Rivera y la declaración de notoria injusticia en cuanto a Saba, declaración ésta, razona el defensor, hecha en decisión de segunda instancia y mediante procedimiento para la misma instancia. Es decir —parece creer el defensor del recurrente Saba— que dicha providencia no puede ser sentencia y auto al mismo tiempo, hipótesis ésta cuya sutileza apenas si alcanza a interferir la zona del sofisma, porque si una providencia es sentencia en cuanto condena a uno, no lo es en cuanto no condena al otro.

No era, pues, oportuno recurrir de hecho ante la Corte porque se negara un recurso —el de casación precisamente— cuyo objeto es la impugnación de sentencias de segundo grado y no de autos o providencias que son incidentes del juicio.

* * *

En cuanto a la segunda cuestión —si aceptando que era viable el recurso de casación y viable el de hecho, éste se interpuso conforme a las normas legales— la Sala anota lo siguiente:

a) El día 5 de junio del presente año fueron entregadas al defensor de Saba las copias pertinentes al recurso, y

b) El 29 de julio, también del presente año, llegaron a la Secretaría de la Corte.

Como el recurso de hecho debe interponerse y fundarse de acuerdo con el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil (Artículo 193, Código de Procedimiento Penal), el defensor del recurrente tuvo las siguientes omisiones:

a) No presentó a la Corte las copias dentro de los tres días siguientes al de su expedición, y

b) Ni tampoco presentó, con ellas, escrito alguno en que fundara el derecho que creía tener a que se le concediera el recurso de casación.

Ni el Tribunal Superior de Ibagué —en consecuencia— podía conceder el recurso de casación contra el auto que declaró notoriamente injusto el veredicto para Saba, ni la Corte —menos— tenía elementos de derecho para conceder el de hecho si las copias hubieran llegado oportunamente.

* * *

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

A) Declarar que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué procedió legalmente al negar el recurso de casación contra la providencia que declaró notoriamente injusto el veredicto absolutorio en favor de Julio A. Saba;

B) Declarar que el recurso de hecho contra aquella providencia no fue fundado en derecho, y

C) Poner esta decisión de la Corte en conocimiento del mencionado Tribunal Superior para que conste en el juicio que se sigue contra Julio A. Saba por los delitos de homicidio y de robo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Insértese en la *Gaceta Judicial.*

Francisco Bruno, José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Sobreseimiento definitivo en favor del ex-Magistrado del Tribunal Superior de Buga Dr. Adolfo Romero B., acusado por el señor Esaú Montaño de falsedad en una certificación que expidió como Presidente de aquel Tribunal.

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

(Magistrado Ponente, Dr. José Antonio Montalvo).

Vistos:

El señor Esaú Montaño, vecino de Buga, con fecha diez y nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, en extenso memorial denuncia por varios hechos que estima como dolosos, a varias personas entre las cuales aparece el Dr. Adolfo Romero B., Magistrado del Tribunal Superior de Buga en la época de la denuncia y contra quien principalmente van enderezadas tales acusaciones; el Inspector de Policía y Tránsito Municipal, ante quien se presentó el denuncio, lo remitió a la Corte.

Esta Sala, en auto de quince de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, comisionó al Departamento de Investigación de la Policía Nacional para que instruyera el sumario, y una vez perfeccionada la investigación se declaró cerrada y se pasó en traslado al señor Procurador de la Nación, funcionario que emitió el siguiente concepto:

"El señor Esaú Montaño presentó denuncia contra el Dr. Adolfo Romero B., Magistrado que fue del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, y contra el señor Camilo Arango M., por los delitos de falsedad en documentos y calumnia.

"Más tarde, al redactar el libelo para constituirse parte civil, señaló también como acusados a los señores Augusto Bejarano M. y Tulio Guerrero, además de los ya citados Romero y Arango.

"El hecho originario de la imputación estriba en un certificado que expidió el Dr. Adolfo Romero B., y que autenticó el señor Augusto Bejarano M., documento que fue publicado en el número 2408 de 8 de octubre de 1942 de *El Siglo*, diario en el cual aparece también la solicitud del señor Camilo Arango que dio lugar al certificado.

"Los documentos aludidos son del tenor siguiente:

'Señor Presidente del honorable Tribunal Superior.—E. S. D.—Para fines particulares que me convienen, atentamente pido a usted se digne certificar, a mi costa, qué causas motivaron la renuncia del señor Esaú Montaño como Escribiente de ese honorable Tribunal.—Señor Presidente.—Buga, septiembre 7 de 1942.—*Camilo Arango M.*, cédula 1805854 de Buga.'

'El suscrito Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de conformidad con lo pedido, *certifica:* Que el señor Esaú Montaño se vio precisado a renunciar el cargo de Escribiente de este Tribunal, porque así se lo solicitó esta Presidencia, en atención a que contra él obraban estos antecedentes: 1º Que el nombrado Montaño había sido despedido anteriormente de la Recaudación de Hacienda Nacional de Cali por malos manejos, según consta en la Resolución número 124 de 21 de septiembre de 1938, proferida por el Ministerio de Hacienda, que corre publicada en el *Diario Oficial* número 23900 de 14 de octubre del mismo año. 2º Que contra Montaño cursa un sumario por el delito de chantaje, en la Alcaldía Municipal de Tuluá, de conformidad con informes suministrados por el Alcalde del referido lugar y contenidos en oficios 267 y 271 de 14 y 15 de abril de este año. 3º Que contra el mismo Montaño cursa un sumario por intervención en política, en el Juzgado Penal de este Circuito. Esta información fue confirmada verbalmente por el Relator de este Tribunal, señor José María Jaramillo Saavedra, quien informó además haberle oído dictar conferencias políticas en la ciudad. 4º Que Montaño acostumbra informar a algunos abogados cómo iban a salir fallados los negocios en que figuraban como apoderados de las partes, con notable perjuicio de la seriedad y discreción que deben ser norma de los Despachos encargados de administrar justicia. 5º Que Montaño observaba mala conducta social en Buga, porque constantemente se embriagaba en asocio de personas que tenían cuentas pendien-

tes con la justicia.—Dado en Buga, hoy siete de septiembre de 1942.—*Adolfo Romero B.*, Presidente del honorable Tribunal.—El Secretario, *Augusto Bejarano M.*'

"Como se ve, el señor Arango pidió 'para fines particulares' una certificación que, aunque parezca tener un origen oficial, en realidad sólo contiene una aseveración de índole particular, hecha por una persona que ejercía el cargo de Presidente del Tribunal de Buga, pero que no estaba certificando sobre hechos inherentes a la magistratura.

"En otros términos, el documento atribuído al Dr. Romero no constituía el ejercicio de una de las funciones propias de la magistratura, ni se refería a asuntos judiciales que estuvieran en curso en el mismo Tribunal.

"En efecto, en el punto primero se afirma que el señor Montaño fue despedido de la Recaudación de Hacienda Nacional de Cali, es decir, de una oficina completamente independiente del Tribunal. En el punto segundo se asevera que en la Alcaldía de Tuluá cursa un sumario contra el mismo señor Montaño, esto es, que en un Despacho totalmente diverso del Tribunal existe un proceso. En el punto tercero se habla también de otro sumario adelantado en el Juzgado Penal del Circuito de Buga; y en los puntos cuarto y quinto se estampan apreciaciones personales sobre la conducta, como empleado, de Montaño, y como simple particular.

"El documento aludido tiene el mismo alcance y el mismo carácter de una de esas tántas recomendaciones que suelen verse, por medio de las cuales algún Magistrado afirma que conoce las prendas personales de su recomendado, que sabe que ha hecho tales o cuales estudios que lo capacitan para poder desempeñar un puesto público o privado.

"Estas recomendaciones, que dan testimonio del aprecio que tiene el Magistrado por un particular, aunque lleven el sello oficial, y aunque sean extendidas usando el título de la magistratura de quien las redacta, no pueden tener el carácter de documentos públicos, ni son la atestación oficial de hechos sobre los cuales deba deponer en virtud de su investidura el Magistrado que las extiende.

"De modo semejante, pero en sentido contrario, el certificado expedido por el doctor Romero es una especie de contra-recomendación que contiene imputaciones que, de ser falsas, constituirían una calumnia del señor Romero contra el señor Montaño.

"Se trata, en síntesis, de una denuncia por el delito de calumnia, infracción de la cual deben conocer los Jueces ordinarios.

"Por lo expuesto, esta Procuraduría conceptúa que la honorable Corte no es competente para calificar el mérito de este sumario, y que por lo tanto este expediente debe ser enviado al Juzgado de Circuito correspondiente."

Estimó, pues, el denunciante que al expedir la certificación que lo deja tan mal parado, el Presidente del Tribunal de Buga incurrió en falsedad de documentos, y, además, lo calumnió; y opina el señor Procurador que la calificación del sumario debe limitarse al cargo de calumnia, delito común —y que por ende corresponde a los Jueces ordinarios conocer de él y no a la Corte—, pues no versando la certificación expedida por el Presidente del Tribunal Superior de Buga sobre asuntos propios de su empleo sino acerca de asuntos que cursaban en otras oficinas, o sobre hechos de particulares, tal documento no es público sino privado, no implica uso ni abuso de funciones públicas y es inoperante como elemento de falsedad.

Para resolver considera la Corte:

Es cierto que certificar sobre la remoción del señor Montaño como empleado de manejo no incumbe al Presidente del Tribunal sino al Ministerio de Hacienda; y que sobre la existencia de sumarios contra Montaño en oficinas judiciales diferentes del Tribunal tampoco correspondía dar fe al Presidente de esta entidad.

Pero es también la verdad que a este funcionario se le pidió certificara sobre los motivos por los cuales había perdido su puesto de empleado del Tribunal el señor Esaú Montaño; y al dar razón de esos motivos o causas de separación del empleo sí certificaba el Magistrado doctor Adolfo Romero como Presidente del Tribunal y refiriéndose a noticias tenidas por esta corporación.

Ahora: que no eran falsos los hechos aseverados en la certificación se desprende de las pruebas levantadas en este sumario. Obran aquí, en efecto, la Resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por medio de la cual se removió de un empleo en ese ramo al señor Esaú Montaño, por hechos que se consideraron indebidos. Aparecen también informes de Juzgados y Oficinas de Policía relativos a sumarios que cursan contra Montaño, y varios declarantes rinden testimonio sobre habitual impuntualidad del mismo para pagar sus deudas y sobre maniobras de discutible honorabilidad para conseguir pequeñas sumas de dinero. Por último, los empleados del Tribunal Superior de Buga, inclusive el Magistrado doctor Ocampo Patiño (favorecedor de Montaño e impugnador del Presidente del Tribunal) deponen sobre hechos de los cuales se infiere sin temeridad que Monta-

ño, como Escribiente del doctor Ocampo Patiño, divulgó noticias respecto de posible y futura decisión del Tribunal sobre cierto proceso. Y no sobra advertir que el escrito dirigido por Montaño a la Corte para constituirse parte civil en el presente negocio trae el *pase* del Director de la Cárcel donde a la sazón se hallaba preso Montaño.

En tales condiciones mal podría decirse que el Presidente del Tribunal de Buga aseveró en su certificación hechos falsos; y resulta por lo mismo inasible también el cargo de calumnia.

Tal vez podría pensarse que aquel funcionario anduvo demasiado acucioso al certificar, sin tener estricta obligación de hacerlo, sobre cada uno de los puntos que fueron materia de la certificación; y también puede concluírse cuán funesto es que por rencillas banderizas o personalistas se abran hostilidades por parte de un Magistrado de Tribunal o sus respectivos seguidores y favorecidos contra otro Magistrado o los apadrinados por éste, hostilidad que llega a culminar en denuncias criminales recíprocas y verdadera persecución judicial originada por móviles de bandería a los cuales debieran ser completamente ajenos los administradores de justicia.

No siendo constitutivo de delito el hecho por el cual denunció Esaú Montaño al ex-Presidente del Tribunal Superior de Buga, debe pronunciar la Corte sobreseimiento definitivo, al tenor del Artículo 437 (numeral 1º), Código de Procedimiento Penal.

Ahora: el denunciante sindica como partícipes en los hechos que él considera delictuosos a los señores Tulio Guerrero y José María Jaramillo Saavedra, y también al señor Augusto Bejarano M., quien firmó como Secretario del Tribunal la certificación que Montaño asevera ser falsa y calumniosa, y al señor Camilo Arango M., el cual figura como solicitante de dicha certificación.

Puesto que dichas personas no son juzgables por la Corte, proferida la decisión de ésta en cuanto al ex-Magistrado doctor Romero B., el expediente debe ir a los Jueces comunes para que provean lo que sea del caso en relación con tales personas.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, 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, *sobresee definitivamente* en favor del doctor Adolfo Romero B., ex-Presidente del Tribunal Superior de Buga por los cargos de falsedad en documentos y calumnia que le imputó el señor Esaú Montaño como ejecutados en tal carácter y en una certificación que expidió con fecha siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y, previa desanotación, por conducto del Tribunal Superior de Buga remítase el expediente al Juzgado del Circuito Penal de allí para que avoque el conocimiento respecto de los señores Augusto Bejarano M., Camilo Arango M., Tulio Guerrero y José María Jaramillo Saavedra.

José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre, Francisco Bruno.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Homicidio cometido en estado de ira e intenso dolor.

I.—Hay diferencia, desde el punto de vista psicológico, entre la premeditación positiva y la premeditación condicionada.

II.—La premeditación constituye elemento del asesinato sólo cuando es positiva y está acompañada de motivos innobles o bajos.

III.—El estado de ira e intenso dolor excluye la premeditación positiva, aunque la grave provocación que causó aquel estado y la reacción homicida no hayan sido simultáneas.

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

(Magistrado Ponente, Dr. Francisco Bruno).

Vistos:

El abogado Dr. Carlos Arango Vélez, defensor de Cenón Maldonado, interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del diez y seis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, por la cual —con aplicación de los artículos 362 y 365 del Código Penal— condenó a Maldonado a la pena de cuatro años de presidio, como autor de la herida hecha con proyectil de arma de fuego en Luis Emilio Muñoz, el nueve de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro, y que —setenta días después— le causó la muerte.

Admitido el recurso, en desacuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Penal —cuyas tesis no aceptó la Corte por las razones expuestas en el auto de dos de septiembre del presente año— el defensor del recurrente formuló su demanda de casación y alegó, como causales, las de los numerales 1º y 2º del Artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, la primera como principal y la segunda como subsidiaria.

En forma general las mencionadas causales fueron expuestas así:

a) La sentencia viola la ley penal, por errónea interpretación o indebida aplicación, porque no se aplicó el artículo 28 del Código Penal adicionalmente a los artículos 362 y 365 del mismo estatuto, y

b) En la sentencia no se tomaron en cuenta algunos hechos, plenamente acreditados en el proceso, modificadores de la responsabilidad.

La impugnación de la sentencia —se concluye— persigue la aplicación del Artículo 28, ya que, como lo afirma el recurrente, el delito fue cometido en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación.

La decisión del recurso, en consecuencia, comprende el estudio de tres cuestiones fundamentales:

a) Si Luis Emilio Muñoz provocó a Cenón Maldonado grave e injustamente;

b) Si esta grave e injusta provocación pudo haber creado en Cenón Maldonado el estado de ira o intenso dolor, y

c) Si éste agredió a Muñoz bajo la turbación psíquica de tal ira o dolor.

Como la mencionada decisión —en derecho— presupone el análisis de los hechos, ello requiere una síntesis, cronológicamente ordenada, de los elementos del proceso, con referencia a las causas mediatas e inmediatas del delito.

I.—LAS CAUSAS MEDIATAS DEL DELITO.

Las causas mediatas del delito se vinculan a las luchas de los grupos liberales de Sesquilé, cada uno empeñado en la posesión de las jerarquías directivas de la corporación municipal. De una parte, Cenón Maldonado, Honorio García, Moisés Lugo y Marco Tulio Villalobos, y de la otra Enrique Maldonado y Luis Emilio Muñoz, apoyados éstos por el Alcalde Jorge R. Fajardo.

La victoria de Cenón Maldonado y de su grupo, en la elección de dignatarios verificada el diez de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro, en la cual fue elegido Presidente en competencia con Luis Emilio Muñoz, y el proyecto de acuerdo presentado por Honorio García sobre extinción de la Comisión Permanente del Concejo, de la cual Luis Emilio Muñoz hacía parte, proyecto que éste interpretó como una censura a sus actuaciones, llevaron a Muñoz, después de un debate candente con Honorio García, a abandonar el Concejo, no sin que antes los retara para las próximas elecciones. Esa misma noche, después de la sesión del Concejo, Muñoz manifestó a Maldonado que ya no lo tendría más como amigo. El acta de la sesión y las afirmaciones de varios testigos así lo confirman.

Luis Emilio Muñoz —quien, según numerosos testimonios— era un joven agresivo, especialmente cuando se embriagaba, inició desde aquel día una campaña pública de difamación contra sus compañeros del Concejo, especialmente contra Cenón Maldonado, y más desde que —por parte del Personero— se le imputaron hechos delictuosos cometidos en su carácter de miembro de la Comisión Permanente del Concejo y que constituyen —posteriormente— el fundamento del sumario que se le inició en la Alcaldía de Sesquilé por malversación de fondos públicos, imputación aquélla que Muñoz atribuyó a Maldonado; campaña aquélla —en la cual participó su padre Eusebio Muñoz— que terminó el día nueve de diciembre, en que Maldonado hirió a Muñoz del disparo que setenta días más tarde le causó la muerte.

Hé aquí cómo los testigos describen aquella campaña difamante contra Maldonado:

La noche del diez y seis de noviembre —afirma *Campo E. Prieto*— Muñoz gritaba en la plaza, a voz en cuello, refiriéndose a Cenón Maldonado y Honorio García, dónde estaban los machos, que salieran a matarlo, que estaba solo y ahí los esperaba, y en seguida entró a la tienda de Vicente Sarmiento, y mostrando una manopla e indicando que llevaba arma en la cintura, afirmaba que no eran tan machos porque no habían salido. Sarmiento ratificó la afirmación de Prieto.

Carlos Eduardo Barrera, miembro de la Guardia de Cundinamarca, dice que antes del nueve de diciembre —día del delito— Luis Emilio Muñoz venía ultrajando al Presidente del Concejo Cenón Maldonado y a los otros Concejales, a quienes calificaba de "rateros", y desafiando a Cenón Maldonado.

"Cuando Luis Emilio Muñoz tomaba licor —asegura *José María Acosta*— era agresivo, y le oyó, alguna vez, proferir palabras agresivas e injuriosas para el honor y dignidad de Cenón Maldonado, quien no estaba presente. Una vez —añade Acosta— apedreó la casa de Isaías Báez, porque se puso a orinar, en su tienda, en presencia de la señora, y Báez lo expulsó."

Desde la sesión del doce de noviembre —declara *Luis Alberto Sánchez,* Secretario del Concejo Municipal— Muñoz salió insultando y desafiando a los otros liberales y al Concejo, a la vez que amenazaba que iría a haber mucha sangre, insultos y amenazas que Sánchez atribuye a que Muñoz no fue elegido Presidente.

El testimonio de *Antonio Castillo,* miembro de la Guardia de Cundinamarca, no es menos expresivo de la conducta de Luis Emilio Muñoz, en los días anteriores al delito. "Constantemente presentaba en el Municipio —afirma Castillo— actos violentos e incitantes a la pelea, pues su actitud era excesivamente agresiva, actitud a la cual jamás contestaron las personas agredidas. Muñoz fue acusado de malversación de fondos públicos, y esto fue motivo suficiente para que se enfureciera, ultrajando soezmente, en privado y en público, a todos los Concejales y en especial al señor Maldonado. Muchas veces tuvimos ocasión de llamarlo al orden, sin resultado alguno, pues el Alcalde señor Jorge R. Fajardo jamás quiso tomar las medidas conducentes para apaciguarlo y darles garantías a los asociados contra los desmanes de dicho señor, así como contra las agresiones del propio padre del señor Muñoz, don Eusebio, y de su hermano."

El clima de permanente zozobra que la conducta de Muñoz creó en Sesquilé, ante la indiferencia y complacencia del Alcalde Fajardo, obligó a un grupo de ciudadanos a venir a Bogotá a pedir su reemplazo al Gobernador. Este hecho, naturalmente, irritó más a Muñoz, y los testigos Marco Emilio Montoya y Luis Alberto Sánchez narran en qué forma agresiva Luis Emilio Muñoz reaccionó, cuáles sus amenazas e injurias contra los ciudadanos que vinieron a Bogotá, especialmente contra Cenón Maldonado y Honorio García.

Rafael Acosta y *Campo Elías Prieto* afirman que una noche —parece que la misma en que llegó la comisión de Bogotá— llegó Eusebio Muñoz, padre de Luis Emilio, al establecimiento del segundo, con un grupo de trabajadores suyos, en actitud amenazante, y preguntó por Cenón Maldonado y Honorio García, y como ninguno le respondiera, los injurió con frases tales, que no sería decoroso reproducir aquí.

Estos hechos, así resumidos, coordinados con los que siguen, constituyen —como se deducirá— las causas mediatas del delito. De las inmediatas se hace en seguida el análisis.

II.—CAUSAS INMEDIATAS DEL DELITO

Maldonado había hecho caso omiso de la campaña de difamación y de las amenazas y retos de Luis Emilio Muñoz, pero la noche del siete de diciembre —sin que el primero hubiera previsto ni buscado— entre ellos surgió el grave incidente, la provocación grave e injusta que alega el recurrente, que dio origen y explicación al delito, y que los testigos Ildefonso Acosta, Eduardo Orjuela y Víctor Rodríguez describen detalladamente.

Acosta, Orjuela y Muñoz tomaban cerveza aquella noche en la tienda de Víctor Rodríguez, situada en la plaza de Sesquilé, cuando ocasionalmente pasaba Cenón Maldonado, y a pesar de su renuencia aceptó la repetida invitación a entrar que alguno de ellos le hiciera. Coinciden todos en que, en los primeros momentos, hubo

cordialidad entre Muñoz y Maldonado, hasta que aquél comenzó a difamar contra Honorio García, y Maldonado a defenderlo. En el acaloramiento, Muñoz trató de ladrón a Maldonado, éste le gritó "miente", aquél le enrostró a Muñoz sus manejos indebidos del Tesoro, y éste le gritó, a su vez "miente, hijo de puta". Acosta y Orjuela los sujetaron para evitar un suceso grave, y la Policía se llevó a Muñoz para su casa, no sin que antes Maldonado hubiera exigido una explicación, que Muñoz negó.

Como el apoderado de la acusación afirma que las ofensas fueron mutuas y que la expresión injuriosa de Muñoz fue dicha en respuesta a otra de Maldonado —tesis que acepta el Tribunal— conviene resumir las versiones de los testigos:

"De un momento a otro —afirma *Ildefonso Acosta*— Muñoz dijo a Maldonado que no discutiera de honorabilidad porque él —Maldonado— era un ladrón, por lo cual éste le dijo que 'mentía'. Maldonado y Muñoz pretendieron irse a las manos, pero Acosta y Orjuela lo impidieron; se cruzaron palabras que —por la confusión— no recordaba el declarante Acosta." "En todo caso, estando apaciguándolos —añade Acosta— Muñoz, de súbito, le dijo a Maldonado que era un 'hijo de puta', razón por la cual fue necesario sacar a Maldonado a la calle, y allí se quedó esperando a Muñoz a que le repitiera las ofensas lanzadas." Maldonado —agrega Acosta— pidió a éste exigiera a Muñoz satisfacciones, a lo cual se negó.

Según *Eduardo Orjuela,* entre Maldonado y Muñoz se desarrolló un cambio de frases que pueden resumirse así: "¿Por qué —le preguntó Maldonado a Muñoz— en todas las tiendas se le decía ratero de parte de él, de Muñoz?" Como éste le respondiera que nada podía decir sobre el particular, Maldonado le repuso: "Si tú no quieres decir nada, yo sí quiero que me lo digas delante de estos señores." Muñoz, afirmando que "no tenía inconveniente", añadió que él también —Maldonado— "estaba metido en las componendas con el Alcalde". Contestó Maldonado: "Usted, en cambio, sí es un ladrón", y Muñoz respondió inmediatamente: "Miente, hijo de puta."

Isaías Zambrano, Agente de la Policía Municipal, da una versión confusa, y, lo mismo que Víctor Rodríguez, aunque oyeron la expresión injuriosa de Muñoz a Maldonado, afirma que Muñoz le pidió excusas a éste, afirmación que está rectificada por Orjuela y Acosta, testigos presenciales, que Zambrano no lo fue.

Los testimonios de Acosta y Orjuela —que concuerdan con la explicación dada por Maldonado en su indagatoria— concuerdan, en cuanto a la injuria de Muñoz a Maldonado, con los de Rafael Acosta, José María Acosta, Antonio Castillo (Guardia), Marco Eliseo Montoya, Ramón Arturo Ruiz y Marco Tulio Lozano (Personero), que llegaron frente a la tienda de Víctor Rodríguez en aquellos momentos.

* * *

Al día siguiente, ocho de diciembre, Cenón Maldonado, como Presidente del Concejo, lo convocó —según lo explicó en su indagatoria— "para que se aclarara quiénes eran los que habían atentado contra los dineros públicos", ya que Muñoz, la noche anterior, lo había tratado de ladrón e imputádole componendas con el Alcalde. Abierta la sesión, y después de que el Alcalde afirmó que no retiraría los cargos hechos a algunos Concejales anteriormente, el Concejal García pidió se citara al Concejal Muñoz para que informara sobre algunos contratos por éste celebrados como miembro de la Comisión Permanente del Concejo, citación a la cual no accedió Muñoz. Durante la sesión, el Personero —a solicitud de Maldonado— explicó el contrato ficticio celebrado entre Luis Emilio Muñoz, en su carácter de miembro de la Comisión del Concejo, y Alberto Cardoso Maldonado, para el suministro de un carro para el aseo del pueblo, por la suma de ciento ochenta pesos, y de cuya investigación, hecha por el mismo Personero, resultó: que Cardoso Maldonado no existía, que era Abraham Salgado quien estaba construyendo el carro, por la suma de ciento cincuenta pesos, que a Muñoz se habían ya dado ochenta y cinco pesos de los que sólo había pagado a Salgado treinta pesos; además, Maldonado presentó al Concejo una cuenta de Muñoz por veinte pesos, autorizada por éste como Presidente —sin serlo— para pago de unos viáticos, y el Alcalde, a su vez, confesó que había dado a Muñoz periódicas sumas de dinero —correspondientes a sobresueldos, parece— dizque para su distribución entre los Concejales. El Concejo, en la misma sesión, hizo constar que era Luis Emilio Muñoz el Concejal responsable de manejos indebidos, y sobre los cuales se inició, en la Alcaldía, la correspondiente investigación criminal, como consta en el proceso.

A la convocatoria de esta sesión del Concejo el apoderado del acusador particular —sin hacer referencia a la explicación de Maldonado en la indagatoria— atribuyó un innoble sentimiento de venganza.

III.—EL DELITO (PRUEBA TESTIMONIAL)

En las horas de la tarde del día siguiente, nueve de diciembre, bajaban del pueblo a la estación del ferrocarril Cenón Maldonado, Evaristo Bernal y Moisés Lugo, al mismo tiempo que de la estación al pueblo subían Luis Emilio Muñoz, Enrique Maldonado y Benjamín González,

grupos que se encontraron enfrente de la casa denominada "El Molino". Cenón Maldonado, al ver a Luis Emilio Muñoz, se adelantó y, con el revólver dirigido hacia éste —rastrillándolo sin que le hiciera fuego, dicen algunos testigos— le exigió le repitiera la injuria o frase que la otra noche le había dicho. Muñoz, en este primer instante, se abalanzó sobre Maldonado en actitud defensiva, lo agredió a puñetazos, le causó una herida en la región ciliar y en la cabeza, e inmediatamente volvió la espalda en carrera hacia la casa, momento en el cual Maldonado le disparó y Muñoz en el acto cayó al suelo boca abajo, herido en la columna vertebral, en la cual se incrustó el proyectil. Muñoz, a consecuencia de la mielitis producida por la lesión, murió setenta días después.

No discrepan —lesionado, acusado, testigos— en cuanto a la presentación del encuentro de Muñoz y Maldonado, pero sí en cuanto a especiales actitudes de éstos, discrepancia, esta última, que requiere un análisis comparativo, y que se limita a estos puntos precisos:

a) ¿Maldonado —como lo dicen algunos testigos— rastrilló el arma y exigió repetición de la ofensa, simultáneamente?

b) ¿Maldonado respondió en el acto el golpe de mano de Muñoz que le produjo la herida en la región ciliar? y

c) ¿Maldonado disparó su revólver contra Muñoz inmediatamente después, o en el acto de ser agredido?

El resumen del denuncio, de la indagatoria y de los testimonios pueden aclarar la discrepancia.

a) El denuncio.

No interesa a la Corte la controversia sobre la autenticidad del denuncio cuya redacción o dictado se atribuyó a Enrique Maldonado y que Muñoz firmó después de escrito, sino en cuanto a la posición jurídica de aquel testigo, ya que en el proceso se comprobó plenamente la enemistad manifiesta entre el acusado y el testigo, así como el vínculo afectivo entre Enrique Maldonado y Luis Emilio Muñoz, creado por la proximidad del matrimonio de éste con una hija de aquél.

"Frente a la casa denominada 'El Molino' —dice el denuncio— vimos que Cenón Maldonado venía hacia este lugar, y al llegar cerca a nosotros sacó un revólver y tendiéndomelo inmediatamente me dijo estas palabras: 'Ahora sí dígame lo que me dijo ayer, don Emilio', e inmediatamente me rastrilló el revólver sin que le diera fuego. Viéndome agredido en tal forma, quise defenderme y me abalancé sobre él y le di algunos golpes con la mano. Después yo resolví abrir carrera, y cuando ya le daba la espalda volvió y me disparó hiriéndome inmediatamente, cayendo al suelo boca abajo."

b) La confesión de Maldonado.

"Cuando el señor Muñoz estaba cerca —afirma Maldonado— le dije que 'quería que ahí, cara a cara, me volviera a decir 'hijo de puta'. Muñoz —continúa Maldonado— hizo mención de sacar arma del bolsillo, en vista de lo cual saqué mi revólver y le dije nos entendiéramos como machos; Benjamín González se interpuso y yo le dije: 'Compadre, hágase a un lado, que aquí vamos a aclarar un asunto de honor.' En seguida se abalanzó y me dio un golpe en la sien izquierda, probablemente con manopla, golpe que me dejó completamente atontado, y siguió descargándome golpes sobre la cabeza, pues yo había agachado ésta con el fin de favorecer la cara."

"En los momentos en que el señor Luis Emilio Muñoz me pegaba fuertemente y me tenía en un estado de inconsciencia, alguna persona le gritó 'cuidado!'; entonces él, Muñoz, se retiró y yo pude enderezarme y me di cuenta que estaba herido, por la sangre que me chorreaba por la cara; y como vi un bulto que corría, haciendo mención de sacar arma del bolsillo, y yo sin darme cuenta bien cabal de lo que estaba sucediendo, disparé mi revólver."

"Yo no he intentado matar a nadie —respondió a la última pregunta del funcionario instructor—, y yo disparé en un momento de acaloramiento y en un momento también en que me sentía agredido de obra. Sólo puedo decir —añade— que quienes han provocado todas estas cosas son los señores Luis Emilio y Eusebio Muñoz, por sus agresiones de palabra y obra."

c) Los testimonios.

Solamente Enrique Maldonado y Benjamín González, los compañeros de Luis Emilio Muñoz, Evaristo Bernal y Moisés Lugo, los compañeros de Cenón Maldonado, y los menores Rafael Antonio y Alberto Campos, presenciaron el encuentro entre Muñoz y Maldonado En relación a sus testimonios, la Corte —previo análisis comparativo de las afirmaciones en ellos contenidas, entre sí, y con el denuncio y la indagatoria— ha sacado algunas deducciones que establecen claramente la acción y reacción simultáneas de Maldonado ante Muñoz, sus causas y consecuencias.

No obstante la vinculación afectiva entre Luis Emilio Muñoz y Enrique Maldonado y el sentimiento de enemistad entre éste y Cenón, plenamente comprobado, el testimonio de Maldonado contiene datos de valor inapreciable. Coincide con el denuncio en cuanto a las palabras de Ce-

nón, la amenaza con el arma —que ineficazmente le rastrilló—, y la agresión de Muñoz a Cenón; pero —añade— que se fueron a las manos, y que "después de unos momentos Luis Emilio Muñoz le dijo a Cenón Maldonado que lo aguardara, y salió en carrera para abajo, para el lado de su casa, y entonces Cenón Maldonado, al ver tal cosa, tendiéndole nuevamente el revólver, disparó contra Luis Emilio." Posteriormente, en la diligencia de careo, afirma que no se dio cuenta cuál de los dos dominaba, porque se fueron a la lucha y cayeron contra la cuneta agachados, y que el disparo siguió a los pescozones. "Fue seguido —afirma— es decir, ni transcurrió nada."

También coincide la afirmación de Benjamín González con el denuncio, en cuanto a las palabras y hechos de Cenón Maldonado, pero agrega que Muñoz le tiró un pescozón a Cenón, que éste le contestó en la misma forma y que aquél se retiró inmediatamente a su casa, momento en el cual —cuando Muñoz había avanzado diez a quince metros— Maldonado le disparó a Muñoz por la espalda; y si en la ampliación afirma que se empeñó entre ellos una corta riña terminada por su intervención, en el careo con Cenón añade que el disparo fue "seguido" a los pescozones.

La distancia que, en el momento del encuentro, separaba a Evaristo Bernal de su compañero Cenón Maldonado, apenas permitió a Bernal ver que momentos después del encuentro se fueron a las manos, que Luis Emilio le estaba tirando a Cenón y que éste estaba con la cabeza agachada. Bernal —así lo afirma— gritó desde lejos a Luis Emilio Muñoz, quien al oírlo "metió carrera" para el lado de su casa, y en ese momento sintió la detonación de un disparo que —probablemente— lo hizo Cenón, porque era éste quien tenía revólver en la mano.

El menor Rafael Antonio Campos oyó las palabras de Maldonado a Muñoz, vio cuando éste se abalanzó contra aquél, "pero casi instantáneamente —dice— después de haber asumido esta actitud Muñoz, vi que se devolvió como en huída y habría recorrido unos quince metros cuando sintió una detonación." Además, aunque le vio el revólver a Maldonado, no afirma lo hubiera rastrillado.

El menor Alberto Campos vio que Cenón le tendió el revólver a Muñoz y que cuando éste volvió la espalda y apresuradamente se dirigía a la estación, aquél le disparó; y Moisés Lugo apenas oyó la detonación del arma.

Cenón Maldonado confiesa que sacó el revólver cuando, inmediatamente después de exigirle a Muñoz repitiera la ofensa, éste hizo ademán de sacar arma, y que le disparó también inmediatamente después de la agresión de Muñoz, al sentirse herido y sangrando.

* * *

Del examen de los testimonios, denuncio, indagatorias y careos que hasta aquí se han resumido, aparece lo siguiente:

a) Que, excluyendo la afirmación de Enrique Maldonado por la presunción de interés en favor de Muñoz, solamente González dice que Cenón, al exigirle la repetición de la ofensa, rastrilló el arma dirigida hacia Muñoz;

b) Que Muñoz en su denuncio no afirma que Maldonado le haya devuelto los golpes que aquél diera a éste en la cara, lo que también afirma Maldonado;

c) Que cuando Muñoz golpeaba a Cenón, al grito de Evaristo Bernal, salió Muñoz en carrera hacia su casa, y

d) Que en este momento, inmediatamente después de que Muñoz agredió, en actitud defensiva, a Maldonado, éste disparó por la espalda contra Muñoz, cuando iniciaba la carrera hacia su casa.

Parecería inexplicable la fuga de Luis Emilio Muñoz, a quien en el proceso señalan los testigos como un joven siempre en trance de retar, de ofender y de agredir, si Enrique Maldonado —su futuro padre político— no hubiera afirmado que él, Muñoz, unos momentos después de que se fueron a las manos, le dijo a Cenón que lo aguardara y salió en carrera para el lado de su casa; como también parecería inexplicable que Cenón no le hubiera disparado en el mismo instante en que Muñoz le golpeaba la cara y la cabeza, que Cenón —como lo explicó— defendía agachándose, si éste hubiera tenido la posibilidad de disparar, ya que —dicen los testigos— tenía en la mano el revólver.

El proceso del delito se realizó —en síntesis— en tres momentos: Maldonado, con el revólver en acto de disparar, exige se repita la injuria, Muñoz le contesta con una agresión de hecho, y Maldonado dispara. Con qué intervalos de tiempo se sucedieron cada uno de estos hechos y qué influencia pueden tener en la responsabilidad de Maldonado, son aspectos secundarios enfrente de otros de mayor entidad que inciden en la decisión del recurso, tales como el estado que lo impulsó a la agresión.

IV.—EL DELITO (PRUEBA PERICIAL)

Como al disparo de Cenón precedió la agresión de obra de Muñoz, causada por la amenaza a revólver de Cenón, habrán de resumirse las pruebas de las lesiones sufridas por uno y otro y de la muerte de Muñoz.

a) Reconocimiento y muerte de Muñoz.

Conforme al primer dictamen de los médicos legistas, Luis Emilio Muñoz recibió una herida causada con proyectil de arma de fuego de calibre pequeño, que penetró dentro del canal medular entre la séptima y octava vértebra dorsal —proyectil que le fue extraído— y que le produjo una paraplejía con anestesia de la mitad inferior del cuerpo; además, le observaron erosiones en la región ciliar derecha y en la cara anterior de ambas rodillas, y edematosis y equimosis en los párpados del ojo derecho, lesiones éstas —dicen— producidas con cuerpo contundente.

Luis Emilio Muñoz murió el veintiuno de febrero de mil novecientos treinta y cinco, y los médicos legistas conceptuaron (215 C. I.):

a) Que la herida de la medula por proyectil de arma de fuego, como la que recibió Luis Emilio Muñoz, es de naturaleza mortal, y

b) Que la causa de la muerte fue una mielitis difusa, como consecuencia directa de la lesión primitiva. En cuanto a las lesiones observadas en la región ciliar, estaban ya cicatrizadas.

b) Reconocimiento de Cenón Maldonado.

Los peritos que reconocieron a Cenón Maldonado —dictamen posteriormente confirmado por los médicos legistas— le hallaron una herida sobre la ceja izquierda, de centímetro y medio de longitud y medio de profundidad, y tres contusiones más, distante la una de la otra centímetro y medio más o menos, en línea recta hacia la cabeza; una tumefacción de la parte superior de la cabeza y un poco hacia el lado izquierdo, que no interesó la piel o cuero cabelludo, y en la parte superior de la pierna derecha un raspón circundado de una mancha amoratada.

"Las heridas y contusiones primeramente descritas —dicen los peritos— fueron causadas con arma contundente según nuestro leal saber y entender, y la contusión de la pierna, por un golpe fuerte, y la incapacidad que puede sufrir por estas heridas es la de cinco días aproximadamente."

Complementan esta prueba pericial —en relación con las lesiones recibidas por Maldonado—: la confesión de Muñoz y las afirmaciones de Benjamín González, Evaristo Bernal y Moisés Lugo, según las cuales Cenón Maldonado resultó herido y con sangre manando en la cara.

V.—LA DEMANDA DE CASACION

Discreparon el Tribunal y el Juzgado en cuanto a la aplicación de la ley penal, ya que si éste situó el delito en las normas de los artículos 620 y 645 del Código Penal de 1890, en armonía con el auto de calificación del sumario, el Tribunal —en cambio— los situó en las de los artículos 362 y 365 del Código Penal de 1936.

Dos cuestiones podrían haber constituido materia de análisis en este fallo:

a) Si habiendo sido Cenón Maldonado llamado a juicio por el delito de heridas, podía ser legalmente condenado por homicidio, y

b) Si cometida la infracción bajo la vigencia del Código Penal de 1890 y dictada la sentencia bajo la del Código de 1936, debe preceder el estudio comparativo de las dos legislaciones para aplicar el principio legal y constitucional de la favorabilidad.

Ninguna de estas dos cuestiones fue propuesta por el recurrente en casación, de modo que a la Corte no le corresponde analizar y decidir si hubo o nó error en la condenación por un delito de distinta denominación jurídica a la que se adoptó en el enjuiciamiento.

El delito de Maldonado, según el antiguo estatuto penal, se reputaba como heridas que hubieran dejado incapacidad de por vida y como tál se sancionaba (Artículos 620 y 645), pero el estatuto vigente, más real y científico, lo sanciona como homicidio en la modalidad de preterintencional (artículos 362 y 365). Esta referencia explica —sin que ello signifique que la Corte se aparta de su decisión de no tocar cuestiones que no le fueron sometidas— la diferencia de posiciones que, en sus fallos, adoptaron el Juzgado, al aplicar los artículos 620 y 645 del estatuto derogado, y el Tribunal, los artículos 362 y 365 del vigente.

* * *

El Dr. Carlos Arango Vélez, apoderado del recurrente, en la demanda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, afirma que tal sentencia es casable, por las dos razones siguientes contenidas en los numerales 1º y 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que alega como principal y subsidiaria, respectivamente:

a) La sentencia viola la ley penal, por errónea interpretación e indebida aplicación de la misma, y

b) En la sentencia —objeta el recurrente— no se tomaron en cuenta algunos hechos, plenamente acreditados en el proceso y que son modificadores de la responsabilidad del acusado.

En seguida se exponen, separadamente, los motivos en que el doctor Arango Vélez funda las causales de casación alegadas.

A) Causal primera de casación.

De acuerdo con el ordinal a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, la Corte de-

be invalidar —dice— el fallo del Tribunal, y dictar el que deba reemplazarlo, en virtud de los siguientes motivos que la Corte resume:

1º Cenón Maldonado ejecutó el delito en estado de ira e intenso dolor por causa de grave e injusta ofensa que dos días antes le infiriera Luis Emilio Muñoz al llamarlo públicamente "hijo de puta", circunstancia que el Tribunal —en la sentencia recurrida— reconoce como motivo determinante de la agresión;

2º Si el Tribunal Superior aplicó la ley penal posterior —porque es más favorable— ha debido aplicar también, adicionalmente, el Artículo 28 del mismo estatuto, que omitió;

3º La no aplicación del Artículo 28 constituye violación de la ley penal por errónea interpretación e indebida aplicación, ya que no aplicar una disposición que es pertinente a un caso determinado (según los propios términos de la parte motiva de una sentencia) sucede, o porque tal disposición se reputa inaplicable (errónea interpretación), o por olvido (indebida aplicación), y

4º La pena que corresponde a Cenón Maldonado —con aplicación de los artículos 28, 362 y 365 del Código Penal— es la de un año y cuatro meses de presidio.

B) Segunda causal de casación.

El apoderado del recurrente funda esta causal de casación —que alegó como subsidiaria de la primera— en los siguientes motivos, que la Corte resume:

a) Cenón Maldonado ejecutó el hecho sancionado, en estado de ira e intenso dolor causado por la grave e injusta ofensa que Luis Emilio Muñoz le infirió dos días antes al llamarlo públicamente "hijo de puta";

b) Esta circunstancia —que se halla plenamente acreditada en el proceso— es modificadora de la responsabilidad según el Artículo 28 del Código Penal, y

c) Se omitió, en la sentencia, la aplicación de esta norma.

Finalmente, el apoderado del recurrente sintetiza sus razonamientos —más o menos— así: el Tribunal de Bogotá omitió la aplicación del artículo 28 por una de dos razones: o en virtud de errónea interpretación o indebida aplicación de la ley penal, lo que constituye violación de la misma, y entonces es procedente la causal primera de casación alegada como principal, o porque no consideró la ofensa como determinante de la ira e intenso dolor en que se ejecutó el delito —hecho modificativo de la responsabilidad plenamente acreditado— y entonces es procedente la segunda causal alegada como subsidiaria.

VI.—EL FUNDAMENTO DEL RECURSO

La Corte acepta —en consideración al análisis de la prueba testimonial— la existencia legal de los siguientes hechos como punto de partida del estudio del recurso:

a) La animadversión de Luis Emilio Muñoz contra Cenón Maldonado, al menos desde la sesión del Concejo Municipal de Sesquilé del diez de noviembre, en que el Concejal Honorio García propuso la eliminación de la Comisión Permanente del Concejo, de la cual Muñoz era miembro;

b) La provocación continuada de Luis Emilio Muñoz y de su padre Eusebio Muñoz, a Cenón Maldonado, mediante amenazas e injurias expresadas en lugares públicos, especialmente desde que una comisión de varios ciudadanos vino a Bogotá a solicitar la destitución del Alcalde, acusado de parcialidad y debilidad;

c) La injuria de Muñoz a Maldonado, la noche del siete de noviembre, mediante la calificación de "hijo de puta", dicha públicamente como reacción al "miente" con que Maldonado contestó a Muñoz el cargo de "ladrón";

d) La aclaración solicitada por Maldonado al Concejo Municipal, al día siguiente de la injuria, sobre los nombres de los Concejales responsables de contratos ficticios y manejos indebidos, y la imputación de tales hechos a Luis Emilio Muñoz, lo que dio origen a la investigación sobre malversación de fondos públicos iniciada en la Alcaldía contra Muñoz;

e) El disparo de Cenón Maldonado contra Luis Emilio Muñoz, el nueve de diciembre, previa solicitud para que le repitiera la injuria, seguida aquélla de una agresión a puñetazos en que Maldonado recibió varias lesiones en la cara y Muñoz —también en la cara— algunas erosiones y equimosis;

f) Los antecedentes judiciales de Luis Emilio Muñoz, a quien —en el mismo Municipio de Sesquilé, como fue oficialmente certificado— se le habían iniciado dos sumarios: uno en la Alcaldía por heridas, y otro en el Juzgado Municipal, por asonada, y

g) La conducta ejemplar, pública y privada, de Cenón Maldonado, el agresor de Muñoz, con la sola excepción de su renuencia a cumplir el mandato judicial de su detención.

Como es uno solo, e idéntico, el fundamento que el apoderado del recurrente aplica a cada una de las causales alegadas —el estado de ira e intenso dolor producido por una grave e injusta provocación— la Corte decide examinar primero la segunda, aunque ella fue alegada como subsidiaria, ya que dicho fundamento armoniza más con el contenido de ésta que con el de la otra.

"Hay lugar a casación —estatuye el numeral 2º del artículo 567 en la parte determinada por el recurrente— cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, siempre que sean elementos modificadores de la responsabilidad de los autores."

Las cuestiones propuestas al principio de este fallo se concretan en las siguientes:

a) La expresión "hijo de puta", dirigida por Muñoz a Maldonado, en la cantina de Víctor Rodríguez, esto es, en sitio público, ¿constituye —precisamente— la provocación grave e injusta a que el artículo 28 del Código Penal se refiere?

b) La misma expresión, si constituye provocación grave e injusta, ¿pudo determinar en Cenón Maldonado el estado de ira e intenso dolor a que la misma norma se refiere?

c) El estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, si no produce inmediata y súbita reacción, o no se produjo en el acto por causas involuntarias del provocado, ¿se extingue por el transcurso del tiempo o revive a la presencia estimulante del injusto provocador, como en el caso presente?

d) La transgresión de Cenón Maldonado, realizada cuarenta y ocho horas después de la provocación grave e injusta, ¿es la transgresión atenuada por la ira e intenso dolor por aquélla causados, o la transgresión agravada por la premeditación y la venganza?

a) La provocación grave e injusta.

La incorporación, en nuestro estatuto penal, de estados emocionales o pasionales (ira y dolor) creados en virtud de injusta y grave provocación, como modificadores de la responsabilidad penal, fue ya sugerida —inicialmente— por el Profesor Doctor José Vicente Concha en su proyecto de Código Penal, que, como miembro del Senado, presentó a esta corporación en el mes de julio de 1912.

"Se reducirá la pena en una tercera parte de la señalada por la ley —dice el artículo 48 del proyecto, tomado del artículo 51 del Código Penal italiano de 1890— cuando el autor de la violación se hace responsable de ello en el momento de un arrebato de ira o de resentimiento causados por un ultraje o provocación injustos."

El Consejo de Estado —en el estudio que le encomendó la Cámara— propuso, en agosto de 1916, la siguiente fórmula sustitutiva:

"Se reducirá la pena en una tercera parte de la señalada por la ley cuando el autor de una violación se hace responsable de ella en el momento de un arrebato de ira causado por un ultraje o provocación injustos provenientes de la otra parte."

La Ley 109 de 27 de diciembre de 1922 —que fue el proyecto Concha con las modificaciones que el Congreso de aquel año le introdujo— adoptó la fórmula siguiente (artículo 49):

"Cuando el autor de una violación de la ley se hace responsable de ella en el momento de un arrebato de ira causado por un ultraje o provocación injustos, la pena se reducirá de una tercera parte a la mitad, según la gravedad del ultraje o de la provocación."

La Comisión Revisora de la Ley 109 —creada por la Ley 81 de 1923— modificó el artículo 49 de aquélla, modificación que, a su vez, adoptó la Misión Penal Italiana, así:

"Cuando se comete el hecho en el estado de ímpetu de ira o intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, se impone una pena no mayor de la mitad del máximum ni menor de la tercera parte del mínimum señalados para la infracción."

Finalmente la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, creada por la Ley 20 de 1933, adoptó la anterior fórmula, pero con la supresión del vocablo "ímpetu" en referencia a la ira, fórmula en vigencia.

La gravedad y la injusticia son las condiciones que exige la ley para que la provocación constituya la atenuante de la responsabilidad. El problema está, pues, en considerar cuándo la provocación es injusta y grave, y cuál el criterio para medir y apreciar su gravedad e injusticia, cuestiones éstas que son fases de un mismo problema: el motivo psicológico del delito.

La provocación —en su acepción general— consiste en "irritar o estimular a alguien con palabras u obras para que se enoje"; y en su acepción jurídico-penal, en que tales palabras u obras sean graves e injustas, y tanto, que puedan producir estados emocionales o pasionales generadores de reacción. Desde este punto de vista, son típicas —por lo graves e injustas— aquellas frases que en sí envuelven la intención injuriosa o calumniosa, esto es, que vulneran o lesionan la integridad o el patrimonio moral de las personas.

La frase "hijo de puta" dirigida por Muñoz a Maldonado, ¿constituye provocación grave e injusta? "La provocación —escribe Alimena— debe evaluarse como se presenta en el término medio de los hombres del mismo país y de la misma edad, y, hasta puede añadirse, de la misma condición social, siempre que estas palabras se entiendan así, no como un prejuicio de casta, sino como la confirmación de un hecho." En este sen-

tido —añade la Corte— si la mencionada frase produce incontrolables reacciones entre gentes de esfera social baja, con mayor razón entre personas de elevada posición social y política, para quienes la dignidad, la reputación y el honor constituyen su más valioso patrimonio espiritual y moral, especialmente si, como en el caso presente, el provocado fue el Presidente de un Concejo Municipal, y el provocador, un miembro de esa misma corporación.

El carácter "injusto" de la provocación —en consecuencia— se vincula al carácter ilícito, es decir, prohibido por la ley penal, de la frase o hecho que constituyen la provocación; y su gravedad, a las consecuencias que la frase o el hecho pueden acarrear a la dignidad del procesado.

Y no es aceptable la tesis del acusador particular, según la cual Maldonado no alegó la injuria como motivo determinante, sino la agresión de Maldonado momentos antes del disparo y la legítima defensa ante el gesto de Muñoz de sacar el arma, porque Maldonado —al final de su indagatoria— sitúa aquel motivo en las injurias y provocaciones de los Muñoz. Además, hay un testimonio —el de Rafael Antonio Campos— que aclara y precisa el verdadero motivo.

"Pude ver —dice— cuando hacia el lado donde se sucedían los hechos bajaba la señora Carmen de Maldonado y una de sus hijas, y ya estaban al pie de Luis Emilio Muñoz, Evaristo Bernal, Moisés Lugo, Benjamín González y Enrique Maldonado; inmediatamente que se encontró la madre de Cenón Maldonado con él (Cenón), le dijo *que lo había hecho porque Luis Emilio Muñoz le había dicho que (ella) era una....* la última palabra no la oí, y se arrojó sobre ella, la abrazó y le dio varios besos y se fueron hacia el lado de su casa." Escena patética que revela que la grave injuria u ofensa a su madre, y a él, fue el motivo del delito.

b) El estado de ira e intenso dolor.

No es suficiente —razonan los expositores de Psicología Criminal— que la provocación sea injusta para que atenúe la responsabilidad penal; se requiere —añaden— que se produzca el estado de ira o intenso dolor, o mejor que sea susceptible de producirlos. En el presente caso no sería aceptable la atenuación si la ofensa no fuera suficiente a crear aquellos estados.

La frase "hijo de puta" —se pregunta— emitida con la intención de ofender, ¿basta por sí sola para dar vida o nacimiento a estados como la ira o el dolor, modificadores de la vida psíquica del ofendido? La respuesta es afirmativa. La ofensa, sea palabra o sea hecho, produce estados emocionales y también pasionales, más o menos transitorios los primeros, más o menos permanentes los segundos, según la gravedad de la ofensa y según el temperamento del individuo ofendido.

c) Temporaneidad de la reacción.

Se ha planteado —respecto a la reacción delictuosa— un problema cuyos términos, más o menos, son los siguientes: si dicha reacción, para que justifique la atenuación de la responsabilidad, debe seguir inmediatamente a la provocación o puede producirse posteriormente a ella; es decir, si el intervalo entre la ofensa provocadora y la reacción convierte el dolo indeterminado en dolo premeditado y excluye el carácter atenuante de la provocación.

Situando el delito de Cenón Maldonado dentro de aquellos términos, el problema se enunciaría en esta forma: ¿cometió Maldonado su delito en el estado de ira o intenso dolor que le causara la grave e injusta provocación proferida por Muñoz dos días antes? ¿O debió haberlo cometido inmediatamente después de la ofensa provocadora? O más pertinentemente, ¿los estados emocionales o pasionales causados por ofensas graves desaparecen si la reacción no es súbita e instantánea?

La ofensa o la provocación que de ésta nace puede crear a un estado de ira que impulsa instantáneamente al delito, es decir inmediatamente después de la provocación, como habría actuado Maldonado la noche del 7 de diciembre si Orjuela y Acosta no le hubieran impedido la reacción contra Muñoz; o también puede crear un estado de intenso dolor que la posterior representación —momentánea o sorpresiva— de la provocación puede convertir en ira y producir la reacción delictuosa, como sucedió el nueve (9) de diciembre cuando Maldonado se encontró intempestivamente con Muñoz y le exigió nuevamente reparación de la ofensa.

No actuó Maldonado bajo el impulso de la clásica pasión razonadora ni bajo la innoble pasión antisocial; y la premeditación que se le atribuye —si es premeditación— es la premeditación condicionada de que habla Ferri y no la verdadera y positiva premeditación, como el motivo determinante lo precisa. Ferri —recuérdese— presenta como ejemplo de la premeditación condicionada la del injuriado que va a pedir explicaciones al ofensor, es decir, la del que subordina la deliberación al cumplimiento de una circunstancia, o mejor de una condición. Y Maldonado, la noche del siete de diciembre, como la tarde del nueve de diciembre, solicitó reparación o ratificación de la injuria, es decir, si afirmó la existencia de la deliberación —resultado del intenso dolor causado por la provocación— excluyó la premeditación positiva; en síntesis, afirmó el dolo indeterminado con exclusión del dolo premeditado.

* * *

Dos argumentos más se han expuesto contra la tesis de la ira y del dolor causados por injusta y grave provocación —en el caso de Maldonado—: primero, que las ofensas fueron mutuas la noche del siete; y segundo, que si Muñoz agredió a Moldonado la tarde del nueve, actuó —éste— bajo la coacción de la amenaza grave o del peligro inminente, y esa agresión no constituye provocación.

Fueron mutuas —en verdad— las ofensas. "Ladrón", dijo Muñoz a Moldonado primero; "miente" le repuso Maldonado; "hijo de puta" le contestó Muñoz. Mas suponiendo que Maldonado hubiera sido el primer provocador, podría también alegar la atenuante en virtud de un principio de justicia penal, según el cual favorece la atenuante a quien, en la contienda injuriosa ha sido más gravemente injuriado. Verdad también que la tarde del nueve de diciembre Muñoz golpeó a Maldonado hasta causarle varias lesiones en la frente y en la cabeza, en el momento en que Maldonado —tendiéndole el revólver— le exigía ratificación o reparación de la injuria. Pero si la reacción de Muñoz pudo ser explicable, no lo es menos la de Maldonado quien, de provocado la noche del siete, pasaba a provocador la tarde del nueve —en virtud de la ira e intenso dolor— y nuevamente a agredido de hecho y a inmediato agresor.

Y aquí conviene recurrir al argumento de autoridad. Florian —en su crítica al criterio cronológico— conceptúa:

"Pero no debe olvidarse que aquí se trata de excusa derivada de un estado psicológico especial, que puede reproducirse por la súbita representación de una afrenta, de una humillación, inclusive no reciente, evocada de nuevo, aun por pequeñísimos incidentes. Un saludo irónico o tomado como tál, una mirada de soslayo pueden despertar el recuerdo de una violencia, de una agresión, de una vieja injuria, y volver a provocar la ira o el dolor y convertirse así en causa de una injusta provocación."

Altavilla —en su obra *"Delitos contra las personas"*, publicada en 1934— coincide con las tesis de la parte de la "Exposición de Motivos" (Relazione) del Código Penal italiano, en cuanto a la atenuante del estado de ira, y que la Corte transcribe:

"Es necesario —dice— que la acción del culpable constituya una reacción y que esta reacción se realice mientras permanece el estado de ira. No sería exacto sostener —como se ha dicho— que hablando de reacción en estado de ira, la provocación subsista sólo cuando la reacción sea simultánea con el hecho injusto provocador. El requisito de la simultaneidad, de la inmediatabilidad no está expresado en la norma del texto: lo que exige es que el culpable, provocado, actúe en estado de ira. Ahora, según nociones muy elementales de Psicología, tal estado de ira puede también no ser inmediato, sino subsiguiente a una faz de depresión psíquica (intenso dolor) y que puede también perdurar por algún tiempo."

"Y entonces —comenta Altavilla esta parte de la 'Exposición de Motivos'— tenía mucha razón Bianchi cuando, en la Comisión Revisora, afirmaba que la provocación excluye la premeditación, porque se trata de dos estados de ánimo completamente antinómicos." Tesis ésta que sostiene el distinguido penalista doctor Gaitán, apoderado del acusador particular —como la ha sostenido en muchas de sus muy brillantes defensas —cuando, en su memorial de segunda instancia "no desconoce —escribe— que hay otro fenómeno que no puede ser olvidado, o sea que determinadas ofensas y pugnas —aun pasado el tiempo— hay que tomarlas en cuenta para la sanción legal del delito"; concepto éste que, a título de respeto y devoción a su noble integridad mental, no podía —en su brillante alegato— menos de enunciar, el ilustrado representante de la acusación particular.

VII.—LA DECISION DEL RECURSO

Aceptado —en virtud de las tesis anteriormente expuestas— que Cenón Maldonado ejecutó el delito (homicidio preterintencional) en la persona de Luis Emilio Muñoz, en estado de ira e intenso dolor causado por la grave e injusta provocación de éste, y aceptado el fundamento del recurso, la Corte procede a decidir si la sentencia es casable en virtud de la causal primera (violación de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación), o en virtud de la causal segunda (errada interpretación o apreciación de los hechos acreditados en el proceso y no considerados en la sentencia).

Probado el estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, que el apoderado del recurrente presentó como fundamento tanto de la causal primera como de la segunda, alegadas la primera como principal y la segunda como subsidiaria, concluye la Corte que la omisión en la aplicación del artículo 28 del Código Penal implica errónea e indebida aplicación —y consiguiente violación de la ley penal—, y también que la no consideración de la atenuante (ejecución del delito en estado de ira e intenso dolor provocado por grave e injusta injuria) implica errada interpretación y apreciación de este hecho, suficientemente acreditado en el proceso; en suma, que el recurso interpuesto por el apoderado de Maldonado es via-

ble sea cual fuere la causal alegada —principal o subsidiaria— que se considere, por cuanto el fundamento es idéntico.

* * *

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley (artículo 570, Código de Procedimiento Penal),

RESUELVE:

A) Infirmar la sentencia del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha diez y seis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, por la cual se condenó a Cenón Maldonado —con aplicación de los artículos 362 y 365 del Código Penal vigente— a la pena de cuatro años de prisión, como responsable del delito de heridas que causaron la muerte a Luis Emilio Muñoz (homicidio en la modalidad de preterintencional) cometido el día nueve de diciembre del año de mil novecientos treinta y cuatro en la población de Sesquilé, Departamento de Cundinamarca;

B) Condenar, en cambio, al mismo Cenón Maldonado, a la pena de año y medio de presidio —con aplicación de los artículos 28, 362 y 365 del Código Penal vigente— como responsable del mismo delito en la misma persona de Luis Emilio Muñoz, y a las accesorias determinadas en el artículo 58 del Código Penal, y

C) Condenar, al mismo Cenón Maldonado, al pago de los perjuicios civiles causados por su delito, deducidos en juicio separado.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Francisco Bruno, José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Responsabilidad penal de los funcionarios públicos.

I.—No hay falsedad en documentos públicos, en la modalidad de alteración de sus fechas verdaderas, cuando un funcionario equivocadamente comunica la fecha de un decreto aún no legalmente expedido y menos cuando oportunamente advierte y rectifica la equivocación.

II.—La alteración de la fecha verdadera de un decreto, como documento público que es, no constituye la infracción especificada en el artículo 172 del estatuto penal vigente.

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

(Magistrado Ponente, Dr. Francisco Bruno).

Vistos:

El señor Blasco Caballero Núñez, Secretario de la Contraloría Departamental de Bolívar, presentó ante esta corporación denuncio criminal contra el doctor Domingo López Escauriaza, Gobernador de aquella sección, por los delitos de falsedad en documentos públicos, abuso de autoridad y otras infracciones, cometidos en ejercicio de sus funciones, denuncio que fundó la apertura de la correspondiente investigación mediante auto del día veintiséis de agosto del año pasado.

Practicadas todas las diligencias que se consideraron necesarias para probar la existencia del delito y la responsabilidad del sindicado, cerrada —por esta causa— la investigación, y obtenido el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, la Corte procede a la calificación de este sumario, en cumplimiento de la norma del artículo 428 del Código de Procedimiento Penal.

I.—FUNDAMENTOS DE LA ACCION PENAL

El denunciante Caballero Núñez presenta como infracciones imputables al ex-Gobernador de Bolívar las siguientes, que resume la Corte:

a) El Secretario de Hacienda, en el oficio número 3034 del día 29 de julio de 1942, remisorio del Decreto 137 bis sobre liquidación del presupuesto de rentas y gastos para la vigencia fiscal del 1º de julio de 1943, afirma —el Secretario— que el mencionado Decreto fue expedido el día 1º de julio;

b) El Decreto —en la copia enviada a la Contraloría— no tenía fecha, pues apenas decía "expedido en Cartagena a los.... días del mes de julio del año de 1942";

c) Fue de pública notoriedad que el día 29 de julio no se había expedido aún el Decreto de liquidación del presupuesto de rentas y gastos;

d) En el mencionado Decreto —que según el Secretario de Hacienda— fue dictado el 1º de julio, se incorporaron créditos abiertos mediante ordenanzas sancionadas por el mismo Gobernador con posterioridad al primero de julio;

e) En el nombrado Decreto se incluyeron cargos ya suprimidos, se fijó —para pago de pensiones, jubilaciones y becas o auxilios a estudiantes pobres— una partida global inferior a los créditos abiertos por la Asamblea antes del 30 de junio, y

f) En el mismo Decreto figuran cargos creados con posterioridad al 1º de julio, y asignaciones distintas a las fijadas por la Asamblea.

"Como el Decreto de la Gobernación —dice el denunciante —ha desconocido los mandatos de las ordenanzas expedidas por la Asamblea de Bolívar; como ese Decreto es falso por tener la fecha de su expedición adulterada; y como en su contenido se constatan varios delitos, *la Contraloría se abstiene de darle cumplimiento*". (Subraya la Corte).

A éstos hechos el Secretario de la Contraloría atribuye contenido de infracción penal, con las denominaciones de falsedad en documentos públicos, abuso de autoridad y otras infracciones, que no precisa, delitos que la Corte estudia, en relación con los documentos adjuntos, separadamente.

A.—FALSEDAD EN DOCUMENTOS PUBLICOS

La infracción —según lo expuesto— consistiría en la alteración de la fecha verdadera del Decreto, considerando éste como documento público, infracción determinada en el numeral 5º del artículo 231 del Código Penal vigente.

El problema se limita a decidir —primeramente— si la fecha del Decreto es la que anotó el Secretario de Hacienda en el oficio número 3034, o la que se omitió en la copia del Decreto envia-

do a la Contraloría, ya que el mismo denunciante afirma que el sitio destinado a la fecha del Decreto se hallaba en blanco, y después, si ello constituye delito.

El Secretario de la Contraloría, en vez de anotar el hecho al Secretario de Hacienda para que el error —si lo había— fuera subsanado, recurrió inmediatamente a la justicia penal, en la creencia de que se había cometido un grave delito.

El doctor López Escauriaza, en la diligencia de indagatoria— documento que revela el origen político de la acusación— hace referencia a la rectificación hecha por el señor Secretario de Hacienda y a la inspección ocular sobre el libro de decretos de la Gobernación (practicada en la investigación que tres días después del denuncio contra el doctor López fue iniciada— por la misma causa— contra los Secretarios del Gobernador). Esta referencia sugirió a la Corte la conveniencia de obtener la prueba de la rectificación aludida, de practicar una nueva inspección ocular en el mencionado libro de decretos y de allegar copia auténtica del Decreto 139 bis, documentos que —en su parte esencial— se transcriben y analizan en seguida.

a) El oficio del Secretario de Hacienda.

Dos días después del envío del oficio y del Decreto a la Contraloría, el Secretario de Hacienda, en oficio número 3061, dijo al Contralor:

"Para los fines a que haya lugar, informo a usted que por un descuido o error del Oficial que escribió el oficio número 3034, de fecha 29 de los corrientes, con el cual se remitió a usted un ejemplar del Decreto número 137 bis, sobre liquidación del presupuesto de rentas y gastos del Departamento, se hizo constar en dicha comunicación que la fecha del expresado Decreto era la de primero de julio en curso, siendo lo cierto que la verdadera fecha, que consta en el original respectivo, es la del veintiuno (21) del mes corriente."

b) La diligencia de inspección ocular.

El Presidente del Tribunal de Cartagena, con el concurso de los testigos actuarios doctores Pedro Castillo Pineda y Roque Pupo Villa, practicó la ordenada inspección ocular, en virtud de comisión de la Corte, diligencia que en su parte esencial dice:

"Impuesto dicho Secretario —el de Gobierno, aclara la Corte— del libro de decretos en que debe practicarse la diligencia, lo puso de presente, y examinado por el Magistrado doctor Villalba, los testigos actuarios, y ante el Secretario de la Sala, se constató lo siguiente: en el tomo III del libro de decretos de la Gobernación de Bolívar, correspondiente al año de mil novecientos cuarenta y dos, existe el Decreto número 137 bis de 1942, de la Gobernación del Departamento de Bolívar, ramo de Hacienda, mediante el cual se liquida el presupuesto de rentas y gastos de la vigencia fiscal del 1º de julio de 1942 a 30 de junio del año en curso, *y que lleva fecha veintiuno de julio de mil novecientos cuarenta y dos.*" (Subraya la Corte).

c) El Decreto 139 bis de 1942.

El Decreto 139 bis de 1942, sobre liquidación del presupuesto de rentas y gastos —en cuya copia enviada a la Contraloría por el Secretario de Hacienda el denunciante anotó la omisión de la fecha— fue añadido, previa autenticación, al sumario.

Este Decreto, en su parte final, dice textualmente:

"Dado en Cartagena, a los veintiún días del mes de julio de mil novecientos cuarenta y dos." (Subraya la Corte).

d) Inexistencia de la infracción.

Para que la infracción imputada tuviera existencia legal, se requerirían dos elementos:

a) Que el Gobernador hubiera alterado la fecha verdadera del Decreto, y

b) Que la alteración se hubiera ejecutado mediante abuso de sus funciones.

El primer elemento —la alteración— no se realizó, si los documentos transcritos y la diligencia referida merecen credibilidad, como la merecen, ya que los primeros son auténticos, y la segunda se realizó de acuerdo con las normas del Capítulo II, Título V, Libro I del Código de Procedimiento Penal, y con la garantía del Presidente del honorable Tribunal de Cartagena y de los testigos actuarios, de reconocida honestidad, doctores Pupo Villa y Castillo Pineda.

El segundo elemento —el abuso de funciones— no podía haber existido si la alteración no se realizó, ya que para que haya abuso se requiere un hecho concreto que lo comprenda y de él se derive como consecuencia. Entre la alteración de la fecha y el abuso hay —en síntesis— una relación de causalidad que aquí no se ha probado, ni menos ha existido; y si no hubo alteración, menos abuso.

B) ABUSO DE AUTORIDAD

La infracción que parece imputar el Secretario de la Contraloría al Gobernador de Bolívar, se refiere al artículo 172 del Código Penal, ya que no se trata de comisión o incitación a cometer acto arbitrario o injusto contra una persona o propiedad, con ocasión o exceso de funciones.

El mencionado artículo 172 erige en delito la omisión, negativa o retardo, de acto a que el funcionario esté legalmente obligado, y a este delito —en relación con los cargos imputados al Gobernador— la Corte limita su estudio, ya que tales cargos no podrían considerarse incluídos en ninguna otra de las normas del Capítulo VI, Título III, Libro II, del Código Penal, referentes a delitos contra la Administración Pública, como el denunciante lo presume.

Como éste parece considerar como abuso de autoridad, en la modalidad del artículo 172 del Código Penal —único aplicable— el no haber expedido el decreto de liquidación del presupuesto antes del dos de julio de mil novecientos cuarenta y dos, la incorporación —en el decreto— de cargos creados y suprimidos y de créditos sancionados después del primero de julio, cargos todos éstos fundados en considerar el día acabado de mencionar como fecha verdadera del Decreto —dando fe a la equivocación del Oficial que escribió el oficio 3034 del 29 de julio— tales cargos han quedado integralmente desvirtuados con la prueba de que la fecha verdadera del Decreto es la del día veintiuno —y no la del primero— de julio, y dentro de esta realidad, el Gobernador estaba obligado a incluír en el presupuesto los cargos y créditos sancionados después del primero de julio.

En cuanto a la inclusión de cargos ya suprimidos y de asignaciones distintas a las fijadas por la Asamblea, el denunciante no concretó ni precisó cuáles son los suprimidos y cuáles los incluídos, ni cuáles las asignaciones verdaderas; y de las imputaciones de carácter general —como lo afirma el señor Procurador Delegado en lo Penal— no es posible deducir responsabilidad, si oportunamente no se han precisado. Respalda esta afirmación la doctrina de los artículos 10 y 14 del Código de Procedimiento Penal, según la cual el denuncio hecho por los funcionarios públicos se debe concretar a la infracción penal de que han tenido conocimiento, y el denuncio —en general— debe "contener una relación sucinta del suceso, con todos los pormenores que conozca el denunciante".

No solicitó —en el tiempo oportuno— el funcionario instructor ampliación del denuncio, ni el denunciante se preocupó de precisar las infracciones imputadas al Gobernador, seguramente porque treinta días después había dejado de existir el motivo político que lo indujera al denuncio, es decir, la presencia del doctor López en la Gobernación; y también porque si el señor Caballero conocía la legislación fiscal de su Departamento —lo que constituía, para él, obligación— tenía que saber que la Contraloría Departamental, si el decreto de liquidación del presupuesto no armonizaba con las decisiones de la Asamblea, existían otros medios legales, distintos de la acción penal, aptos para resolver las dificultades deducidas de la discrepancia entre el presupuesto y los actos de la Asamblea, entre ellos la acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa, más eficaz y razonable que la acción penal, si el denunciante obedecía más al deseo patriótico de la mejora administrativa —lo que era su deber— que a un sentimiento de hostilidad personal contra el doctor López Escauriaza.

Además, por la Resolución número 39 del día 7 de julio de 1942 —que el denunciante debió conocer— la Asamblea ordenó al Contralor contabilizar en sus libros la Ordenanza número 14 sobre presupuesto de rentas y apropiaciones, así como las que lo modificaran, y entre los considerandos de la Resolución se incluyeron éstos: que la Asamblea, si dio al Gobernador la facultad de liquidación, puede modificarla; que el presupuesto no comienza a ejecutarse con su liquidación sino con la percepción de sus rentas, bienes e impuestos y con la inversión de ellos; que como la liquidación sólo es necesaria cuando el proyecto de presupuesto del Gobernador modificare, y aquél fue aprobado tal como se presentó, no era necesaria la liquidación, y que tampoco lo era por cuanto los créditos y contracréditos ordenados por la Asamblea se hacen obligatorios mediante su incorporación en los libros de la Contraloría.

De lo anterior —que consta en el expediente— se concluye que, contabilizada en la Contraloría la Ordenanza número 14, aprobada el cinco de junio por el Gobernador, la misma Asamblea, legal o ilegalmente, eximió al Gobernador —mediante la Resolución número 39 del 7 de julio— de la obligación de liquidar el presupuesto dentro del término que le señalaban las normas legales; no obstante, el veintiuno de julio expidió el Decreto número 139 bis que, si contenía irregularidades —que no precisó el denunciante— éstas no constituyen infracción penal si carecen del dolo que el estatuto penal exige para dar a un hecho el carácter de infracción penal.

II.—LA CALIFICACION DEL SUMARIO

Los hechos que el Secretario de la Contraloría atribuyó o imputó al Gobernador de Bolívar no constituyen delitos; y si algo anómalo y censurable ha habido, sería el denuncio infundado del señor Caballero, quien —en aquella época— representaba el estado pasional colectivo producido por la efervescencia de la pugna política entre el Gobernador y la Asamblea.

En efecto, el contenido de la indagatoria del doctor López, los proyectos de ordenanzas de la Asamblea y las objeciones del Gobernador a tales proyectos, revelan y explican el origen del denuncio, y la existencia de dos fuerzas políticas, la una interesada en imposibilitar al Gobernador el ejercicio de sus funciones, y la otra en defender los intereses del Departamento.

Prueba de esto es la desconcertante afirmación del señor Caballero en su denuncio ante la Corte, quien —a pesar de su carácter de funcionario— prometía que no cumpliría el decreto de liquidación del presupuesto, a sabiendas de que las funciones del Contralor —conforme al artículo 221 del Código Fiscal de Bolívar— se concretan a llevar la contabilidad del Departamento, a fiscalizar la ejecución de los presupuestos departamentales y municipales, y también el uso que se haga de los fondos y bienes del Departamento y de los Municipios. Los hechos, pues, que el denunciante considera como falsedad en instrumentos públicos y abuso de autoridad, no tienen el carácter de tales.

* * *

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Penal, *decreta el sobreseimiento definitivo* a favor del doctor *Domingo López Escauriaza,* en su carácter de Gobernador de Bolívar, por los cargos de falsedad y abuso de autoridad que le imputó el Secretario de la Contraloría de aquel Departamento, señor Blasco Caballero Núñez.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Francisco Bruno, José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Demanda de revisión de un proceso.-Improcedencia de la solicitud de nulidad de un proceso en el recurso de revisión.-Naturaleza jurídica del recurso de revisión.

1.—Si los Conjueces no reúnen las condiciones que exigen la Constitución y las leyes para desempeñar la Magistratura, el nombramiento o elección de ellos puede ser acusado; pero al resolver sobre un recurso —ordinario o extraordinario— motivado por juicio en que los Conjueces actuaron, no es posible partir de la base de que fueron nulas aquellas elecciones de Conjueces. Y aun en el caso de que esta Sala considerara que se reemplazó indebidamente a un Conjuez o que la formación de una lista de Conjueces fue nula, no por ello estaría autorizada la Corte para declarar nulas también las actuaciones de los Conjueces. Por otra parte, la cuestión de nulidad del procedimiento, que en el recurso de casación se halla establecido como una de las causales, resulta exótica en el de revisión, y no está erigida por la ley como causal de este último recurso.

La carencia por parte del Juez de las calidades que la ley exige en él y, con mayor razón, su carencia de versación en las ciencias del Derecho, no pueden servir de base para la revisión de un proceso, pues de lo contrario todo el que resultara perjudicado con un fallo judicial pretendería hacerlo revisar, atribuyéndolo a ineptitud del Juez o Tribunal sentenciador.

2.—Al decir la ley que hay lugar al recurso de revisión "cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquiera otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo" (numeral 3º del artículo 571, Código de Procedimiento Penal), no se quiso significar que para decretar la revisión basta hacer nuevos argumentos —aun suponiéndolos muy lógicos— sino que es necesario presentar prueba que "demuestre que es falso algún testimonio, peritazgo, documento", etc., de aquellos que pudieron determinar el fallo respectivo. Para hacer viable un recurso de revisión, o sea para obtener que la Corte ordene surtir de nuevo un juicio fenecido ya, no basta suscitar duda, por grave que ella pueda ser, sobre el valor de las pruebas que fueron debatidas en aquel juicio, o sobre los posibles errores de apreciación en que el sentenciador incurriera. El recurso de revisión no tiene por objeto hacer que la Corte estudie de nuevo cada una de las pruebas del juicio que se pretende revisar, ni que haga un nuevo análisis sobre el valor de cada testimonio y sobre los motivos de credibilidad o de sospecha que abonen o desvirtúen la fuerza del testimonio; así como tampoco puede prosperar la revisión por la sola circunstancia de que la Corte halle contradicciones entre unos testigos y otros o aun entre dos testimonios de un mismo declarante. Todo eso debió ser apreciado en el juicio y la mala apreciación hecha allí no la puede subsanar la Corte.

3.—Por la simple lectura de la causal 3ª se ve claro que la ley no autoriza a la Corte para que examine en general motivos o circunstancias que hayan podido determinar el fallo o sentencia sino que circunscribe la contemplación de esa propiedad determinadora a la que puedan haber tenido pruebas del proceso de cuya revisión se trata y que luégo resulten ser falsas. La casación se interpone y sostiene contra la sentencia; es una contienda entre ésta y la ley que se dice mal aplicada. El recurso de revisión no tiene por objeto confrontar la sentencia con la ley; en ese recurso el ataque es más a fondo, pues no va simplemente contra la sentencia sino contra todo el proceso. En casación se revisa la sentencia para saber si está de acuerdo con la ley y con los hechos; en el recurso de revisión no se trata simplemente de reponer la sentencia sino el proceso mismo. La presunción relativa a la cosa juzgada, la estabilidad de los fallos judiciales, quedarían minados por su base si tiempo después de concluído definitivamente un proceso por sentencia ejecutoriada, se hiciese posible abrir de nuevo el estudio de la misma sentencia para analizar los móviles, extraños al proceso, que en el juzgador pudieron influír para dictarla. Y por otra parte, si aquellos móviles del juzgador fueron torcidos o delictuosos, la lógica impondría que la comprobación del prevaricato —en juicio contra el Juez o Magistrado prevaricador— anteceda a la revisión que se pide por causa de dolo en el Juez fallador.

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

(Magistrado Ponente, Dr. José Antonio Montalvo).

Vistos:

El doctor Manuel Rodríguez Díaz, como apoderado de Salvador Vanegas, presentó a la Corte una demanda de revisión "de la sentencia ejecutoriada proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en la causa que se adelantó en el Juzgado 1º del Circuito Penal de Neiva contra Gonzalo y Salvador Vanegas por sustracción de documento privado tomado de una oficina pública, sentencia que está fechada el veinticuatro de mayo de mil novecientos treinta y nueve y mediante la cual se condenó a los encausados a la pena principal de dos años de presidio....."

Con la demanda se acompañó copia de las sentencias de primera y segunda instancia proferidas en el juicio contra los Vanegas; y de los Acuerdos del Tribunal Superior de Neiva por medio de los cuales dicha entidad designó Conjueces en los años de mil novecientos treinta y siete y mil novecientos treinta y nueve; certificación expedida por el Presidente del Tribunal Superior de Neiva sobre el hecho de que en el proceso de los Vanegas actuaron como Conjueces los señores Guillermo Durán Ortega y César Penagos; y declaración de este último, en la cual dijo que no ha ejercido la profesión de abogado aunque sí ha desempeñado empleos en el ramo Judicial como Secretario de Juzgados y Juez interino.

Admitida la demanda por la Corte y abierto a pruebas el negocio, se practicaron las que el interesado pidió, y así se allegaron a los autos:

a) Certificados de las diferentes Facultades de Derecho que funcionan en el país, de los cuales resulta que los señores Guillermo Durán Ortega y César Penagos, Conjueces del Tribunal Superior de Neiva en la causa contra los Vanegas, no han recibido el título de doctor, en ninguna de ellas;

b) Certificados de Tribunales Superiores, tendientes a establecer que aquellos Conjueces no han sido recibidos como abogados;

c) Declaración jurada de esos mismos señores Conjueces sobre su carencia de títulos e inscripción de abogados. El señor Durán Ortega expresa en su declaración que él ha ejercido la abogacía y que durante diez años desempeñó el cargo de Juez;

d) Copias de un juicio civil, en el cual se cobraba a los Vanegas la acreencia que se dice constaba en el documento sobre cuyo extravío versó el juicio criminal materia de esta revisión: sentencias de primera y de segunda instancia dictadas en ese juicio y declaraciones de testigos;

e) Partidas de estado civil para establecer que entre dos de los Magistrados del Tribunal Superior de Neiva, los doctores Luis R. Moncaleano y Efraím Rojas Trujillo, existe cierto nexo de familia: (el último de ellos no formó parte de la Sala falladora en el juicio contra los Vanegas y fue reemplazado por un Conjuez).

* * *

Los motivos de revisión propuestos por el demandante son cinco, a saber:

1º Las relaciones de concuñados entre el Magistrado doctor Luis R. Moncaleano y el doctor Efraím Rojas Trujillo, ex-abogado de la contraparte de los Vanegas, determinaron una serie de maniobras en el proceso seguido a éstos, maniobras consistentes en buscar Conjueces *ad-hoc* e ignorantes y en "otras modalidades en el proceso, ilegales e inmorales", con lo cual el Magistrado Moncaleano "orientó la condena de los Vanegas". Y "las actividades delictuosas de los dos Magistrados y de uno de los Conjueces fueron la causa determinante de la condena de los Vanegas, pues mediante ellas se estimó como prueba suficiente para condenar a los acusados testimonios falsos, dejando de apreciarse los dichos y hechos jurídicos demostrativos de la inocencia de los ajusticiados";

2º Falsedad de los testimonios que sirvieron para condenar a los Vanegas, falsedad que no se apreció en el juicio penal contra éstos, ya por el interés del Magistrado Moncaleano en favor de su concuñado Efraím Rojas Trujillo, ex-abogado contraparte de los Vanegas, ya también por la incompetencia de los Conjueces;

3º Haberse pronunciado sobre el asunto dos sentencias contradictorias: la del juicio civil que absolvió a los Vanegas de pagar la deuda, y la del juicio penal que los condenó por el cargo de haberse sustraído de un Juzgado el documento en que constaba tal deuda;

4º Haberse pronunciado la sentencia penal condenatoria por un Tribunal en que "no se encarnó" la jurisdicción, porque estaba integrado o completado por dos Conjueces carentes de las condiciones requeridas para el desempeño de ese cargo;

5º En el proceso no se observaron las formalidades necesarias para fallar en el fondo y si se pretermitieron "todas las normas legales que

deben orientar el procedimiento", contrariando así el mandato del artículo 22 de la Constitución, de manera que el fallo es ineficaz y "debe invalidarse".

Agotado el término probatorio, pasó el expediente al señor Procurador de la Nación, quien se opone a que la Corte decrete la revisión pedida.

La Corte procede a examinar los cinco puntos propuestos por el recurrente como motivos de revisión, en el orden de intensidad de ellos, que viene a ser inverso al que se adoptó en la demanda.

Motivo 5º—En el proceso no se observaron las formalidades necesarias para fallar en el fondo y sí se pretermitieron "todas las normas legales que deben orientar el procedimiento", contra lo que manda el artículo 22 de la Constitución. La demanda funda este aserto en el hecho de haber actuado en el proceso, como Conjueces del Tribunal, personas que no poseían las calidades que el ejercicio de la Magistratura exige; en que se reemplazó arbitrariamente a un Conjuez; en que para ordenar un sorteo de Conjuez actuó el Magistrado doctor Rojas Trujillo, quien estaba impedido para cualquiera actuación por haber sido abogado de la contraparte de los Vanegas; y en que uno de los Conjueces había recibido dinero de la acusación.

Sobre este argumento de revisión considera la Corte:

Quienes actuaron como Conjueces en reemplazo de Magistrados del Tribunal Superior de Neiva en la causa cuya revisión se pide no fueron buscados *ad-hoc* o a última hora, según se sugiere en algunos pasajes del alegato. La misma parte recurrente trajo a la Corte copia de los Acuerdos por medio de los cuales dicho Tribunal ha elegido Conjueces a los señores Guillermo Durán Ortega y César Penagos en tres períodos sucesivos. Si los Conjueces no reunían las condiciones que exigen la Constitución y las leyes para desempeñar la Magistratura, el nombramiento o elección de ellos pudo ser acusado a su tiempo; pero al resolver sobre un recurso —ordinario o extraordinario— motivado por juicio en que los Conjueces actuaron, no es posible partir de la base de que fueron nulas aquellas elecciones de Conjueces.

Y aun en el caso de que esta Sala considerara que se reemplazó indebidamente a un Conjuez o que la formación de una lista de Conjueces fue nula, no por ello estaría autorizada la Corte para declarar nulas también las actuaciones de los Conjueces.

Por otra parte, la cuestión de nulidad del procedimiento, que en el recurso de casación se halla establecido como una de las causales, resulta exótica en el de revisión y no está erigida por la ley como causal de este último recurso.

Exagera el demandante, o desfigura un hecho al afirmar que uno de los Conjueces había recibido dinero de la parte acusadora. Quien lea la afirmación escueta imagina que se trata de formular el cargo de cohecho y que se atribuye a efecto del soborno la condenación de los Vanegas. Pues bien: lo que ocurre, según se ve en el documento visible a folio 244 (cuaderno 1º) del proceso contra los Vanegas es que el señor Guillermo Durán Ortega fue perito avaluador de perjuicios junto con el doctor Roberto Caycedo y don Mario Cucalón; y que por la prestación de ese servicio —como es uso corriente y aun ordenado por la ley— se les pagaron sus honorarios a los tres peritos: veinte pesos ($ 20.00) a cada uno. Imposible, aun con el más severo puritanismo, considerar esa actuación desprevenida de perito como un anticipado soborno; gratuito suponer que la prestación de ese ocasional y transitorio servicio, requerido por la administración de justicia, origine un vínculo de colusión para la imprevista eventualidad de que el perito haya de ser más tarde Conjuez. Y aun admitido lo contrario, ocurre preguntar: cuando el juicio contra los Vanegas fue al Tribunal, ¿no sabían ellos que Durán Ortega había sido perito avaluador de perjuicios en ese proceso? ¿Por qué no lo recusaron? ¿Se trata de un hecho "no conocido al tiempo de los debates" y de la sentencia?

De todas maneras, este hecho no es causal de revisión según la ley, y sobre él no puede prosperar el recurso.

Motivo 4º de revisión alegado: la sentencia condenatoria de los Vanegas fue pronunciada por una Sala falladora *ad-hoc*, porque en los Conjueces, dada la carencia en ellos de las calidades legales para serlo "no se encarnó la jurisdicción".

Sobre este punto considera la Sala:

No ha demostrado el recurrente que sólo para que figurasen en el proceso de los Vanegas se hubieran incluido los nombres de los señores César Penagos y Guillermo Ortega en la lista de Conjueces; por el contrario, el mismo recurrente trajo la prueba de que dichos señores han sido Conjueces designados por el Tribunal Superior de Neiva en no menos de tres períodos sucesivos: de 1935 a 1937, de 1937 a 1939 y de 1939 a 1941.

Tampoco se ha tratado de establecer que hubo trampa o fraude en los sorteos a fin de que salieran favorecidos los nombres de dichos señores y no los de otras personas que también figuraban en la lista de Conjueces.

No puede, según esto, concluirse que la Sala del Tribunal hubiese sido integrada *ad-hoc*. Y la circunstancia de que los Conjueces, o al menos uno de ellos, no reuniesen todas las calidades

que la ley exige para el desempeño de ese cargo, a lo más serviría, como se dijo a propósito del punto anterior, para acusar la elección de Conjueces por nulidad; pero aun la declaratoria de nulidad que pudiese sobrevenir no podría acarrear anulación de los procesos en que como Conjueces hayan actuado aquellos ciudadanos.

A propósito del motivo 5º, examinado con anterioridad a éste, se vio cómo en un recurso de revisión es improcedente la solicitud o idea de que se declare nulo el juicio ya fenecido y cuya revisión se persigue.

De todo lo cual se deduce que por este otro motivo o aspecto tampoco puede prosperar el recurso de revisión intentado.

Conviene consignar aquí una observación que es aplicable a los dos motivos 4º y 5º de revisión alegados, a saber: entre las cinco causales que de modo taxativo establece el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal para el recurso de revisión no hay ninguna que contemple las circunstancias propuestas por el recurrente como motivos 4º y 5º

La carencia por parte del Juez de las calidades que la ley exige en él; y, con mayor razón, su carencia de versación en las ciencias del Derecho, no pueden servir de base para la revisión de un proceso, pues de lo contrario todo el que resultara perjudicado con un fallo judicial pretendería hacerlo revisar, atribuyéndole a ineptitud del Juez o Tribunal sentenciador.

Tercer motivo de revisión: haberse proferido sobre el mismo asunto dos sentencias que resultan opuestas, ya que la absolutoria del juicio civil consideró falsos los mismos testimonios en que luégo se fundó la sentencia condenatoria en el juicio penal.

Sobre este particular se considera:

Dice el artículo 571, Código de Procedimiento Penal, que en esta materia hay lugar a recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas, "1º, cuando en virtud de sentencias contradictorias estén cumpliendo condena dos o más personas por un mismo delito que no haya podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas".

El señor Procurador Delegado, después de transcribir la disposición que se acaba de citar y copiar, dice así para contestar al recurrente:

"Bastaría leer la disposición legal que se deja copiada y los párrafos de la demanda transcritos para concluír que es impertinente el motivo de revisión que se alega, puesto que la ley exige contradicción entre dos sentencias de índole penal, ambas condenatorias, y en virtud de las cuales estén cumpliendo pena dos o más personas por un mismo delito que no haya podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas. Y el señor recurrente lo que pretende afirmar es que la sentencia penal está en contradicción con un fallo civil.

"Pero para mayor abundamiento se puede agregar que la contradicción de que habla el Código no se refiere tampoco, aun tratándose de sentencias penales, a la diversidad de criterios para apreciar algunas pruebas, sino a la contraposición en las decisiones, o a la circunstancia de que los hechos establecidos como fundamento de la condena sean inconciliables con los aceptados en la otra sentencia condenatoria.

"Además, no siempre que haya contradicción entre sentencias penales es viable la revisión, sino únicamente en la hipótesis contemplada por el ordinal que se estudia".

"..... ....

"Por último, la supuesta contradicción entre las sentencias no pasa de ser una opinión del demandante.

"En sede civil se discutió la obligación de Salvador Vanegas de pagar a Bonifacio Gaitán la cantidad de $ 3.500.00 con sus intereses, y en ese litigio fue absuelto de esa carga civil el demandado Vanegas, no obstante que los falladores dieron por aceptada la pérdida del documento en que constaba la obligación; pero no accedieron a las pretensiones del acreedor-demandante por no hallar comprobada la autenticidad del documento, justamente por falta del reconocimiento por parte del deudor.

"En la sentencia de la Sala de Casación en lo Civil, redactada por el Magistrado doctor Miguel Moreno Jaramillo y que está publicada en la *Gaceta Judicial* correspondiente a los números 1909 y 1910, Tomo XLIII, se lee lo siguiente:

'Acepta el Tribunal que hubo un escrito en que aparecían Vanegas como deudor y Avilés como acreedor. Después de éste, su cesionario Gaitán. Y aunque admite esa existencia y esa desaparición, absuelve al supuesto deudor porque no cree jurídico condenarlo sin la prueba de que el documento perdido emanó efectivamente de él.

'Es posible que en el ánimo del Tribunal influyera el hecho de no haber hallado en los autos prueba oral de la obligación contraída por Vanegas en favor de Avilés, ya que el papel perdido no era fuente de obligaciones sino prueba literal de la que existiese contra el supuesto deudor y a favor del supuesto acreedor. Pero aun sin tener en cuenta dicha circunstancia, el fallador hizo diferencia entre los hechos de existir y perderse luégo un documento, verdadero o falso, y el de que ese escrito demostrara sin lugar a duda la existencia de una obligación a cargo de quien figuraba como otorgante.

'El actor no pide se haga la declaración de que el documento existió primero y dejó de exis-

tir después por acto delictuoso del supuesto obligado. No. El pide se declare que Vanegas le debe $ 3.500.00 en oro colombiano. Al Tribunal no se le comprobó con testigos la existencia de la obligación, es decir, que Vanegas se obligara por $ 3.500.00 en favor de Avilés, mediante instrumento cedido por éste a Gaitán y desaparecido luégo. La prueba no vino a los autos. El Tribunal, sin negar que hubo un documento cuyo texto era favorable a Avilés y contrario a Vanegas, no se atreve a condenar a éste como deudor de aquél o de su cesionario Gaitán. Bien se comprende que el Tribunal advirtió la gravedad de ese paso y se dio cuenta de que si la existencia de un documento contra determinada persona y su desaparición por cualquiera causa, dando entrada a la prueba testimonial, demostrara obligaciones contra la persona que en el papel perdido figuraba como deudor, la regla de prueba literal se trocaría en la excepción de la prueba testimonial, y los patrimonios quedarían a merced del dicho de testigos a quienes les bastaría forjar documentos con el propósito de obtener luégo testimonios sobre su contenido y su pérdida, para que los Jueces dedujeran obligaciones contra el imaginado deudor.

'En el proceso quizá haya algunos datos sobre la fuente misma de la obligación, pero no es el caso de estudiar este punto de índole probatoria en el presente juicio ordinario, porque no fue materia del recurso. Por la misma razón tampoco se considera si el Tribunal, en este juicio que es ordinario y no ejecutivo, debió admitir que la prueba testimonial sobre la preexistencia y pérdida del escrito, reemplazando al documento desaparecido, es decir, probando la prueba, obligaba al demandado a demostrar que el documento fue falsificado o que la obligación adoleció de nulidad o estaba ya solucionada. Compréndese que el recurrente no dio importancia a aquellos datos y que en la repulsa del demandado vio un obstáculo para sostener el reconocimiento tácito de la obligación o el de su prueba inicial y literal.'

"En aquella misma sentencia declaró la Corte que no advertía 'error manifiesto del Tribunal en la apreciación de las pruebas que lo llevaron a no admitir la autenticidad del documento atribuído a Vanegas' y decidió no casar la sentencia recurrida.

"En la sede penal se dilucidó y falló sobre un punto distinto, a saber: el hecho delictuoso cometido por los hermanos Vanegas de haberse sustraído el documento del Juzgado Municipal de Baraya, cuando se iniciaba la diligencia de reconocimiento, y la consecuencial resultante de ese hecho, o sea la responsabilidad penal de los autores del delito.

"¿En dónde está la contradicción?"

Lo dicho por el señor Procurador sobre este pretendido motivo de revisión basta y sobra para demostrar que no es pertinente en manera alguna, de suerte que por la causal 1ª del artículo 671 tampoco puede prosperar el recurso.

Motivo 2º de revisión. La falsedad de los testimonios tenidos como prueba para condenar a los Vanegas, falsedad que en la sentencia del Tribunal no se apreció debido al interés del Magistrado doctor Moncaleano y a la incompetencia de los Conjueces, quienes no son abogados e ignoran la ciencia del Derecho.

La Sala procede a examinar por separado los tres aspectos por los cuales se propone este motivo de revisión.

a) Acerca de la carencia de versación en ciencias jurídicas por parte de los Conjueces que actuaron en el proceso seguido a los Vanegas, parece innecesario repetir lo dicho a propósito de los puntos o motivos 5º y 4º de revisión.

b) Sobre el interés que hubiese guiado al Magistrado doctor Moncaleano se tratará a propósito del motivo de revisión propuesto como principal o en primer término.

c) Sobre la falsedad de los testimonios que se tuvieron como pruebas para condenar a los Vanegas, se considera:

Diez y seis páginas de las veintiocho que ocupa el alegato del apoderado doctor Rodríguez Díaz, están dedicadas a la crítica de los testimonios en los cuales se basó la condenación de los Vanegas.

No desconoce la Corte el meritorio esfuerzo del señor apoderado al realizar un penetrante análisis del acervo probatorio que obró en el proceso.

Con innegable habilidad anota el doctor Rodríguez Díaz discrepancias graves entre diferentes declaraciones y aun entre varias de un mismo testigo; recuerda cómo otro afirma que se le ofreció una pequeña cantidad de dinero para que rindiera testimonio en contra de los Vanegas; llama la atención hacia el hecho de que el supuesto titular del documento por el extravío del cual se condenó a los Vanegas, niegue como niega la existencia de tal documento y el haberlo endosado a quien luégo apareció cobrando el respectivo crédito.

Verdad es que entreveradas con tan interesantes observaciones aparecen otras que carecen de fundamento serio.

Se afirma, por ejemplo, que los señores Mario Borrero y Alfonso González, quienes declararon como Juez y Secretario, a raíz de la pérdida del documento que debía reconocer ante ellos Salvador Vanegas, no eran tales Juez ni Secretario; y para probar ese aserto se aducen documentos de los cuales resulta que en otra fecha desempeñaban los precitados cargos, como si los dos hechos se excluyeran recíprocamente.

Se arguye que según el testigo Pedro Tafur, el Juez ante quien se pidió que Vanegas reconociera su firma en el documento ordenó devolver el memorial por falta de autenticación, de suerte que mal podía Vanegas sustraerse un documento que por aquel proveído del Juez debía haber vuelto a manos del que lo presentó. Carece de seriedad ese argumento porque no consta de manera fehaciente que el Juez hubiese exigido la autenticación del memorial; y porque, dando por sabido que sí la ordenara, cumplida tal formalidad el documento debía hallarse de nuevo en el Juzgado para la diligencia de reconocimiento.

No obstante lo fallido de éstos y de otros argumentos, preciso es reconocer que el extenso y laborioso trabajo del doctor Rodríguez Díaz sobre las pruebas de cargo creadas contra los Vanegas en el proceso que culminó con sentencia condenatoria, es un estudio que suscita dudas en el ánimo sobre el caso de que se trató en aquel juicio.

¿Se equivocó el Juez de primera instancia al absolver a los Vanegas? ¿El equivocado fue el Tribunal que los condenó?

Pero como la inestabilidad de los fallos judiciales sería un motivo de perturbación social mayor acaso que los delitos mismos, el legislador y la doctrina han establecido la presunción de acierto por parte del Juez cuando su sentencia se halla ejecutoriada.

Al decir la ley que hay lugar al recurso de revisión "cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquiera otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo" (numeral 3º del artículo 571, Código de Procedimiento Penal), no se quiso significar que para decretar la revisión basta hacer nuevos argumentos —aun suponiéndolos muy lógicos— sino que es necesario presentar prueba que "demuestre que es falso algún testimonio, peritazgo, documento", etc., de aquellos que pudieron determinar el fallo respectivo.

Las densas y dilatadas exposiciones presentadas a la Corte por el apoderado del recurrente contienen, como se ha explicado, algunos argumentos que no resistirían un examen a fondo; y otros, en cambio, cuya fuerza lógica es impresionante.

Pero aun sobre estos últimos no podría fundarse un decreto de revisión del proceso porque apenas son el razonamiento supletorio del debate judicial que ya se surtió; son consideraciones que pudieron o debieron hacerse dentro del juicio, pues no se fundan en nuevos elementos sino en los mismos que tuvieron los juzgadores; puntos discutibles, desde luégo que apreciados con diferentes criterios dieron base al Juez de primera instancia para absolver, y al Tribunal de segunda instancia para condenar.

El recurrente ha presentado razones contra la credibilidad de algunos testimonios, por sus contradicciones y otros motivos de falla; pero no adujo a la Corte pruebas posteriores a la sentencia que demuestren la falsedad de los que obraron en el juicio.

Para hacer viable un recurso de revisión, o sea, para obtener que la Corte ordene surtir de nuevo un juicio fenecido ya, no basta suscitar duda, por grave que ella pueda ser, sobre el valor de las pruebas que fueron debatidas en aquel juicio, o sobre los posibles errores de apreciación en que el sentenciador incurriera.

El recurso de revisión no tiene por objeto hacer que la Corte estudie de nuevo cada una de las pruebas del juicio que se pretende revisar, ni que haga un nuevo análisis sobre el valor de cada testimonio y sobre los motivos de credibilidad o de sospecha que abonen o desvirtúen la fuerza del testimonio; así como tampoco puede prosperar la revisión por la sola circunstancia de que la Corte halle contradicciones entre unos testigos y otros o aun entre dos testimonios de un mismo declarante. Todo eso debió ser apreciado en el juicio y la mala apreciación hecha allí no la puede subsanar la Corte.

* * *

Primer motivo de revisión propuesto por el recurrente.

Alega el apoderado doctor Rodríguez Díaz que el fallo condenatorio contra los Vanegas, fundado en una injurídica apreciación de pruebas carentes de valor, fue determinado por estas circunstancias:

a) La de ser Magistrado del Tribunal sentenciador el doctor Efraím Rojas Trujillo, quien había sido apoderado de la parte contraria a los Vanegas, pues aun cuando dicho Magistrado se declaró impedido para conocer del asunto, influyó e intervino en contra de los recurrentes;

b) La de ser otro de los Magistrados, el doctor Luis R. Moncaleano, quien sí actuó como tal, concuñado del doctor Rojas Trujillo: esta relación de familia "orientó", en sentir del recurrente, el proceso de los Vanegas hacia la condenación de éstos, pues el interés del doctor Rojas Trujillo y el del doctor Moncaleano determinaron "otras modalidades en el proceso, ilegales e inmorales", al decir del apoderado;

c) Entre esos dos Magistrados, Rojas que se declaró impedido, y Moncaleano, su concuñado, quien sí actuó oficialmente, se fraguó la constitución de una Sala *ad-hoc*, integrada por el Magistrado doctor Moncaleano y por dos Conjueces no versados en la ciencia del Derecho, uno de los cuales había recibido dinero de la parte acusadora; y

d) Las actividades delictuosas de aquellos dos Magistrados y de los Conjueces (uno de éstos al

menos), "fueron la causa determinante de la condena de los Vanegas, pues mediante ellas se estimó como prueba suficiente para condenar a los acusados testimonios falsos, dejando de apreciar los dichos y hechos jurídicos demostrativos de la inocencia de los ajusticiados".

Como se ve, en este *motivo* de revisión quedan englobados los demás que propone y sobre los cuales alega el recurrente.

Ya se dijo, a propósito del motivo 4º de revisión, cómo no es posible dar por demostrada la afirmación de que la Sala falladora se hubiese constituido *ad-hoc*, pues no hay prueba de que para hacer intervenir como Conjueces a los señores César Penagos y Guillermo Ortega se hubiese empleado artimaña o ardid en los respectivos sorteos.

En cuanto a los vínculos de familia entre el Magistrado doctor Moncaleano, que actuó como tál en el proceso, y el Magistrado doctor Rojas Trujillo, quien se declaró impedido, sí es un hecho demostrado por el recurrente. Preciso es aceptar que resulta inconveniente en sumo grado y por varios aspectos que de un Tribunal de Justicia sean miembros al mismo tiempo personas ligadas entre si por vínculos de familia.

Mas, en el caso concreto de que ahora se trata, si bien el Magistrado Rojas Trujillo estaba impedido para conocer del proceso, y así lo declaró él mismo y por ello se sorteó Conjuez que lo reemplazara, el interés profesional que él podía tener en el asunto, como antiguo apoderado de la parte contraria a los Vanegas, era un interés indirecto; y aun suponiéndolo directo, verbi gracia, por razón de honorarios profesionales, lo cual no está probado ni siquiera sugerido, sería un interés por negocio ajeno.

En tales circunstancias resulta problemático que el Magistrado doctor Moncaleano tuviese contra los Vanegas un interés criminoso (cual supone el prevaricato), por cuanto su concuñado doctor Rojas Trujillo había tenido a su vez la actuación de abogado, en tiempo anterior, de la contraparte de dichos señores. Esto se resolvería en un concepto que es ya bastante sutil: tener interés en favor de una persona que está interesada en contra de una tercera.

Ahora, otro aspecto de la cuestión: refiriéndose a los vínculos de los dos Magistrados entre sí y a las maquinaciones que dice haber empleado ellos para integrar una Sala *ad-hoc*, el recurrente emplea a menudo la frase de que tales circunstancias "fueron la causa determinante de la condena de los Vanegas".

Esta frase es semejante a la que emplea el Código respecto de la causal 3ª de revisión, que dice:

"Cuando alguno esté cumpliendo condena y se demostrare que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase *que haya podido determinar* el fallo respectivo" (subraya la Corte).

Ningún otro de los numerales del artículo 571 del Código de Procedimiento contempla esa modalidad de algo "que haya podido determinar" el fallo cuya revisión se pida.

Y se ve claro, por la simple lectura de la causal 3ª, que la ley no autoriza a la Corte para que examine en general motivos o circunstancias *que hayan podido determinar el fallo o sentencia* sino que circunscribe la contemplación de esa propiedad determinadora a la que puedan haber tenido pruebas del proceso de cuya revisión se trata, que luégo resulten ser falsas.

Verdad es que el artículo 571 del precitado Código empieza diciendo que en materia penal hay lugar a recurso de revisión "contra las sentencias ejecutoriadas.....", pero esta frase no traduce con exactitud la idea de lo que es tal recurso. La casación se interpone y sostiene contra la sentencia: es una contienda entre ésta y la ley que se dice mal aplicada. El recurso de revisión no tiene por objeto confrontar la sentencia con la ley; en ese recurso el ataque es más a fondo, pues no va simplemente contra la sentencia sino contra todo el proceso. En casación se revisa la sentencia para saber si está de acuerdo con la ley y con los hechos; en el recurso de revisión no se trata simplemente de reponer la sentencia sino el proceso mismo.

La presunción relativa a la cosa juzgada, la estabilidad de los fallos judiciales, quedarían minados por su base si tiempo después de concluído definitivamente un proceso por sentencia ejecutoriada, se hiciese posible abrir de nuevo el estudio de la misma sentencia para analizar los móviles, extraños al proceso, que en el juzgador pudieron influir para dictarla.

Y por otra parte, si aquellos móviles del juzgador fueron torcidos o delictuosos, la lógica impondría que la comprobación del prevaricato —en juicio contra el Juez o Magistrado prevaricador— anteceda a la revisión que se pide por causa de dolo en el Juez fallador.

Arriba quedó ya dilucidado el motivo 2º de revisión propuesto por el recurrente, a saber: falsedad de los testimonios que sirvieron de base al Tribunal para proferir su sentencia condenatoria, falsedad que en la sentencia no se apreció debido a la falta de versación de los Conjueces en la ciencia del Derecho y al interés del Magistrado doctor Moncaleano por su pariente doctor Rojas Trujillo (Magistrado que no actuó).

En la parte del presente fallo sobre ese motivo de revisión (causal 3ª), falsedad de alguna prueba "que haya podido determinar el fallo respectivo", se vio cómo la *demostración* de aquella falsedad no se ha tratado de hacer por medio de pruebas posteriores al juicio sino por medio de

argumentos que no demuestran, propiamente hablando, falsedad de las declaraciones sino más bien posible invalidez de ellas, que no es igual. Y se explicó que ese punto —crítica del testimonio y análisis de las pruebas en general— no es materia del recurso de revisión y que lo fue o debió serlo del debate surtido en las instancias del proceso ya fenecido.

De lo expuesto sobre este primero y global motivo de revisión se infiere:

a) Que no se probaron en este recurso de revisión las maquinaciones de los Magistrados Rojas Trujillo y Moncaleano para formar una Sala mediante el concurso de Conjueces puestos *ad-hoc;*

b) Que no se ha probado tampoco la presión, actuación, sugestión, etc., del Magistrado Moncaleano sobre aquellos Conjueces para inducirlos a dar fallo contra los Vanegas;

c) Que el interés de dicho Magistrado en contra de estos procesados tampoco resulta comprobado, pues el parentesco de afinidad con el Magistrado Rojas Trujillo (quien se separó del conocimiento), es un interés indirecto motivado por otro interés indirecto cuya prueba resultaría de una triple deducción:

1) El Magistrado doctor Rojas Trujillo fue abogado contra los Vanegas en un juicio, de manera que después, como Magistrado, *debió* de continuar interesándose en contra de ellos;

2) Si Rojas Trujillo tenía interés en contra de los Vanegas, el Magistrado doctor Moncaleano, por ser concuñado del doctor Rojas Trujillo, *debió* de compartir ese interés;

3) Luego el Magistrado doctor Moncaleano, al fallar contra los Vanegas *debió* de hacerlo movido por ese interés.

Y esa cadena de deducciones, o más bien de meras posibilidades, se basa o desprende de la tesis de que a los Vanegas se los condenó sobre unas declaraciones que el recurrente denomina "falsas", pero que apenas y en gracia de discusión podrían considerarse *inválidas*, pues no se adujeron pruebas sobre la falsedad sino argumentos para hacer la crítica de ellas.

Conclusión: por el primer motivo tampoco resulta viable este recurso de revisión.

Antes de dar por terminada esta parte motiva de su fallo quiere la Corte llamar la atención hacia esta sugestiva circunstancia:

Es verdad que el Juez de primera instancia absolvió a los procesados y que el Tribunal fue quien los condenó. Pero no debe olvidarse que en cuanto al enjuiciamiento no hubo discrepancia entre los juzgadores de primera y de segunda instancia; y que estos últimos, o sea los Magistrados que integraban el Tribunal Superior que confirmó el auto de proceder fueron los doctores Abel Ramírez, Rafael A. Cuervo y Rafael Leyva Charry, contra quienes el recurrente no desliza la menor sugerencia y cuya probidad y versación jurídicas son reconocidas.

Tanto el Juez doctor Alberto López Herrera (Magistrado más tarde) como los Magistrados que se acaban de citar encontraron prueba suficiente de los hechos imputados a los señores Vanegas, sin que ello pueda atribuírse a maquinaciones o maniobras maliciosas dentro del Tribunal.

Por otra parte, fue muy amplio el debate y en él estuvieron asistidos los procesados por un defensor de la talla del doctor Alfonso Medina, quien alegó extensa y lúcidamente tanto en la apelación contra el auto de proceder como en el último trance o episodio del proceso y produjo abundantes pruebas.

En otra página ha dicho la Sala que ella no desecha la posibilidad —mera posibilidad— de error judicial en el proceso de que se trata. Pero de esa simple posibilidad no es dable inferir que efectivamente hubo tal error ni, menos, que él se debiera a dolosas maniobras de un Magistrado, siendo así que otros Magistrados de insospechable desinterés en tiempo anterior, se habían formado un juicio adverso también a los Vanegas sobre la responsabilidad de éstos en la sustracción del documento.

A mérito de los prolongados considerandos que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y adminintrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *niega* la revisión del proceso que se siguió ante el Juzgado tercero del Circuito y el Tribunal Superior de Neiva, en el cual fueron sentenciados Salvador y Gonzalo Vanegas a la pena principal de dos años de presidio por sustracción de un documento tomado de una oficina pública.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente, por conducto del respectivo Tribunal Superior, al Juzgado de origen. Este fallo se insertará en la *Gaceta Judicial.*

José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre, Francisco Bruno.—Julio E. Argüello R., Secretario.

La errada aplicación de la ley penal no funda el recurso extraordinario de revisión.

I.—Es peculado, y no abuso de confianza, la infracción cometida por Oficiales de Cuerpos armados que, en virtud de "órdenes del día" emitidas por los Comandos, descuentan a las tropas las sumas fijadas para la formación de cajas de ahorros, y en provecho propio las invierten.

II.—La infracción acabada de anotar, cometida por Oficiales militares y por causa del servicio, es de carácter militar, y no es juzgable por las autoridades judiciales ordinarias.

III.—La errada aplicación de la ley penal, en cuanto a la clasificación del delito y la competencia, no funda el recurso extraordinario de revisión.

IV.—El hecho nuevo o la prueba nueva, no conocidos al tiempo de los debates, que fundan la revisión de sentencias ejecutoriadas, no son aquellos que atenúan la responsabilidad, sino los que establecen la inocencia o la irresponsabilidad o son indicios graves de éstas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, noviembre diez y seis de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado Ponente, Dr. Francisco Bruno).

El ex-Teniente Dionisio Londoño y Londoño, Comandante de la 1ª Compañía del Batallón de Ingenieros *Garavito,* acantonado en Neiva en mil novecientos treinta y nueve, propuso —ante la Corte— recurso de revisión contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, dictada el diez de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, que lo condenó a la pena de año y medio de presidio como responsable del delito de abuso de confianza —con aplicación de los artículos 412 y 413 del Código Penal vigente— cometido en abril de mil novecientos treinta y nueve.

Sometido el recurso a las normas de los artículos 572 y 574 del Código de Procedimiento Penal, y obtenido el concepto —que fue desfavorable— del Procurador Delegado en lo Penal, la Corte lo decide en el presente fallo, previa síntesis de los elementos —motivos y resolución— de la sentencia recurrida.

I.—MOTIVOS DE LA SENTENCIA

La sentencia —en la parte motiva— resume los hechos que originaron la investigación iniciada por el funcionario instructor militar y terminada por el Juez 1º del Circuito Penal de Neiva.

En la primera semana del mes de abril, en virtud de orden militar, debían salir de Neiva a Tarapacá la 1ª y 2ª Compañías del Batallón de Ingenieros *Garavito,* de la primera de las cuales era Comandante el Teniente Dionisio Londoño desde agosto de mil novecientos treinta y ocho, y quien debía hacer entrega al Capitán Julio Millán de los elementos personales y materiales de su Compañía, entre los cuales la suma de $ 719.50 —(setecientos diez y nueve pesos con cincuenta centavos)—, a que ascendía el monto de los ahorros de los soldados y Oficiales bajo su mando.

En virtud de acuerdo con el Capitán Millán, el Teniente Londoño prometió que giraría aquella suma a Leticia por intermedio del Banco de la República, promesa que no cumplió a pesar de sus afirmaciones en contrario, e iniciada la investigación por el funcionario militar designado para ello, el Teniente Londoño —en su indagatoria— explicó que el dinero le había sido robado cuando —en estado de embriaguez absoluta— tomó un carro que lo llevara al cuartel, y en vez de llegar a éste fue dejado en otro sitio, sin que hubiera sugerido dato alguno sobre vehículo, chofer o personas que pudieran respaldar la evidencia de sus afirmaciones.

El Teniente Londoño fue arrestado en los cuarteles de Neiva, y posteriormente en los del Gigante, y la investigación continuó, no sin que desde el primer momento hubiera autorizado al Contador del Batallón para que le descontara, de su sueldo, la suma de cien pesos mensuales, forma en la cual el diez y seis de noviembre del mismo año había ya reintegrado, en su totalidad, la suma anteriormente mencionada.

En el mes de julio —en atención a que el Auditor de Guerra conceptuó que el delito era común y no militar— el Juez 1º del Circuito Penal de Neiva abrió la investigación, en abril de mil novecientos cuarenta decretó la apertura de causa criminal, en febrero de mil novecientos cuarenta y dos lo condenó a un año de prisión —con aplicación del artículo 412 del Código Penal— y en

agosto del mismo año, el Tribunal Superior de Neiva aumentó la pena a año y medio, con aplicación —además— del artículo 413, por cuanto —conceptuó— que el Teniente Londoño tenía el carácter de depositario de los ahorros de los soldados y Suboficiales de su Compañía.

Contra esta sentencia propuso el Teniente Londoño recurso de revisión, cuyos fundamentos se exponen en seguida.

II.—FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El recurrente —sin hacer mención precisa alguna a las causales del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, como el señor Procurador Delegado lo anota— afirma que no cometió el hecho delictuoso que se le imputa, por las razones siguientes que la Corte resume:

a) En su carácter de Comandante de la 1ª Compañía del Batallón de Ingenieros *Garavito* recibió, a título de depósito, la suma de setecientos diez y nueve pesos con cincuenta centavos —($ 719.50)—, correspondiente a los ahorros de los miembros de la Compañía, para serles devueltos en la época del desacuartelamiento;

b) Los depositantes —únicos que tenían derecho a exigirle la devolución— no la reclamaron;

c) El recurrente reintegró el monto del depósito, así: trescientos cincuenta pesos —($ 350.00)— consignados —por cuotas— en los meses de mayo a agosto de mil novecientos treinta y nueve, en la Contaduría del Batallón, y trescientos diez y nueve pesos con cincuenta centavos —($ 319.50)— en la Pagaduría del Ministerio de Guerra;

d) Esta última suma fue enviada por el Pagador del Ministerio al Contador del Batallón mediante el cheque número 7122 de diez y seis de noviembre de mil novecientos treinta y nueve;

e) A los depositantes —es decir, a los miembros de la primera Compañía del mencionado Batallón *Garavito*— se les devolvieron oportunamente sus ahorros con las consignaciones hechas por el Teniente Londoño;

f) El recurrente no se apropió en beneficio personal suma alguna, ni causó —en virtud del pago oportuno de los depósitos— perjuicio alguno a los depositantes;

g) Si la revisión se ordenara, y el Juez lo declarara responsable, tendría que reconocer la restitución del dinero y la inexistencia de perjuicios, y

h) Se trata de una infracción militar sometida apenas a sanción disciplinaria y no a sanción penal.

III.—PRUEBAS DEL RECURSO

El recurrente —con la demanda— presentó las sentencias de primero y segundo grado, y como prueba nueva el certificado del Jefe del Departamento de Control y Contabilidad del Ministerio de Guerra, según el cual el Teniente Londoño consignó personalmente el día catorce de noviembre de mil novecientos treinta y nueve —es decir, cuatro meses antes del enjuiciamiento— la suma de ciento noventa y seis pesos —($ 196.00)— suma que, añadida a la de quinientos veintitrés pesos con cincuenta centavos ($ 523.50) —descontados de sus sueldos durante los meses de mayo a noviembre del mismo año, completaban la de setecientos diez y nueve con cincuenta ($ 719.50)—, cuya apropiación le fue imputada.

La Corte —además— solicitó del Juzgado 1º del Circuito Penal de Neiva el expediente de la causa contra el recurrente Teniente Londoño, con el fin de adquirir un concepto preciso e integral y adoptar un criterio real —con vista en los documentos probatorios y actuaciones judiciales— en relación con la responsabilidad del sentenciado, la infracción y los fundamentos del recurso.

El certificado a que se ha hecho referencia, y que el recurrente presentó con su solicitud, consta de las siguientes partes:

a) La consignación —mediante descuento de los sueldos de mayo a agosto de mil novecientos treinta y nueve— que ascendió a cuatrocientos nueve pesos con nueve centavos ($ 409.09), consignación hecha en la Contaduría del Batallón *Garavito*, de Neiva, y única de que los falladores tuvieron conocimiento;

b) La consignación —también mediante descuentos de los sueldos de octubre y noviembre del mismo año— por la suma de ciento veintitrés pesos con cincuenta centavos ($ 123.50) hecha en la Pagaduría principal del Ministerio de Guerra;

c) La consignación personal —ya no proveniente de descuento de sueldos— hecha el catorce de noviembre del mismo año en la misma Pagaduría, y

d) Giro —mediante el cheque número 7122 del diez y seis de noviembre de mil novecientos treinta y nueve— hecho por el Pagador del Ministerio de Guerra a favor del Contador del Batallón *Garavito*, de Neiva, por la suma de trescientos diez y nueve pesos con cincuenta centavos ($ 319.50) a que ascendían las consignaciones hechas en la Pagaduría del Ministerio, y que correspondían al saldo de la suma cuya apropiación se imputó al Teniente Londoño.

La Corte anota —en relación con la consignación hecha en el Ministerio, y girada al Contador del Batallón *Garavito*, de Neiva— una grave omisión: ni el Contador mencionado la comunicó —como era su deber— al Juez del Circuito Penal, y ni éste, ni el abogado del Teniente Londoño, ni el Agente del Ministerio Público, se preocuparon por allegar a la investigación elemento de

tánta importancia, elemento que —como lo sugiere el señor Procurador Delegado— no podía ser considerado, como equivocadamente lo consideraron Juez y Tribunal, en la cuantía parcial conocida, en este caso, como circunstancia de menor peligrosidad y factor de disminución de la cuantía de los perjuicios, sino como elemento modificador de la responsabilidad y —en consecuencia— de la sanción del infractor.

IV.—ESTUDIO DEL RECURSO

No precisó el recurrente —es cierto— en cuál de los casos del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal funda su recurso, pero del memorial dirigido a la Corte y del certificado sobre la consignación integral de la suma por cuya apropiación se le acusó, certificado que, como se dijo, en la parte referente a los reintegros hechos en el Ministerio de Guerra no fue conocido antes de la sentencia, se presume que el recurrente quiso dar al dicho certificado valor legal de hecho nuevo o de prueba no conocida al tiempo del debate.

La Corte se limita —en consecuencia— a estudiar, de acuerdo con las normas procesales referentes al recurso de revisión, las siguientes cuestiones:

a) Si el certificado del Ministerio de Guerra es un hecho nuevo, o una prueba no conocida al tiempo del debate, y

b) Si mediando esas condiciones, establecen la inocencia o irresponsabilidad del sentenciado, o constituyen al menos graves indicios de tal inocencia o irresponsabilidad.

A.—El hecho nuevo y la prueba no conocida.

Los falladores de primera y segunda instancia —como ya se expuso— evidentemente no supieron que el sentenciado Teniente Londoño había consignado a la Pagaduría del Ministerio de Guerra trescientos diez y nueve pesos —($ 319.00)— suma que faltaba para completar la de setecientos diez y nueve pesos con cincuenta centavos —($ 719.50)— cuya apropiación se imputó al recurrente.

Si "hecho nuevo" es el que se ve o se conoce por primera vez, o distinto o diferente del que antes se había o se tenía aprendido, o el que sobreviene a otro que antes existía —según las acepciones académicas— las consignaciones en la Pagaduría del Ministerio de Guerra son un hecho real y jurídicamente nuevo, aunque el Contador del Batallón *Garavito* no lo hubiera comunicado —negligente o intencionadamente— al funcionario que instruía el sumario.

Y si "prueba no conocida al tiempo del debate" es aquella que no consta ni aparece en el proceso, o porque el sindicado no la solicitó, o porque el Agente del Ministerio Público no la pidió, o porque el investigador no la decretó —a pesar del derecho del primero y de la obligación de los otros— el certificado del Ministerio de Guerra es prueba no conocida en el desarrollo del proceso, ya que tanto en los autos de enjuiciamiento como en las sentencias apenas si se hace referencia a las consignaciones hechas en la Contaduría del Batallón *Garavito*, de Neiva.

B.—La inocencia o irresponsabilidad del recurrente.

La Corte acepta que se trata —ciertamente— de un "hecho nuevo" y de una "prueba no conocida al tiempo del debate", pero no del hecho o prueba que establecen la inocencia o el grave indicio de la inocencia o irresponsabilidad del sentenciado y que fundan la revisión.

El recurrente —al atacar la no aplicación del artículo 429 del Código Penal— se refiere al error de derecho, que sólo puede proponerse en otros recursos, como en los ordinarios de reposición y apelación y en el extraordinario de casación, y la revisión sólo se refiere a errores de hecho.

Evidentemente, el Teniente Londoño tenía en su poder la suma de setecientos diez y nueve pesos con cincuenta centavos ($ 719.50) a que ascendían los ahorros de los soldados y Suboficiales bajo su mando, y para cuya entrega fue requerido por el Comandante del Batallón *Garavito* días antes de que la Compañía por aquéllos integrada debía trasladarse a Tarapacá; ante el requerimiento afirmó primero que —conforme a convenio que consta en el acta de entrega de los elementos de la Compañía— había girado la suma dicha a Leticia, lo que no fue cierto; y posteriormente, que le había sido hurtada la noche en que, en estado de embriaguez absoluta, el carro que debía llevarlo al cuartel lo dejó en otro sitio, en estado de inconsciencia, lo que tampoco probó en forma alguna.

El "hecho nuevo" alegado y "la prueba no conocida en el debate" —el certificado del Ministerio de Guerra— apenas afirman que el Teniente Londoño reintegró, en su totalidad, la suma de que se apropió o usó indebidamente, lo que en verdad hubiera modificado favorablemente su responsabilidad y la sanción, y eliminado de la condena el pago de perjuicios, si oportunamente se hubiera allegado; aún más, hubiera podido obtener la condena condicional, ya que —a pesar del criterio exagerado con que Juez y Tribunal atribuyeron a los perjuicios y a su modesta jerarquía militar circunstancias de mayor peligrosidad— los antecedentes ejemplares del Teniente Londoño, la pena fijada, su conducta y disciplina en sus funciones y deberes militares y la espontaneidad con que —desde el primer momento— comenzó a reintegrar la suma, le hubieran merecido la suspensión de la pena, y evitádole el in-

ternamiento penitenciario, tan perjudicial moralmente para un joven que, a pesar del hecho imputado, no presenta signo alguno de peligrosidad, conforme a los datos del proceso.

La Corte observa —además— que la infracción por la cual se sentenció al Teniente Londoño tiene todos los caracteres de una infracción militar, juzgable —en consecuencia— por la justicia militar, a pesar del concepto del Auditor de Guerra, y que coincide más con los elementos del peculado que con los del abuso de confianza, en atención a los artículos 128 de la "Orden del día" del trece de febrero y 678 de la del cuatro de agosto, ambas expedidas en mil novecientos treinta y siete, que organizaron la Caja de Ahorros del Batallón *Garavito,* artículos —especialmente el último— que colocan las sumas descontadas a aquel título bajo la responsabilidad de los Contadores, sin que valga la explicación de que el Teniente Londoño guardaba los de su Compañía por causa de la falta de Contador en el Batallón *Garavito,* pues las funciones de éste se habían adscrito al del Batallón *Berbeo,* acantonado en el mismo Departamento.

Se cometieron —en verdad— errores judiciales, pero no de aquellos que se refieren a la inocencia o irresponsabilidad del sentenciado, que persiguen la extinción de la ejecución penal, y que —por causa de la esencia, naturaleza y fin del recurso de revisión— no pueden ya subsanarse, puesto que se trata de errores de derecho y no de hecho, únicamente alegables en el proceso.

V.—DECISION DEL RECURSO

La exposición y estudios hasta aquí hechos establecen lo siguiente:

a) Que el hecho expuesto como nuevo y la prueba alegada no conocida en el debate —oportunamente presentadas— apenas habrían modificado la responsabilidad y la sanción, y

b) Que de tales hechos y prueba —aunque nuevo aquél y no conocida ésta en el debate— no constituyen siquiera grave indicio de la inocencia o irresponsabilidad.

* * *

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal,

RESUELVE:

a) *Negar* el recurso de revisión propuesto por el ex-Teniente Dionisio Londoño y Londoño contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, del diez de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, por la cual lo condenó a la pena de año y medio de prisión por el delito de abuso de confianza, cometido en los primeros días del mes de abril de mil novecientos treinta y nueve, en dineros de los miembros de la 1ª Compañía del Batallón de Ingenieros *Garavito;*

b) Comisionar al Presidente del Tribunal de Ibagué para que notifique al recurrente —actualmente recluído en la Penitenciaría de aquella ciudad— el presente fallo, y

c) Devolver este proceso al Juzgado 1º del Circuito Penal de Neiva.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Francisco Bruno, José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre.—Julio E. Argüello R., Secretario.

No es materia de revisión la crítica de los testimonios ya apreciados en la sentencia.

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

(Magistrado Ponente, Dr. Francisco Bruno).

Cristóbal Martínez Arbeláez, vecino del Municipio de Liborina, propuso —ante la Corte Suprema— recurso de revisión, contra la sentencia del Juez Penal del Circuito de Sopetrán, del día dos de septiembre del año pasado, por la cual fue condenado a la pena de cuatro meses de arresto, como responsable del delito de hurto de quince arrobas de café de propiedad de su suegro señor Luis M. Uribe Betancur, cometido el día catorce de enero del año de mil novecientos cuarenta y uno.

Sometido el recurso al procedimiento de los artículos 572 a 574 del estatuto respectivo, recibidas que fueron las pruebas que el recurrente solicitó dentro del término que fija el artículo 573, y visto el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, procede la Corte a estudiar y decidir el mencionado recurso.

I.—FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA

El Juez Penal del Circuito de Sopetrán fundó la sentencia en los siguientes hechos:

a) El señor Luis María Uribe tenía un depósito de café en su hacienda llamada *Fundungo*, del cual el día catorce de enero de mil novecientos cuarenta y uno fueron sustraídas quince arrobas y cuatro puchas de café;

b) En dicho día, Cecilia Uribe, hija del lesionado Uribe, fue encargada de darle un poco de café a la niña María Esther Martínez, hija del sentenciado, obsequio prometido a su madre;

c) Cristóbal Martínez, padre de María Esther y esposo de una hija de Luis Uribe, concurrió al depósito e incitó a su misma hija María Esther y a su cuñada Cecilia, para que le dieran más café del ofrecido, que fue echando en sacos de empaque;

d) José María, Antonio María y Zacarías Arroyave, quienes aquel día trabajaban en el cafetal que Félix Gutiérrez cultivaba en la misma hacienda, vieron a Cristóbal Martínez pasar varias veces, acompañado de su hijo menor, llevando bultos de café a *El Morro*, hacienda de Jerónimo Jaramillo, comprador de café;

e) Jerónimo Jaramillo y Pedro Pablo Jaramillo recibieron de Cristóbal Martínez —aquel día catorce de enero y el siguiente— quince arrobas y cuatro puchas de café;

f) Comparada la clase de café vendido a Jaramillo, resultó ser la misma clase del que tenía Uribe en su depósito, y

g) En la cocina de la casa de Martínez se halló una boleta, suscrita por Martínez y dirigida a Cecilia, en la cual hacía referencia a la sustracción del café, según testimonio de Romualdo María Parías.

II.—FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Las razones en que Martínez funda su recurso —previa referencia al numeral 5º del artículo 571— son las siguientes:

a) Cecilia Uribe no fue llamada a declarar dentro del proceso, y Romualdo María Parías, en testimonio extrajuicio, afirma que el funcionario no interpretó exactamente sus afirmaciones;

b) Cecilia Uribe —en testimonios extrajuicio— afirmó que no había hecho regalo de café a nadie, que su padre y Cristóbal eran enemigos porque le atribuían a éste relaciones ilícitas con una cuñada, que su padre le había dicho tenía que declarar contra Cristóbal y que la declarante se había visto obligada a abandonar su hogar e internarse en un convento de Hermanas en Río-negro por malquerencia de su padre; y

c) Pedro Arango y Misael Osorio declararon, dentro de la causa, que a fines de diciembre de mil novecientos cuarenta Cristóbal Martínez tenía, en su casa, de quince a diez y seis arrobas de café cultivado en sus propios cafetales en la hacienda de *Fundungo*.

El recurrente acompañó a su memorial copias del auto de proceder, de las sentencias de primero y segundo grado, y en el término de prueba solicitó copia de los testimonios de los Arroyave, de los Jaramillo, de Arango y Osorio, del denuncio de Uribe y de otros testimonios.

III.—DECISION DEL RECURSO

El recurrente —en virtud del numeral 5º del artículo 571 en que dijo fundar el recurso— estaba obligado a presentar un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo del debate, que establecieran su inocencia o irresponsabilidad o que constituyeran siquiera indicio grave de tales inocencia o irresponsabilidad; pero se limitó a formular una crítica de los elementos probatorios en que se fundó la sentencia, y a presentar una muy débil rectificación del testimonio de Romualdo María Parías en cuanto a la boleta o papel que se afirma Martínez escribió a Cecilia sobre la sustracción del café, y dos testimonios de Cecilia que se reducen a afirmar que su padre inculpó de la sustracción al recurrente Martínez, que entre éste y aquél existía una vieja enemistad, y que la malquerencia de su padre hacia ella la obligó a internarse en un convento de Río-negro.

Además —y la Corte hace especial referencia a ello— los Arroyave se ratificaron, durante varias veces y en varios testimonios, en sus aseveraciones primitivas, lo mismo que los Jaramillo, a pesar de que los primeros aseguran que no descubrieron en Martínez inquietud o preocupación alguna el día que pasó, en dirección a la casa de Jaramillo, con los bultos de café cuya sustracción se le imputó.

Observa la Corte —y es dato de valor en el fallo que se dicta— que el memorial en que Martínez propuso la revisión es muy análogo al que dirigió al Juzgado Penal de Sopetrán para fundar el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, sin considerar que la apelación se dirige a subsanar errores de derecho, si los hay, y la revisión a subsanar errores de hecho, equivocación frecuente en quienes no aprecian ni distinguen la diferencia de objeto y de contenido que distingue los recursos ordinarios de los extraordinarios.

El recurrente Martínez —en consecuencia— no ha probado hecho nuevo alguno, ni presentado prueba que no haya sido conocida en el tiempo del debate, que siquiera constituyan el grave indicio de su inocencia o irresponsabilidad que anunció —al menos tácitamente— en el escrito de proposición del recurso.

* * *

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y en acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal,

RESUELVE:

a) *Negar* la revisión propuesta por Cristóbal Martínez contra la sentencia del Juez del Circuito Penal de Sopetrán, de dos de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, que lo condenó a la pena de cuatro meses de arresto por el delito de hurto en bienes de Luis María Uribe, y

b) *Devolver* el proceso al Juez Municipal de Liborina, por conducto del Juez del Circuito Penal de Sopetrán, con orden al primero para que notifique este fallo al recurrente Martínez.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Francisco Bruno, José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre.—Julio E. Argüello, Secretario.

Inadmisibilidad de un recurso de casación en materia penal.

1) La cuestión de nulidad en el procedimiento no es pertinente al considerar el punto de admisibilidad del recurso, por ser cuestión de fondo, o sea, causal de casación; y, nula o nó la actuación, ello no influye en la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso.

2) El defensor no puede, ni aun para recurrir en casación, aducir el argumento de que la disposición legal aplicable al procesado no era la que el Tribunal sentenciador aplicó sino otra que establece sanción más severa. Ese argumento sólo puede admitírsele al Ministerio Público o a la parte civil como recurrentes.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, primero de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado Ponente, Dr. José Antonio Montalvo).

Vistos:

El Tribunal Superior de Medellín condenó a Elvia Restrepo Betancourt, a la pena principal de tres meses de prisión por el delito de lesiones personales.

Contra ese fallo interpuso casación el defensor de la procesada.

Otorgado el recurso por el Tribunal, corresponde a la Sala decidir si es o nó admisible, cumplida como ha sido la tramitación que ordena el inciso 1º del artículo 563 del Código de Procedimiento Penal.

El defensor de la procesada alegó ante el Tribunal de Medellín, para que se le otorgara recurso de casación, que la pena imponible a su defendida sería la de dos a cinco años de presidio, de conformidad con el artículo 374 del Código Penal; y que la sentencia es casable por adolecer el juicio de nulidad pues fue fallado por Juez de Circuito y Tribunal Superior cuando la competencia correspondía al Juez Municipal.

La cuestión de nulidad en el procedimiento no es pertinente al considerar el punto de admisibilidad del recurso, por ser cuestión de fondo, o sea, causal de casación; y sea nula o nó la actuación ello no influye en la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso.

Además, el defensor afirma que es nulo el procedimiento porque dada la incapacidad de la ofendida era el Juez Municipal y no el de Circuito el competente para conocer en primera instancia del asunto.

Si se aceptara la tesis de incompetencia ella resultaría en contradicción con el argumento esgrimido para recurrir a la Corte, pues caso de que la disposición aplicable fuera la del artículo 374 del Código Penal como lo sugiere el mismo señor abogado tendría que reconocer que así las cosas la competencia sería del Juez de Circuito.

Ahora, en cuanto a la admisibilidad misma del recurso es preciso tener en cuenta lo siguiente:

No habría problema si hubiese sido el Ministerio Público o la parte civil quien hubiera interpuesto casación alegando que el Tribunal aplicó indebidamente un artículo del Código que pone una sanción apenas de dos a diez y ocho meses de arresto, siendo así que la disposición aplicable era la de otro artículo que señala pena cuyo máximo es de cinco años de presidio.

Pero el defensor no puede aducir semejante argumento, porque si a la sentenciada ha debido aplicársele una disposición legal más severa, tal defensor faltaría a sus deberes alegándolo.

Por lo demás, la pena imponible no sería en el presente caso otra distinta de la prevista en el artículo 372 del Código Penal, pues aun cuando en el proceso se habla de que a la ofendida le quedó un defecto funcional transitorio, éste consistió apenas en un debilitamiento de la pared abdominal, lo que no puede considerarse como perturbación funcional de órgano o miembro sino más bien como una prolongación de la incapacidad.

Tal vez la sanción hubiera podido agravarse, dada esa mayor incapacidad de la ofendida, en los términos del inciso 3º del precitado artículo 372; pero en ningún caso podían los sentenciadores de instancia haber aplicado el artículo 374 ni haber sido tan severos como parece serlo el defensor quien aspira a colocar el hecho dentro de esta última disposición penal.

El recurso fue interpuesto por quien es parte en el juicio y tiene derecho para ello; pero como se observa que la disposición legal aplicable es la del artículo 372 del Código Penal, que es-

tablece una sanción privativa de la libertad cuyo máximo en ningún evento llega a cinco años, el referido fallo no está sujeto a casación desde luégo que el artículo 557 del Código de Procedimiento Penal sólo establece el recurso para aquellos casos en que la sanción imponible sea o exceda de cinco años de privación de la libertad. Además, el Tribunal, que aplicó aquel artículo 372, hizo la deducción de que trata el artículo 384 del Código Penal, de suerte que el máximo de pena aplicable en este caso sería a lo más, de un año de prisión.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara *inadmisible* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, fechada el treinta de junio del presente año, por la cual fue condenada Elvia Restrepo Betancourt a la pena principal de tres meses de prisión como responsable del delito de lesiones personales consumado en Leonor Gaviria.

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

José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre, Francisco Bruno.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Nulidad generada en la constitución del Jurado.

I.—Las listas de ciudadanos que forman los Tribunales, para sortear entre ellas los miembros de los Jurados, sólo rigen durante el período anual para el cual han sido adoptadas, a menos que aquellas corporaciones no las hayan sustituído en la época legal, pero sustituídas, caduca su vigencia y rigen las que las hayan reemplazado.

II.—En los juicios iniciados bajo el estatuto procesal que rigió hasta 1938, los sorteos de Jurados realizados sobre listas ya sustituídas en la época en que tales sorteos fueron practicados, generan la nulidad determinada en el numeral tercero del artículo 265 de la Ley 57 de 1887.

III.—Cuando en el recurso de casación, interpuesto y tramitado bajo la antigua legislación, se alegó la nulidad del artículo 265 (numeral 3º) de la Ley 57 de 1887, la Corte puede casar la sentencia, sea porque los sorteados no tenían las cualidades necesarias, sea porque no pertenecían a las listas de designados, aunque el recurrente hubiera omitido en su demanda la referencia especial a uno de tales motivos, ya que la mencionada norma lo que sanciona es la violación del derecho a la recusación, violación que puede efectuarse en virtud de cualquiera de tales motivos, sin que ello signifique que la Corte consideró causales no alegadas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, diciembre tres de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado Ponente, Dr. Francisco Bruno).

Alberto Soler Cuéllar —representado por el abogado doctor Carlos Arturo Díaz—, interpuso, ante el Tribunal Superior de Bogotá, recurso de casación contra la sentencia del veintiséis de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, por la cual aquella alta corporación lo condenó a la pena de quince años de presidio por el delito de homicidio en la persona de su mujer legítima Gabriela Jaramillo de Soler, con aplicación del artículo 363 del Código Penal vigente.

Fijado en lista el negocio y decretado el traslado al recurrente, éste, en memorial de veintisiete de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, alegó las causales de los numerales 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, en atención a que Soler cometió su infracción antes de la vigencia de la Ley 94 de 1938, y que el Procurador Delegado en lo Penal —en razonado concepto del quince de mayo, también de mil novecientos cuarenta y dos— sugiere no sean aceptadas y, en consecuencia, no se invalide la sentencia recurrida.

El recurrente —se observa— no presentó las causales en el orden numérico fijado por la mencionada Ley 118, sino —como lo anunció— "en el orden de la importancia que ellas tienen dentro del proceso", criterio éste puramente formal que no incide en la esencia del recurso y que la Corte —en varias ocasiones— ha adoptado y adopta en el presente caso, por las razones que adelante se exponen.

* * *

En atención a lo expuesto, la Corte resume, en seguida, las causales y sus fundamentos:

Primera causal (presentada como 4ª): La sentencia es violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta y por indebida aplicación de la misma, porque no se acreditó el matrimonio de Soler, ni la notoria posesión de su estado civil de casado, ni la identidad de su persona con la que figura en la respectiva partida.

Segunda causal (presentada como 5ª): La sentencia es igualmente violatoria de la ley penal, por cuanto se dictó sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley, vicio consistente en irregularidades cometidas en las diligencias de sorteos de Jurados.

Tercera causal (presentada conforme al orden fijado por la ley): La sentencia es violatoria de la ley penal por error en la apreciación del cuerpo del delito, porque el estado civil de Soler —su matrimonio con Gabriela Jaramillo— no fue probado conforme a las normas del estatuto civil.

Cuarta causal (presentada como 2ª): La sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, porque éste —en su parte resolutiva— no menciona a Gabriela Jaramillo como la esposa legítima de Soler.

Quinta causal (presentada como 1ª): El veredicto está viciado de injusticia notoria, por cuanto el Jurado desechó el estado emocional que lo impulsó a la ejecución del delito.

* * *

La Corte, en virtud del orden lógico de importancia, se circunscribe —de preferencia— al estudio de la causal segunda (presentada por el recurrente como quinta), por cuanto si, como aquél lo afirma, el juicio está viciado de nulidad sustancial y su tesis es jurídicamente cierta, inocuo sería seguir el orden fijado por la ley o el adoptado en la demanda.

Este estudio presupone la ordenación de las tesis que se han expuesto en relación con la nulidad, es decir, las del recurrente y el Procurador, los sistemas de constitución del Jurado en general, y en particular en la causa contra Alberto Soler, y la tesis que la Corte adopte —como consecuencia del análisis que de aquellos elementos haga— sobre la existencia o inexistencia de la causal alegada.

I.—TESIS DEL RECURRENTE

El abogado doctor Carlos Arturo Díaz, en relación a las irregularidades cometidas en el sorteo total de Jurados —irregularidades que, afirma, generan nulidad— argumenta, más o menos así:

a) El doctor Andrés Avelino Cote, como sacerdote que era, y el señor Rafael Neira Ferreira, muerto el quince de abril de mil novecientos treinta y seis, figuraron en la lista presentada a los Jurados en la diligencia del sorteo total verificada el veinticinco de julio de mil novecientos treinta y nueve;

b) La presentación de aquellos nombres a las partes, limitó su facultad de recusación, ya que —al ejercerla— dispondían para ello no de siete, sino de cinco nombres, y se integró, así, el Jurado, sin derecho a la escogencia de los Jueces;

c) El doctor Andrés Avelino Cote y el señor Rafael Neira, en virtud de su carácter de sacerdote el primero, y de inexistencia física el segundo, no podían —conforme a la ley y a la lógica, respectivamente— desempeñar el cargo de Jurados, pues si el doctor Cote estaba impedido —ordinal f), artículo 76, Ley 102 de 1892— el señor Neira no era ya persona, pues tres años antes había dejado de existir;

d) De acuerdo con la afirmación del citador —hecha bajo juramento— no encontró a los sorteados el veinticinco de julio de mil novecientos treinta y nueve, señores Pablo Emilio Acosta Vélez y Ricardo Navas Angarita, el doctor Andrés Avelino Cote era Párroco de San Diego, el señor Rafael Neira había muerto, y el doctor Rómulo Escobedo era Inspector Municipal de Bogotá; "por tanto —subraya la Sala— *no se pudo correr ningún traslado*".

e) En virtud de este informe —"por lo informado anteriormente", dice el auto— se fijó el día veintidós de septiembre del mismo año para verificar el sorteo parcial;

f) Aunque el nuevo sorteo debía hacerse —según el informe del citador— en atención a que los cinco designados estaban impedidos, fueron sorteados cuatro en vez de cinco, sin que en el auto respectivo se hubiera explicado la causa o motivo de la exclusión, ni cuáles nombres habrían de reemplazarse, y

g) Si la designación de los señores presbítero doctor Cote y Neira Ferreira constituye la nulidad establecida en el numeral 3º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, el reemplazo de cuatro Jurados y no de los cinco, constituye la del numeral 2º de la norma mencionada.

II.—TESIS DEL PROCURADOR DELEGADO

Como el señor Procurador Delegado en lo Penal circunscribe su importante concepto a la nulidad causada por la designación de los señores doctor Cote y Neira Ferreira —nulidad que el recurrente sitúa en el numeral 3º del artículo 265 de la Ley 57 ya citada— con exclusión de las irregularidades en que, según el doctor Díaz, se incurrió en el sorteo parcial del veintidós de septiembre que siguió al total del veinticinco de julio, la Corte resume las tesis del señor Procurador, en relación con el procedimiento para reemplazar Jurados y en relación con las cualidades de los Jurados.

* * *

a) Procedimiento para reemplazar Jurados.

Coincide con el honorable Tribunal el señor Procurador en cuanto a que —según la norma del artículo 283 de la Ley 57— "los designados que después del sorteo aparezca que están ausentes, impedidos o excusados, o que han faltado absolutamente, o que tienen, con otro u otros de los que han formado el Jurado, las relaciones de que trata el artículo 244, serán reemplazados siguiendo para ello un procedimiento análogo al prescrito en el artículo 277, 'y que —lo dice el Tribunal y lo acepta y acoge el Procurador— fue precisamente el observado por el Juez del conocimiento'."

Añade el señor Procurador que si —a juicio del procesado— los señores doctor Cote y Neira Ferreira fueron indebidamente reemplazados, debió haberlo alegado en la diligencia de sorteo, ya que —conforme a la segunda parte del numeral 4º del artículo 265 de la Ley 57— la omisión de la formalidad, para que constituya nulidad, requiere se haya reclamado en la misma diligencia; y el procesado no ejercitó ese derecho oportunamente.

b) Cualidades para ser Jurado.

Distingue el señor Procurador Delegado entre *cualidades necesarias*, de una parte, e *impedimentos*, de la otra, al estudiar la inclusión —en la lista de Jurados— de las personas que no poseían las cualidades necesarias para el ejercicio de su cargo, en cuanto a que tal inclusión pudiera haberse invocado como causal de nulidad.

Las cualidades necesarias, según la doctrina del artículo 238 de la Ley 57 de 1887 —probidad, independencia, ilustración, como elementos, además del domicilio, de una notable posición ciudadana— constituyen la norma general; es decir, puede ejercer funciones de Juez de conciencia quien las tenga, a menos que esté investido de las jerarquías señaladas por el artículo 243 de la Ley 57 en determinada causa, o por el artículo 76 de la Ley 100 de 1892, en toda causa, jerarquías que llevan en sí la consecuencia y noción de impedimento. Así, se puede estar impedido, genérica o específicamente, aun teniendo las cualidades necesarias de la misma manera que quien no tenga alguna de ellas puede no estar incluído entre los impedidos específica o genéricamente.

Luego es consecuencia lógica —termina fundado en doctrinas afirmadas por la Corte— que, en tesis general, las causales de impedimento para desempeñar el cargo de Jurado son sustancialmente distintas de las de la nulidad.

* * *

En cualquiera de los aspectos que se considere la nulidad —irregularidad procesal o carencia de cualidades necesarias— el señor Procurador Delegado cree que no existe esa nulidad y que, en consecuencia, no es casable la sentencia recurrida.

III.—CONSTITUCION DEL JURADO

La Corte se ha limitado —hasta aquí— a resumir, en forma y contenido más o menos fieles y exactos, las tesis expuestas por el Procurador Delegado y por el apoderado del recurrente, sin anticipar concepto alguno sobre la concordancia o discordancia con ellas, con la consigna de ordenar posteriormente su análisis —ya ahora— con base en las exposiciones de uno y otro enfrente a las normas procesales respectivas.

Dos fases tiene el problema de la nulidad que en este recurso se le ha planteado a la Corte:

a) Sistema de integración del Jurado, y
b) Sanciones a la violación del sistema.

Si el Juez —en consecuencia— integró el Jurado que debía juzgar la responsabilidad de Soler, subordinó su acto al sistema adoptado y regulado por el estatuto procesal, la sanción —es decir, la nulidad— no podrá ser aplicada; pero si hubo omisión de normas de obligado cumplimiento, especialmente de aquellas que se refieren al derecho a la defensa sólo ejercitable bajo la protección y garantías que el estatuto le otorga al sindicado, entonces la sanción será viable y justa.

a) Sistemas de formación de listas.

Dos cuestiones se van a estudiar ahora: el sistema de formación de las listas de Jurados en los Tribunales, y el sistema de sorteos en los Juzgados.

Aunque no discrepan —en el fondo— los sistemas adoptados en el estatuto procesal que rigió hasta el 1º de julio de 1938 y el que lo sustituyó desde entonces, en cuanto a la integración del Jurado, no podría adoptarse tesis alguna si previamente no se confrontaran los sistemas, ya que ello constituye aporte básico en el estudio de los problemas jurídicos que tanto el señor Procurador como el recurrente le han planteado a la Corte.

La integración del Jurado se realiza en dos etapas: la formación de las listas, que es acto de los Tribunales, general y periódico, y la formación del Jurado, que es acto especial y eventual de los Juzgados Superiores.

La Ley 57 de 15 de abril de 1887, sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional, reguló integralmente (en su Libro III) la institución del Jurado, apenas modificada —en algunos detalles— por las Leyes 105 de 1890 (artículo 364), 100 de 1892 (artículos 76, 77, 80 y 82), 169 de 1896 (artículo 48), 1ª de 1923, 94 de 1938 (que sustituyó la 57 de 1887), y 4ª de 1943.

* * *

En cuanto a la formación de listas de Jurados —que es la primera etapa— el sistema no se ha modificado sustancialmente.

"En el mes de agosto de todos los años —estatuye el artículo 238 de la Ley 57 de 1887— cada Tribunal de Distrito Judicial formará una lista de designados para el año que principia el día 1º de septiembre siguiente, en el número que estime conveniente el mismo Tribunal, procurando que sean tan numerosos como sea dable, sin perjuicio de la idoneidad de los individuos que la constituyen, quienes deben saber leer y escribir, ser vecinos de la cabecera de Distrito Judicial y ciudadanos notables por su probidad, ilustración e independencia. Esta lista se extenderá en un libro y copia de ella pasará el Tribunal al respectivo Juzgado Superior para sortear, de la manera que luégo se dirá, los Jueces de hecho que deben constituir los Jurados."

"El Alcalde de la capital del Distrito Judicial —ordena el artículo 2º de la Ley 1ª de 1923— formará una primera lista de los vecinos que sean ciudadanos, conforme al artículo 15

de la Constitución, y que reúnan, además, las condiciones de saber leer y escribir, probidad, ilustración e independencia."

"El Tribunal —en asocio de los Jueces Superiores— ordena el inciso 2º del mismo artículo— seleccionará de esta lista la que haya de servir para los sorteos, y la dividirá entre los Juzgados si hubiere más de uno, y el Tribunal, con los Jueces, cada año hará las inclusiones y exclusiones a que haya lugar, teniendo en cuenta, además de esto, los nombres de los que hayan prestado el servicio, los cuales se incluirán en una lista que presentarán los Jueces Superiores."

Este artículo fue derogado por el artículo 13 de la Ley 118 de 1931; desde la vigencia de esta Ley, en consecuencia, se revivió la norma del artículo 238 de la Ley 57.

* * *

Conforme a la Ley 94 de 1938, vigente desde el primero de julio del mismo año, el procedimiento es análogo, pero revestido con mayores y más eficaces garantías en cuanto a la selección del personal.

"Anualmente —prescribe el artículo 482— cada uno de los miembros del Tribunal Superior del respectivo Distrito Judicial deberá enviar al Presidente de la corporación, durante los últimos quince días del mes de noviembre, una lista con no menos de cien nombres de candidatos para Jurados. Esta lista irá bajo pliego cerrado y deberá llevar al final una constancia, firmada por el respectivo Magistrado, en la que dará fe, por su honor de Magistrado, de que conoce como honorables y competentes a los candidatos que propone."

"El primero de diciembre de cada año —estatuye el artículo 483— el Tribunal se reunirá en pleno para designar los Jurados necesarios. El Secretario procederá a abrir los pliegos enviados por los Magistrados, formando una lista que será numerada en orden riguroso; en seguida el Presidente someterá a discusión, uno por uno, los nombres presentados, y sólo podrá ser aceptado el que obtenga las tres cuartas partes de los votos presentes. La lista deberá contener tantos nombres cuantos correspondan, a razón de doscientos por cada Juzgado. En caso de que por cualquiera circunstancia fuere insuficiente el número de la lista, el Tribunal nombrará los que falten en la misma reunión, sometiéndolos a discusión y a votación como anteriormente se ha dicho. En ningún caso podrán figurar nombres repetidos."

"Acordada la lista general, se insacularán fichas numeradas en el mismo orden y hasta la misma cantidad de aquella" dice el artículo 484.

"Cumplido lo dispuesto en el artículo anterior —dice el artículo 485— el Presidente nombrará dos escrutadores, y el Secretario sacará una a una las fichas, hasta completar el número correspondiente al Juzgado 1º. De la misma manera se procederá para los Juzgados restantes."

"Las listas que se hubieren formado según los artículos anteriores —expresa el artículo 486— serán remitidas a los Juzgados correspondientes, firmadas por todos los Magistrados que hubieren intervenido en su formación."

b) Sistemas de sorteos de Jurados.

Realizada la primera etapa —la formación de listas en los Tribunales— y pasadas a los Juzgados, sigue la segunda, o sea la constitución de Jurados según el sistema de sorteos.

Tanto en la vigencia de la Ley 57 de 1887 como en la de la Ley 94 de 1938, los sorteos se verifican —y es condición esencial— sobre las listas que los Tribunales hayan integrado mediante los sistemas ya expuestos.

El sorteo —según la Ley 57— se verifica de la manera siguiente. Previa comprobación de que el número de designados en la lista es igual al de bolas, y de que no hay nombres ni bolas repetidos ni faltan de unos o de otras, se insaculan aquéllas, de las cuales el Juez extrae el número de las que correspondan a las que los acusados, Fiscales y acusadores particulares tienen derecho a recusar, más cinco (número que debe integrar el Jurado según la Ley 1ª de 1923); si el Fiscal, el acusado y el acusador, ejercitan su derecho, las personas cuyos nombres correspondan a las cinco bolas restantes formarán el Jurado.

Si al practicarse el sorteo resultare que alguno o algunos de los designados están en todo caso impedidos (artículo 76, Ley 100 de 1892) o especialmente en la causa dentro de la cual se verifica el sorteo (artículo 243 de la Ley 57), o se hallaren ausentes o tengan algún motivo legal de excusa (artículo 245 ibídem), o tengan con alguno de los Jurados relaciones de parentesco (artículo 244 ibídem), o falten absolutamente o se hallen enfermos, y tales hechos constaren al Juez de manera digna de fe, se les dará por impedidos y se les reemplazará extrayendo las bolas que fueren necesarias.

A la designación mediante el sorteo, sigue la notificación, ya que aquélla no puede producir efectos en relación con los designados sino en virtud del conocimiento que se les dé oportunamente.

La misma Ley fija los modos de justificación y el sistema de reemplazo cuando, después del sorteo, los designados se hallaren impedidos, ausentes o muertos. Si en el acto de la notificación manifestaren sus impedimentos, el Juez resolve-

rá sobre éstos, según lo que personalmente le conste o los informes que se hayan dado, informes que pueden ser juramentados; y si, en el acto de la notificación, no fueren hallados o no hubiere dato seguro sobre su ausencia, se fijará boleta en la puerta de su residencia, lo que equivale a la notificación legal. En cualquiera de los casos, el Juez los reemplazará mediante sorteo especial en la misma forma en que se verifica el reemplazo cuando en el acto del sorteo total resultaren algunos impedidos: es decir, mediante extracción de las bolas que fueren necesarias después de la declaratoria del impedimento o de la falta, hecha por el Juez.

* * *

El nuevo estatuto penal introdujo —al sistema de sorteo— muy importantes modificaciones, especialmente en cuanto a la oportunidad del derecho de recusación. Mostradas a las partes la lista de Jurados y las fichas correspondientes, y depositadas éstas en urna, el Juez extrae cinco fichas solamente, es decir, las que correspondan al número de personas que integran el Jurado.

Las partes, en la misma diligencia, pueden objetar alguno o algunos de los designados, y si las objeciones merecieren fe al Juez, o éste ya las conociere aunque no fueren alegadas, los reemplazará extrayendo fichas en número igual a los nombres objetados; idéntico derecho otorga la ley a las partes y al Juez, las que —dentro de los cinco días siguientes al sorteo— pueden pedir aquéllas, o decretar de oficio el segundo, el reemplazo de los que estuvieren legalmente impedidos.

Análogamente se procede si en la notificación resultaren alguno o algunos impedidos —lo que el notificado debe manifestar al comunicársele la designación—, no sin que esté obligado a probar el impedimento dentro del término que le fija la ley; o si también resultare, que alguno o algunos se hallen ausentes.

En uno u otro caso, el Juez reemplazará —mediante sorteo parcial— a aquellos que fueren objetados, o impedidos o se hallaren ausentes.

c) Sistema adoptado en la causa contra Soler.

Expuestos los sistemas de formación de listas y de composición de los Jurados, conforme a los estatutos procesales penales que han regido durante la causa seguida contra Alberto Soler —el de 1887 y el de 1938— se expone, en seguida, en forma sintética, el adoptado por el Juez 1º Superior en los cuatro sorteos —total el primero, parciales los otros— que culminaron en la integración del que definitivamente actuó en esta causa.

La Corte ordena, en la enumeración que sigue, las diversas actuaciones realizadas, desde la fijación del día y fecha para el sorteo total de Jurados hasta el último sorteo parcial:

a) El día diez y siete de julio de mil novecientos treinta y nueve se fijó la hora de las diez de la mañana del día veinticinco para el sorteo total de Jurados, auto que se notifió personalmente al Fiscal, al defensor, al procesado y también por estado;

b) Verificada la diligencia, mediante la extracción a la suerte de siete fichas, resultaron sorteados los señores Luis Garzón Posse, Pablo Emilio Acosta Vélez, Rómulo Escobedo, Rubén Beltrán, Rafael Neira Ferreira, Ricardo Navas Angarita y Andrés Avelino Cote, de los cuales fueron recusados Rubén Beltrán por el Fiscal y Luis Garzón Posse por el procesado;

c) El once de agosto se dio traslado al doctor Andrés Avelino Cote (con anotación de su carácter de Párroco de San Diego), y el veintitrés del mismo mes al doctor Rómulo Escobedo, cuyas firmas constan al pie de las respectivas diligencias, autenticadas por el Secretario Efraím Carrillo Tavera;

d) El doce de septiembre el citador señor Roberto Beltrán informó al Juez que los señores Acosta Vélez y Navas Angarita no pudieron ser hallados, que el señor Neira Ferreira había muerto, que el doctor Cote era Párroco de San Diego, y, finalmente, que el doctor Rómulo Escobedo ocupaba el cargo de Inspector Municipal, por lo cual —afirma— no se pudo correr ningún traslado, informe cuya veracidad juró el mismo día el citador Beltrán, a pesar de que —como se dijo— aparecen las firmas de los doctores Escobedo y Cote;

e) El trece de septiembre —mediante auto notificado personalmente a las partes y por estado— se fijó la hora de las dos de la tarde del veintidós del mismo mes para la diligencia del sorteo parcial de Jurados, sin hacer mención de cuántos ni de cuáles eran los que habían de sortearse, y sin comprobación legal del informe del citador Beltrán, especialmente en cuanto al Párroco doctor Cote y al extinto doctor Neira Ferreira, comprobación que sólo se ordenó en la segunda instancia;

f) El veintidós de septiembre, ante los testigos y sin la presencia del Fiscal ni del defensor, se desinsacularon a la suerte cuatro fichas que correspondieron a los nombres de los señores Eduardo Márquez Forero, Luis Ortega Tamayo, Roberto García Patiño y Roberto Montero, de los cuales los dos últimos firmaron el traslado;

g) El catorce de febrero de mil novecientos cuarenta, el citador Beltrán —en informe cuya veracidad garantiza bajo juramento el mismo día— dice que Márquez Forero vive en Bucaramanga, que el señor Ortega Tamayo no se en-

contró —pues ni siquiera tiene dirección registrada— y que el doctor Rómulo Escobedo, según certificado del médico doctor Jorge Bejarano, del veintinueve de enero, y carta del veintidós del mismo mes, se ha excusado, sin que la excusa le hubiera sido aceptada;

h) El mismo catorce de febrero —en auto notificado personalmente al Fiscal, al procesado y a su defensor, pero no por estado— se fijó el día diez y nueve para la diligencia de sorteo parcial, sin mencionar cuántos ni cuáles Jurados habrían de reemplazarse;

i) El día fijado se verificó aquella diligencia, en presencia del procesado y de los testigos, sin la asistencia del defensor ni del Fiscal, y desinsaculadas las fichas, correspondieron a los nombres de los señores doctor Alberto Angulo Azuero, Luis Enrique Osorio y Humberto Cajiao, a quienes se dio traslado, pero el veintidós de abril se excusó el primero de ellos, por causa de enfermedad, excusa que fue aceptada;

j) El veintisiete de abril —en auto que no se notificó al defensor— se fijó el día ocho de mayo para el sorteo parcial, sin mención al que debía ser reemplazado, y verificada la diligencia, la ficha desinsaculada correspondió al nombre del doctor Luis Caro Escallón, y

k) El Jurado quedó integrado, finalmente, por personas distintas a las sorteadas en la primera diligencia, así: Roberto García Patiño y Roberto Montero, sorteados en la segunda diligencia; Luis Enrique Osorio y Humberto Cajiao en la tercera, y el doctor Luis Caro Escallón en la cuarta y última.

IV.—ESTUDIO DE LA NULIDAD

Sobre la base de que en el sorteo total del veinticinco de julio fueron designados —para integrar el Jurado que debía decidir de la responsabilidad de Soler— los señores doctor Andrés Avelino Cote (ordenado *in sacris)*, Rafael Neira Ferreira (extinto), Rómulo Escobedo (Inspector de Policía), y Pablo Emilio Acosta Vélez y Ricardo Navas Angarita (no hallados), la Corte resume los fundamentos del recurrente, así:

a) El Presbítero doctor Andrés Avelino Cote —conforme al ordinal f) del artículo 76 de la Ley 100 de 1892— no podía ser Jurado por carencia de las condiciones necesarias, como tampoco el señor Neira Ferreira, por inexistencia física, nulidad prevista en el numeral 3º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, y

b) No se pudo correr traslado a ninguno de los cinco designados, según el informe jurado del citador Beltrán, no obstante lo cual el sorteo parcial ordenado en auto que el Juez fundó en aquel informe, se limitó al reemplazo de cuatro Jurados con exclusión del doctor Escobedo, nulidad prevista en el numeral 2º, artículo 265, Ley 57 citada.

* * *

La Corte se inhibe de considerar la cuestión relacionada con la diferencia entre impedimentos y carencia de cualidades necesarias para ejercer funciones de Jueces de hecho en los juicios criminales, ni las consecuencias jurídicas que puedan resultar de la intervención —en los Jurados —de personas que se hallan en una u otra de aquellas dos categorías: la de los que no poseen las cualidades legales, y la de los que se hallan impedidos. Y la razón —que en seguida se expone— es obvia.

La nulidad de esta causa no consiste en que figuraran —en la lista que se presentó a las partes para que hicieran uso del derecho de recusar— a los ciudadanos absolutamente impedidos. Existe, como motivo de nulidad, el hecho de que los sorteos se realizaron sobre listas de designados que legalmente habían caducado.

"Es causal de nulidad —estatuye el numeral 3º del artículo 265 de la Ley 57 en que el abogado doctor Díaz funda su recurso— figurar en la lista que se presente a las partes, en la diligencia de sorteo, para que ejerciten su derecho a la recusación, alguna persona que no pertenezca a la lista de designados."

¿Sobre qué lista, en efecto, debió haberse hecho el sorteo total el día veinticinco de julio de mil novecientos treinta y nueve? O mejor expresado: ¿qué lista regía en esta fecha? Ello requiere el análisis de las normas vigentes y de los acuerdos dictados por el Tribunal Superior de Bogotá, así como de las actas de confección de listas de Jurados, y que la Corte —además del certificado del señor Presidente de la Sala Penal, aquí incorporado— ha tenido a la vista.

* * *

Desde la vigencia de la Ley 118 de 1931 hasta la de la Ley 94 de 1938, la formación de listas estuvo regida por la norma del artículo 238 de la Ley 57 de 1887, en virtud de la cual en el mes de agosto de todos los años —establece la mencionada norma— los Tribunales formaban una lista de designados para el año que había de principiar el primero de septiembre siguiente, en el número que estimaren conveniente y sin perjuicio de la idoneidad de los individuos que la constituyeran; lista que, después de extendida en un libro, había de pasarse —en copia— a los respectivos Juzgados Superiores, para sortear los Jueces de hecho que debían constituir los Jurados.

La Ley 94 de 1938 (artículos 482 a 486) sustituyó al 238 de la Ley 57, así: fijó el mes de diciembre —en vez del de agosto— para la formación de las listas, limitó a doscientos el nú-

mero que debía integrar la de cada Juzgado Superior, estableció un mejor sistema de elección y, —tácitamente— modificó la iniciación de la vigencia de la lista, que abarca el año siguiente.

En cumplimiento a las normas anteriores, el Tribunal Superior de Bogotá formó las siguientes listas de designados:

a) El 1º de diciembre de 1937 (Acuerdo número 13) —que debió haber hecho en el mes de agosto— para el año de 1938;

b) El 15 de diciembre de 1938 (Acta), la que debía regir en el año de 1939, y

c) El 18 de diciembre de 1939 (Acta), la correspondiente al año de 1940.

Los Juzgados Superiores —en consecuencia— debían designar Jurados en mil novecientos treinta y ocho sobre la lista hecha en mil novecientos treinta y siete; en mil novecientos treinta y nueve sobre la hecha en mil novecientos treinta y ocho; y en mil novecientos cuarenta sobre la hecha en mil novecientos treinta y nueve, porque —lógicamente— una lista dejaba entonces y deja hoy de regir desde el momento en que era y es sustituída en virtud del acto de los Tribunales y de su envío a los Juzgados; de modo que los sorteos de Jurados —en la causa contra Soler— verificados el veinticinco de julio y el veintidós de septiembre de mil novecientos treinta y nueve, debieron haberse hecho sobre la lista que el Tribunal envió al Juzgado 1º Superior en diciembre de 1938, y los sorteos parciales verificados el diez y nueve de febrero y el ocho de mayo de mil novecientos cuarenta, sobre la lista enviada por la misma corporación al mismo Juzgado en diciembre de 1939.

Sin embargo —y ello es incomprensible— el Juzgado 1º Superior realizó los sorteos de Jurados del 25 de julio y 22 de septiembre de 1939, y del 19 de febrero y 8 de mayo de 1940, sobre la lista hecha por el honorable Tribunal Superior el 1º de diciembre de 1937; así, pues, los señores Acosta, Beltrán, Cote, Escobedo, García, Garzón, Márquez, Navas, Neira y Ortega, designados en los sorteos de mil novecientos treinta y nueve, no podían serlo, como tampoco los señores Angulo, Cajiao, Caro Escallón y Osorio, designados en los de 1940, ya que —como lo certifica el señor Presidente de la Sala Penal del honorable Tribunal Superior— ninguno de los primeros fueron incluídos en las listas para 1939, ni los segundos en la hecha para 1940, a excepción del doctor Caro Escallón quien, si figuraba en la de 1940 con el número 78 de orden, y en la de 1937 con el número 122, fue sorteado de la lista de este último año, según aparece del acta respectiva.

c) La nulidad como causal de casación.

Sea cual fuere la ley que se aplique, la nulidad es precisa, clara, incontrovertible.

"En las causas en que interviene el Jurado —estatuye el numeral 3º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887—, es causa de nulidad figurar en la lista que se presente a las partes, para que hagan uso del derecho de recusar, *alguna persona que no pertenezca a la lista de designados* (subraya la Corte), o que no tenga las cualidades necesarias para desempeñar ese cargo."

"En los juicios en que interviene el Jurado —estatuye el numeral 4º del artículo 199 de la Ley 94 de 1938— es causa de nulidad *figurar en la lista de sorteados para integrar el Jurado alguna persona que no pertenezca a la lista de los designados* (subraya la Corte) o que no tenga las cualidades necesarias para desempeñar el cargo."

Uno y otro estatuto —se deduce— coinciden en la afirmación de la nulidad cuando, como en la causa contra Alberto Soler, se designaron y actuaron como Jurados personas no incluídas en las listas vigentes en las épocas de los sorteos, y también cuando —como en el mismo caso— no fueron reemplazados ninguno de los designados, como ha debido hacerse, en los cuatro sorteos verificados en esta causa, ya que no podían actuar puesto que el Tribunal no los había designado.

El honorable Tribunal —en consecuencia— dictó la sentencia recurrida sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley, es decir, violó el estatuto procesal aplicado, infracción que —según el numeral 2º del artículo 3º de la Ley 118 de 1931— constituye causal de casación.

V.—LA DECISION DEL RECURSO

Probada la nulidad del juicio —en virtud del estudio anterior— el análisis de las demás causales alegadas no tendría finalidad alguna, sin que la Corte pueda aceptar que el vínculo matrimonial de Alberto Soler y Gabriela Jaramillo no está comprobado en el proceso, vínculo que uno y otro ratificaron en las diligencias que, con su intervención, fueron practicadas ante el funcionario instructor y ante el Juez de la causa.

El mismo sentenciado explica la causa por la cual en el certificado eclesiástico figura el nombre de Carlos Julio Soler, en vez del de Alberto, y si el Juez no decretó la prueba supletoria que aquél solicitó, no quiere decir —aún así— que la identidad del sentenciado ni el vínculo matrimonial con Gabriela Jaramillo no estén legalmente comprobados.

En referencia a la exclusión del estado emocional que pudo haber impulsado a Soler a ejecutar

el hecho —que el recurrente presentó como causal de casación— y que el Tribunal Superior apenas consideró como atenuante y no como elemento modificador de la responsabilidad, es cuestión trascendental que el nuevo Jurado habrá de resolver.

* * *

La realización de un tercer Jurado no produciría un verdadero desconcierto social ni tampoco restaría seriedad a la administración de justicia, como lo teme el señor Procurador Delegado; por el contrario, presenta una nueva oportunidad para que se consideren, estudien y analicen la personalidad del procesado y los motivos determinantes del hecho. Mayor desconcierto podría producirse si la Corte omitiera la consideración de un tan claro y sustancial motivo de nulidad —como el que afecta este proceso— y que consiste, nada menos, que en haber hecho los sorteos sobre listas ya sustituídas y, por lo tanto, caducadas.

* * *

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y visto el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal,

RESUELVE:

a) *Infirmar* la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha veintiséis de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, por la cual se condenó a *Alberto Soler Cuéllar* a la pena de quince años de presidio, como responsable del delito de uxoricidio en la persona de Gabriela Jaramillo de Soler;

b) *Declarar nula* esta causa, desde el auto del día diez y siete de julio de mil novecientos treinta y nueve (17 de julio de 1939) que fijó hora y día para el sorteo total de Jurados, y

c) *Ordenar sea repuesta la actuación* a partir de la fecha mencionada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno, José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Aclaración de la anterior sentencia.

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

(Magistrado Ponente, Dr. Francisco Bruno).

Los señores Procurador General de la Nación y Procurador Delegado en lo Penal, solicitaron —con fecha siete de diciembre del año pasado— se aclarara la sentencia del día tres (3) de los mismos mes y año, por la cual se infirmó la del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a *Alberto Soler Cuéllar* a la pena de quince años de presidio por el delito de uxoricidio, se declaró nula la causa y se ordenó reponer la actuación.

Los distinguidos funcionarios mencionados propusieron a la Corte, como base de su solicitud, las siguientes cuestiones:

a) ¿La Corte casó la sentencia por una causal de nulidad distinta a la alegada por el recurrente?

b) ¿Podía la Corte solicitar, sin previo auto para mejor proveer, una prueba nueva no acreditada en el proceso?

Las cuestiones propuestas se derivan: la primera, de que la Corte anuló la causa porque los sorteos total y parciales se practicaron sobre listas de Jurados caducadas, nulidad que —según la Procuraduría— no fue alegada, y la segunda, de que la Presidencia de la Sala, oficiosamente, solicitó de la Sala Penal del Tribunal certificado sobre las listas vigentes, en el cual basó la infirmación de la sentencia recurrida.

Respetables como son, la Corte procede a analizarlas separadamente.

I.—CAUSAL DE CASACION ALEGADA

La duda relativa a la causal en que la Corte fundó su fallo, procede de la omisión de dos vocablos esenciales, involuntariamente omitidos, en el párrafo quinto del parágrafo IV titulado *"Estudio de la nulidad"*, y que, conforme a la decisión de la Sala, fue así adoptado:

"La nulidad de esta causa no *sólo* (se subraya) consiste en que figuraron —en la lista que se presentó a las partes para que hicieran uso del derecho de recusar— los ciudadanos absolutamente impedidos. Existe *también* (se subraya), como motivo de nulidad, el hecho de que los sorteos se realizaron sobre listas de designados que legalmente habían caducado."

Se agrega, además, que el abogado del recurrente, aunque aparentemente circunscribió sus glosas al sorteo total y al parcial siguiente, alegó —como fundamento de derecho— las causales de nulidad de los numerales 2º y 3º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, y con más precisión la del numeral 3º, que comprende la incorporación en la lista que se presente a las partes —*para que hagan uso del derecho de recusar* (subraya la Sala)— alguna persona que no pertenezca a la lista de designados o que no tenga las cualidades necesarias para desempeñar el cargo."

Y si alegó la nulidad fijada en el numeral 3º del artículo 265, cuya esencia está —precisamente— en la violación del derecho de recusación allí perentoriamente consagrado, bien podía la Corte —fundada en dicha norma— casar la sentencia porque se privó al recurrente del mencionado derecho por cualquiera de los modos previstos, es decir, porque los Jurados sorteados no tenían las condiciones necesarias para serlo o porque no pertenecían a las listas de designados, o por ambos modos.

La Corte —en consecuencia— fundó su sentencia en la causal del numeral 3º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, expresamente alegada por el recurrente, y no en causal distinta.

II.—LA PRUEBA NUEVA

No era indispensable —en consideración a los datos reales del proceso— tener a la vista las listas de designados certificadas por el Tribunal Superior, para deducir si los Jurados sorteados pertenecían o nó a las listas vigentes; habría sido suficiente fijar la atención en las fichas sacadas en los sorteos, muchos de cuyos números eran mayores de doscientos, realidad ésta que ya —de por sí y sin necesidad de ratificación alguna— constituía la prueba plena de que las personas a las cuales correspondían tales fichas no tenían esa condición necesaria para desempeñar el cargo de Jurados, esto es, su designación por el Tribunal mediante el sistema fijado en el estatuto procesal vigente.

La omisión del certificado del Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior, según la

cual ninguno de los sorteados pertenecía a las listas vigentes, no habría modificado —ni siquiera en parte mínima— la clara y palpable realidad acreditada en el proceso, realidad que no era dable a la Corte ignorar; y no parece que la petición y anexión de tal certificado que —como se ha dicho— no era indispensable, haya convertido la casación en instancia, aunque se hubiera expresamente dictado el auto para mejor proveer que, en casos excepcionales, la Procuraduría ha considerado conveniente, sin el temor a la alteración de la esencia del recurso que en este caso tan hondamente la ha inquietado.

No se trata, en consecuencia, de una prueba nueva no acreditada en el proceso, sino de una ratificación innocua que no puede producir, en ningún caso, las peligrosas consecuencias que la Procuraduría sugiere, ratificación que habría podido omitirse sin que ello hubiera modificado la decisión del recurso.

III.—ACLARACION DE LA SENTENCIA

En consecuencia de los anteriores razonamientos, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *aclara* su sentencia del tres de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres, en los siguientes términos, de acuerdo con la solicitud de la Procuraduría General de la Nación y de la Procuraduría Delegada en lo Penal:

a) La Corte anuló el proceso contra *Alberto Soler Cuéllar* en virtud de la causal 2ª de casación de la Ley 118 de 1931 (artículo 3º) por el motivo previsto en el numeral 3º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, claramente alegada por el recurrente en su memorial de casación, y

b) El certificado del Presidente de la Sala Penal del Tribunal, sobre las listas vigentes de designados, no constituye prueba nueva alguna no acreditada en el proceso, que cause alteración en la esencia y finalidad del recurso extraordinario de casación.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno, José Antonio Montalvo, Campo Elías Aguirre.—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Responsabilidad civil del Estado por perjuicios causados en la tragedia de aviación del campo de Santa Ana.

(Véase la doctrina que encabeza fallos de la misma índole publicados anteriormente).

La Dirección.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, cinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Leonardo Rodríguez Lloreda, por medio de apoderado, demandó a la Nación para que con citación y audiencia de su representante judicial, y previos los trámites de un juicio ordinario, se condene a esta entidad a pagarle al demandante "los perjuicios civiles tanto materiales como morales de que la Nación le es deudora por ser responsable civilmente de la tragedia del campo militar de Santa Ana, ocurrida cerca de Usaquén el 24 de julio de 1938".

Como hechos fundamentales, expuso el apoderado los siguientes:

"1º El Ministerio de Guerra ordenó la celebración de una revista militar y de acrobacias aéreas, en honor de la ciudad de Bogotá, la que se efectuó en el Campo de Marte, cerca de Usaquén, el día 24 de julio de 1938, y terminó en espantosa tragedia, al estrellarse sobre la multitud allí aglomerada, el avión militar marca 'Hawk' de la escuadrilla de acrobacias, piloteado el avión por el Teniente César Abadía, jefe de la escuadrilla.

"2º Entre las numerosas víctimas de esa tragedia se cuenta mi poderdante, el doctor Leonardo Rodríguez Lloreda, de 28 años de edad entonces, quien sufrió horribles quemaduras y heridas graves en el cuello, en las orejas, en toda la cara, en la cabeza, quemándosele el pelo íntegramente; sufrió, además, como es natural, una tremenda conmoción nerviosa que, aun hallándose hoy ya curado de las quemaduras y consecuencias inmediatas del accidente, se le manifiesta por frecuentes dolores de cabeza, mareos, congestiones de que no padecía antes del siniestro, de insomnios casi constantes y de otras alteraciones corporales y nerviosas que lo hacen un hombre de capacidad mental bastante disminuída respecto de lo que antes era.

"3º La incapacidad física inmediata que el doctor Rodríguez Lloreda sufrió a raíz del accidente, fue de noventa días certificados por los médicos y treinta días más de convalecencia en cama, en que le fue imposible todo trabajo.

"4º Como consecuencia visible de las quemaduras y contusiones le quedaron la cara considerablemente afeada, el cutis hoyoso y manchado el rostro, y partes sensiblemente afectadas como la nariz, la frente, las orejas y las manos...

"5º El doctor Rodríguez Lloreda era antes del accidente un joven de excepcionales condiciones personales: había concluído estudios de derecho; se había especializado en cuestiones jurídico-criminales y comenzaba a ejercer la profesión con mucho éxito; el accidente referido *lo anuló*, si puede decirse, pues por la disminución de su capacidad general ya no puede dedicarse al estudio ni ejercer la profesión, viéndose obligado a conseguir un empleo público....

"6º El accidente de Santa Ana le ocasionó otros graves perjuicios morales y materiales que se comprobarán oportunamente en este juicio; entre otros, cito por lo pronto éstos: la pérdida de sus vestidos, que estrenaba ese día, y de los objetos personales, cartera, dinero, etc., que tenía en su poder en ese momento....

"7º El accidente de Santa Ana se debió a temeridad e indisciplina del Teniente Abadía y a imprevisión y descuido de los altos funcionarios del Estado que organizaron la revista.

"8º Entre los perjuicios que deben pagarse a mi poderdante y que éste reclama están los gastos de médicos, drogas...."

Admitida la demanda y ordenado el traslado de rigor, el señor Fiscal 1º del Tribunal Superior la contestó en su debido tiempo afirmando no constarle los seis primeros hechos que acaban de transcribirse y negando los dos últimos.

Agotada la tramitación propia de la instancia, el Tribunal Superior de Bogotá, en fallo proferido el trece de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, dispuso:

"Primero. Declárase que la Nación (República de Colombia) es civilmente responsable de los perjuicios tanto morales como materiales que recibió el señor Leonardo Rodríguez Lloreda con motivo del accidente de aviación que tuvo lugar en el campo de Santa Ana el día 24 de julio de 1938.

"Segundo. Condénase a la Nación a pagar al expresado señor Rodríguez el valor de los perjuicios materiales y morales objetivados a que se refiere la condenación anterior, de acuerdo con la fijación que se haga en incidente separado.

"Tercero. Condénase a la Nación a pagarle al mismo señor Rodríguez la suma de mil pesos ($ 1.000) moneda corriente por concepto de los perjuicios morales no objetivados que sufrió el actor, con ocasión del referido accidente de Santa Ana."

El señor Fiscal y el apoderado de la parte actora interpusieron recurso de apelación contra este fallo, por lo cual llegó el negocio a la Corte. Se halla surtida la ritualidad propia de esta segunda instancia, por lo cual se procede a resolver el litigio mediante las consideraciones pertinentes.

I

La lesión material sufrida por el demandante.

El Gobierno Nacional concertó para el día 24 de julio de 1938 la realización de una revista militar en el Campo de Marte o Santa Ana, con intervención de fuerzas de infantería, artillería, caballería y equipo aéreo, a la cual se invitó en forma general a toda la ciudadanía.

Cuando el numeroso público presenciaba el desarrollo de la revista, según los documentos oficiales que obran en el proceso, y en el momento que la escuadrilla aérea de caza comandada por el Teniente César Abadía iniciaba sus maniobras acrobáticas, el aparato que éste piloteaba pasó a poca altura del suelo y se precipitó sobre él súbitamente.

Del choque y del incendio originado por el accidente resultó con graves quemaduras, según aparece de las pruebas allegadas al expediente, el doctor Leonardo Rodríguez Lloreda.

En efecto, en certificados expedidos por los doctores Guillermo Uribe Cualla, G. Guerrero Izquierdo y A. Vargas Mariño, aparece que "El señor Leonardo Rodríguez, reconocido en su casa de habitación, presenta quemaduras de segundo grado extendidas en toda la cara y en las orejas, lo mismo que en ambas manos. La piel se ha estado esfacelando y los tejidos están bastante inflamados. Ha tenido congestión pulmonar y según el resultado del análisis de la orina existen huellas de albúmina...." "Su estado general es delicado. Estas lesiones fueron producidas en el accidente de Santa Ana.... (Firmados), *Guillermo Uribe Cualla* y *A. Vargas Mariño*". (Del reconocimiento número 7390 de la Oficina Médico Legal de Bogotá, el 27 de julio de 1938). El reconocimiento número 11343, de 7 de noviembre de 1938, hecho por la misma Oficina Médico Legal de Bogotá, dice: "El señor Leonardo Rodríguez Lloreda (C. de C. número 1119946 de Bogotá), tiene reparadas las lesiones recibidas. La incapacidad definitiva para trabajar fue de noventa días.

"Le quedan como consecuencia de las quemaduras recibidas, cicatrices visibles en las manos y en el rostro, que constituyen una deformidad física permanente e irreparable. (Firmados), *Guillermo Uribe Cualla, G. Guerrero Izquierdo.*"

Estos reconocimientos están en completo acuerdo con certificaciones expedidas por los doctores Venancio Rueda A. y Augusto Hoyos Frade, quienes atendieron al doctor Rodríguez Lloreda el día del accidente.

Dice Rueda A.: "El infrascrito médico cirujano *certifica:* que el día veinticuatro de julio del año en curso (1938) fue llamado a prestar sus servicios profesionales al señor Leonardo Rodríguez Lloreda, quien había sufrido varias quemaduras en la cara y en las manos en el accidente aéreo del Campo de Santa Ana; el estado en que encontró al señor Rodríguez Lloreda era muy delicado desde el primer momento y que esta situación se prolongó por varios días (hasta mediados del mes de agosto), llegando en ciertos momentos a estar en grave peligro su vida. (Firmado), *Doctor Venancio Rueda A.*, cédula número 1205196, Bogotá."

Por su parte, Hoyos Frade *"certifica:* Que el señor Leonardo Rodríguez Lloreda estuvo sufriendo gravemente a consecuencia del accidente aéreo acaecido en el Campo de Marte, el día 24 de julio del presente año (el certificado tiene fecha 20 de diciembre de 1938); gravedad consistente en las lesiones de quemadura de la cara y las manos, y como complicación, infección general, grave, dejando como lesión permanente el cambio de coloración de la piel de las partes

afectadas. (Firmado), *Doctor Augusto Hoyos Frade,* cédula número 1811921."

Los testigos Gustavo Rodríguez Rosas y Julio Barberi Zamorano dicen haber conocido en perfecto estado de salud al señor Rodríguez Lloreda, hasta antes de sufrir las quemaduras en el referido accidente de aviación, y la Oficina Central de Medicina Legal, al certificar sobre los reconocimientos que arriba se mencionaron y transcribieron en parte, expresa que le fueron practicados a Rodríguez sobre las lesiones que recibió en el accidente de Santa Ana. Estas declaraciones y certificaciones no aparecen contradichas ni desvirtuadas en el proceso.

Está, pues, acreditado que el demandante Leonardo Rodríguez Lloreda recibió lesiones corporales en el accidente acaecido en la revista militar del Campo de Santa Ana, el 24 de julio de 1938.

II

La causa del accidente.

En otros fallos de esta misma Sala, proferidos en juicios análogos al presente, se ha hecho la observación de que por los informes de altos jefes militares —informes que obran también en este proceso— se sabe que la organización de la revista fue estudiada con detenimiento y técnica. En cuanto a la fuerza aérea, se dispuso que el entrenamiento se iniciara el 18 del mes de julio en la base de Palanquero y que en ella tomarían parte tres trimotores JU, seis Falcon, nueve Hawk, doce máquinas de escuela P.T., y un avión tipo monomotor de reserva.

A los jefes de escuadrilla se comunicó por escrito, entre ellos al Teniente César Abadía, el orden y la forma como debían actuar las distintas formaciones, las acrobacias que ejecutarían, el lugar y la altura.

El Teniente Abadía desobedeció la orden en cuanto a lugar y altura a que debía maniobrar con el aparato, y también el Inspector General del Ejército, de acuerdo con otros funcionarios del mismo, desatendieron las disposiciones vigentes en Colombia sobre vuelos de acrobacia, que dicen: "Artículo 3º Restricción general: no debe efectuarse ninguna maniobra acrobática con aviones equipados con tanques que puedan ser sueltos en vuelo.—Artículo 4º Altura mínima: toda maniobra acrobática debe terminarse a una altura no menor de 500 metros.—Artículo 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.—Artículo 6º Cerca de ciudades, aeródromos, etc., la distancia horizontal mínima calculada desde los límites de éstos no debe ser menor de mil (1.000) metros."

El acuerdo de los superiores de Abadía para que se volara a menor altura de quinientos metros, es decir, la desobediencia de las disposiciones citadas, está ratificada por el radiograma que se copia: "Urgente.—Santa Ana, julio 24 de 1938.—Capitán García Bonilla—Techo.—Repítole orden maniobras deben efectuarse al Norte del campo sobre tanque estación Usaquén, altura no menor de 150 metros.—Informarásele permanentemente estado revista.—*Mayor Méndez.* Dirgenav."

La causa científica de la tragedia la hacen consistir las comisiones encargadas de la investigación en un deslizamiento o patinada que hizo perder altura al avión, hechos considerados frecuentes en vuelos de todo género, o en temeridad o impericia del piloto, o a una traba en los comandos.

Observa la comisión, que atribuye la causa del accidente a temeridad e impericia del piloto, que ejecutar una maniobra acrobática como la llamada del "rollo lento", consistente en hacer girar el avión 360º sobre su eje longitudinal a una altura de treinta metros, con una presión atmosférica de 560 mm. y sobre un terreno recalentado y colmado de gente, "donde podía preverse la presencia de zonas atmosféricas enrarecidas por efectos térmicos, constituye un error técnico por parte de cualquier piloto experto en acrobacias".

Resulta, por tanto, de los documentos oficiales traídos al proceso —que son fuente de confianza y hacen plena prueba— que la tragedia se debió a desobediencia e imprudencia del Teniente Abadía y a desconocimiento de los funcionarios militares encargados de la preparación de la revista, de los artículos del reglamento general de tránsito y vuelos acrobáticos, que señalan como altura mínima a que debe terminarse toda acrobacia, la de quinientos metros, así como a mala elección por parte de ellos del comandante de la escuadrilla, piloto Abadía.

III

La responsabilidad de la Nación.

Las entidades de derecho público se obligan por actos de imprudencia o de negligencia con los cuales se cause daño a un tercero.

Estas personas jurídicas, que son creaciones inmateriales de la ley en el pleno dominio de adquirir o desprenderse de sus derechos, actúan siempre por intermedio de personas naturales —agentes o representantes— que comprometen a aquéllas en los beneficios y en las responsabilidades. El Estado, el Departamento y el Municipio al buscar el agente en quien delegan su personería, ofrecen a terceros la garantía de su responsabilidad, que no se deriva del nexo contractual de la figura jurídica del mandato, sino

del hecho natural que origina deberes y obligaciones a la persona en cuyo nombre se está obrando.

El Código Civil en los artículos 2341, 2347 y 2356 sienta las relaciones de responsabilidad por la culpa extracontractual; los casos en que una persona se obliga por los actos culposos de otra y, cómo se verifica la reparación del perjuicio imputable a malicia o imprudencia del agente. Son las disposiciones que se aplican a las entidades de derecho público para fijar su responsabilidad en el daño causado por sus funcionarios.

La responsabilidad del Estado en el siniestro, lo ha dicho la Corte en diferentes oportunidades, "sea ante las disposiciones del Código Civil que reglamentan la culpa aquiliana y a cuya luz la jurisprudencia colombiana ha venido examinando los actos culposos de los agentes del Estado que en tal calidad infieren daño a terceros, sea ante la teoría que el Derecho Administrativo suministra para establecer la responsabilidad del Estado ante el daño a terceros por los actos de sus agentes y llamada "de las faltas del servicio", con cualquiera de esos dos criterios que se emplee, aun del subjetivo del Código Civil, resulta gravemente comprometida..."

"Situando la responsabilidad del Estado en el Código Civil, se explica únicamente por aplicación, conforme ya está dicho, de los artículos 2347, primer inciso, y 2349, en cuanto del contenido de dichos preceptos, examinados con un criterio de científica interpretación, se puede inferir el principio de que por razones de subordinación y dependencia, la culpa personal del empleado que ocasiona daño a tercero con ocasión del servicio prestado, repercute sobre el empleador, quien solidariamente con el primero está obligado a reparar el perjuicio. Además de la falta personal del empleado regulada por el artículo 2341, existe la del empleador, quien en ese caso se hace responsable por razón de una presunción de culpa consistente en *falta de vigilancia y mala elección* de su representante, mandatario o dependiente; presunción que se destruye probando la ausencia de culpa, o sea que así en la elección del empleado (*preposés* llaman los franceses), como en el desarrollo del hecho, causante del perjuicio, el dueño usó de los perjuicios que un hombre avisado y diligente emplearía en situación semejante tanto para asegurar la buena elección del agente como el cumplimiento normal de la respectiva función por parte de éste, en forma tal que el comitente no tuvo medio de prever o impedir el daño."

La falta de vigilancia o imprudencia de los superiores de Abadía, aparece demostrada con la prueba oficial rendida por el jefe de operaciones de la Dirección General de Aviación, Capitán Jesús M. García B., en que dice textualmente: "Desde el 19 de julio tuvieron conocimiento todos los Comandantes de escuadrilla de la altura a que debían volar, advirtiéndose al Comandante de la Escuadrilla de caza que la mínima altura para sus maniobras sería de 500 metros, aunque después, en reunión con el señor Director, se dispuso que la mínima altura de vuelo para estas máquinas sería de 150 metros, de acuerdo con lo hablado por el Mayor Méndez Calvo en reunión que tuvo con el señor Inspector General del Ejército". (Cuaderno 3, folio 33).

También incurrió la Nación en mala elección, si no en los agentes inmediatos de la fuerza aérea —que por la calidad especial de militares, deben ser más cuidadosos de la disciplina y acatamiento de órdenes de la autoridad— sí en la del Teniente Abadía por llamarlo a que tomara parte en la revista, a sabiendas de que le faltaba seriedad para comandar y de que era "juguetón", como aparece del dato calificativo de sus servicios, verificado por el anterior Director General de Aviación. Máxime habiendo cometido en los entrenamientos realizados en el Campo de Marte actos de imprudencia y desobedecimiento, por los cuales se le llamó la atención.

Por tanto, antes de haberse desvirtuado la presunción de culpa en contra del Estado por falta de vigilancia y mala elección, los documentos oficiales demuestran.... no ya una presunción sino la plena prueba de que al desarrollo de aquella tragedia contribuyó la circunstancia de no haberse tomado por parte de los superiores del Teniente Abadía aconsejadas medidas de previsión. De manera que con la responsabilidad personal del Teniente Abadía corre parejas la indirecta del Estado, derivada del hecho de que el primero causó el daño con ocasión del servicio que estaba prestando, de volar y hacer ante la multitud que presenciaba las maniobras militares en el campo de Santa Ana, ejercicios acrobáticos. Que el aviador en un momento dado de sus evoluciones aéreas, quebrantara determinada orden superior, no es circunstancia que lo coloque fuera de la misión que se le confió, hasta el punto de desvincular al Estado del daño causado; esa circunstancia apenas significa que el servicio se prestó mal, y esa falta es precisamente la base en que descansa la responsabilidad del Estado.

Ante la teoría del Derecho Administrativo, el servicio mal prestado —a título de fuente administrativa— obliga a la Nación por el siniestro, ya que se trata de la presentación de una revista militar oficial, que es un acto de gobierno o administrativo, y fue durante ella cuando se cometió el hecho culposo. Responden *in solidum*, a la luz de esta teoría, los herederos del Teniente Abadía y el Estado. En el caso presente, el Es-

tado, por ser la persona escogida por el demandante para que responda. (Las transcripciones que se hacen en este capítulo corresponden al fallo de esta Sala, de fecha 30 de junio de 1941, proferido en el juicio ordinario de Paulina Martínez viuda de Jiménez contra la Nación).

IV

Perjuicios materiales.

Anteriormente se dijo que los perjuicios materiales cuya satisfacción se reclama, se hacen consistir en las lesiones o cicatrices producidas en la cara y en las manos por las quemaduras, en una congestión pulmonar sufrida por la víctima, lo gastado en el tratamiento, las sumas que dejó de percibir durante el tiempo de la enfermedad y lo que haya podido disminuír, para el tiempo probable de vida que le quedó, su capacidad productora.

Según las pruebas producidas en la primera instancia, está demostrado que a Leonardo Rodríguez Lloreda "le quedan como consecuencia de las quemaduras recibidas, cicatrices visibles en las manos y en el rostro, que constituyen una deformidad física permanente e irreparable". Está demostrado también que la víctima, a consecuencia de la enfermedad producida por las lesiones, perdió su empleo como cajero del Club La Bomboniere, oficio que desempeñaba en las horas de la noche, y que hubo de separarse por varios meses del cargo de Oficial 4º de Estadística de la Contraloría General de la República, por la misma causa. Además es lógico suponer que las lesiones recibidas le ocasionaron gastos de enfermedad, y que acaso la deformidad física permanente e irreparable haya disminuído su capacidad productora.

Y como no aparece en los autos la demostración de estas circunstancias, en detalle, ni un cómputo numérico de la cuantía a que ascienden los perjuicios de que aquí se trata, debe hacerse la condenación *in genere*, y disponerse que mediante el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial se efectúe la regulación del perjuicio, atendiéndose al demérito físico originado por las lesiones, en cuanto ello pueda traducirse económicamente, y a los demás hechos que hayan afectado el patrimonio material del demandante.

V

Perjuicios morales.

Si en principio todo daño, así sea material o moral, debe repararse, ese postulado, tan fácilmente enunciable, ofrece serias dificultades en su aplicación al daño moral. Como no todos los daños morales son de idéntica especie, las normas que los rigen no han de ser iguales en todos los casos. Parece que la falta de esta diferenciación indispensable entre diversas clases de daño moral, según su naturaleza, ha llevado confusión a expositores y jueces, que aplican a todas las clases de daño moral idéntico criterio, sin distinguir, como es obvio hacerlo, entre las varias formas en que se presenta, con características propias y especiales. Generalización que produce oscuridad y dificultad en la apreciación del daño moral y de los medios aptos para su reparación y satisfacción.

El daño moral es la lesión del patrimonio moral propiamente dicho —en oposición al económico— y que comprende el patrimono afectivo y el social de cada persona y que se vulneran en los atentados que hieren los sentimientos de amor en la familia o que afectan el honor, la reputación, las consideraciones sociales. Hay perjuicio moral cuando se atacan esos intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran el patrimonio moral de una persona.

Algunas veces ese daño moral permanece en el orden subjetivo, lesionando o quebrantando aquellos intereses morales. En otros casos la lesión llega a materializarse, por sus manifestaciones exteriores. Esa objetivación del daño moral en cuanto puede hacerse para darle realidad procesal jurídica, constituye daño moral y no material, porque el perjuicio moral se forma por la afectación de los intereses no económicos ya enunciados, aunque la lesión tenga manifestaciones objetivas. De acuerdo con este principio, es daño moral objetivado la enfermedad proveniente de un ataque al sentimiento de afección y la depresión psíquica, con el mismo origen, que produce inhibición para el trabajo, y que consecuencialmente se refleja en el patrimonio material.

Como el daño intrínsecamente moral contempla un perjuicio puramente subjetivo, en él tan sólo el presunto lesionado sería capaz de medir la intensidad de la lesión; cualquiera otra intervención dirigida a lograr ese objeto resulta ineficaz, porque es imposible someter a una escala de medida la personalidad psicológica, compleja y múltiple, de los agentes receptores del perjuicio moral. Este daño moral subjetivo, inasible por su naturaleza, no puede reducirse a cifras ni traducirse pecuniariamente, si no se quiere caer en la más completa arbitrariedad.

El daño moral objetivado puede fácilmente repararse porque es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas. Las repercusiones objetivas del daño moral han de indemnizarse aplicándoles las normas que regulan el resarcimiento del perjuicio material. Se procura y se obtiene que ese perjuicio moral se objetive, y por esa vía se llegue a la reparación debida.

Si de reparación del daño moral se trata, hay que admitir que como tál no es posible lograrla sino en la medida de su objetivación.

Pero aunque sea imposible la reparación del daño intrínsecamente moral, ello no implica que haya de quedar sin una satisfacción de orden pecuniario, como así lo llaman Josserand y con él otros expositores.

Tal es el criterio de la ley colombiana, cuyo sistema armoniza con los principios que informan la definición de ese daño y de su indemnización. Para el daño moral no objetivable admite la ley colombiana una pequeña satisfacción pecuniaria que se gradúa prudencialmente por el Juez, según las circunstancias de cada caso, dentro de la cuantía señalada por el artículo 95 del Código Penal. (Véase sentencia de 23 de abril de 1941, *Gaceta Judicial* números 1971|72, página 424).

Aplicando la Corte al caso de autos la doctrina anteriormente explicada sobre reparación del daño moral, y teniendo en cuenta, por otra parte, que el medio probatorio adecuado para la demostración del daño moral subjetivo no puede ser directo sino a base de simples presunciones, es de justicia y razón presumir que el demandante Rodríguez Lloreda ha sufrido ese daño. Los elementos probatorios que obran en el proceso dan base para considerar que las heridas que recibió en la cara y en las manos le han producido y le producen consecuencias que pueden traducirse en un perjuicio moral no objetivado. La afirmación de los señores médicos legistas, de que las "cicatrices visibles en las manos y en el rostro constituyen una deformidad física permanente e irreparable" da lugar a suponer que la víctima ha sido colocado socialmente en una situación de notoria inferioridad. Existe claramente establecido el daño moral subjetivo resultante del complejo de inferioridad en que las heridas colocan al lesionado y que hay que estimar de grande entidad por habérsele producido unas de ellas en la cara. Por este motivo, la Sala ha de elevar al máximum la indemnización por el concepto de daño moral subjetivo. En este punto se modificará el fallo de primera instancia.

Refiriéndose el Tribunal a las dos especies que integran la categoría de daño moral, el objetivado y el no objetivado, en relación con el asunto en estudio, dice muy acertadamente: "Daño moral objetivado es aquel que por su misma naturaleza es susceptible de concretarse probatoriamente en perjuicios patrimoniales; daño moral no objetivado, el que por mantenerse dentro del campo puramente espiritual no puede ser representado en deterioros patrimoniales susceptibles de ser ciertamente justipreciados..... En el caso de que se trata, uno y otro se han producido: el primero, representado por el estado de inferioridad en que socialmente ha venido a quedar el señor Rodríguez Lloreda en razón de las 'cicatrices visibles en las manos y en el rostro, que constituyen una deformidad física permanente e irreparable', al decir de los señores médicos legistas, según lo observado en otro lugar. Y el segundo, por el sentimiento de dolor o pesar que para él le significa la consideración de ese estado de inferioridad. No se justipreció en los autos el monto de la indemnización que pueda corresponderle por concepto del perjuicio moral objetivado, y por ello la condena sólo puede hacerse en abstracto, para que en incidente separado se haga la correspondiente regulación".

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 parcialmente la sentencia de primera instancia, la que quedará así en su parte resolutiva:

Primero. Declárase que la Nación es civilmente responsable de los perjuicios tanto morales como materiales que recibió el señor Leonardo Rodríguez Lloreda, con motivo del accidente de aviación que tuvo lugar en el Campo de Santa Ana el día 24 de julio de 1938.

Segundo. Condénase a la Nación a pagar al expresado señor Rodríguez el valor de los perjuicios materiales y morales objetivados a que se refiere el punto anterior, de acuerdo con la fijación que se haga en incidente separado, y teniendo en cuenta las bases señaladas en la parte motiva de este fallo.

Tercero. Condénase a la Nación a pagarle al señor Rodríguez Lloreda la suma de dos mil pesos ($ 2.000) moneda corriente por concepto de los perjuicios morales no objetivados que sufrió el actor con ocasión del referido accidente de Santa Ana.

Es entendido que de las sumas que por razón de este fallo debe pagar la Nación, se descontará la que el demandante haya recibido o reciba por concepto del auxilio que en su favor decretó el Consejo de Estado.

No hay costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

DEL MAGISTRADO DOCTOR JOSE M. BLANCO NUÑEZ

En el presente juicio de Leonardo Rodríguez Lloreda contra la Nación, por perjuicios morales y materiales ocasionados por causa de la tragedia del campo militar de Santa Ana de 1938, el suscrito Magistrado, a reserva de ampliarlas en posterior ocasión, salva su voto en lo relativo a la estimación de los perjuicios morales, con las mismas razones que ya antes ha expuesto en casos análogos, como, por ejemplo, en el del juicio de Emiliano Valencia y María Mejía de Valencia contra la Nación por perjuicios por la muerte de su hijo Alberto Valencia Mejía (*Gaceta Judicial* número 1981, tomo LII, páginas 944 a 951).

Considero que es fiel reflejo de la letra y del espíritu de la ley en lo relativo a la responsabilidad del Estado, la tesis sostenida en el presente y por anteriores fallos de la Corte, acerca de que "por razones de subordinación y dependencia, la culpa personal del empleado que ocasiona daño a tercero con ocasión del servicio prestado, repercute sobre el empleador, quien solidariamente con el primero está obligado a reparar el perjuicio"; y me parece igualmente claro que "además de la falta personal del empleado, regulada por el artículo 2341 (de nuestro Código Civil) existe la del empleador, quien en ese caso se hace responsable por razón de una presunción de culpa consistente en *falta de vigilancia y mala elección* de su representante, mandatario o dependiente....."; pero creo que *no en todos los casos* esa presunción de responsabilidad a cargo del empleador se destruya "probando la ausencia de culpa, o sea, que así en la elección del empleado (*préposés* llaman los franceses) como en el desarrollo del hecho, causante del perjuicio, el dueño usó de los recursos que un hombre avisado e inteligente emplearía en esa situación semejante tanto para asegurar la buena elección del agente como el cumplimiento normal de la respectiva función por parte de éste, en forma tal que el comitente no tuvo medio de prever o impedir el daño".

Me parece, en primer lugar, que debe quedar claramente establecido que hay casos como el presente en que la prueba indirecta de la simple ausencia de culpa no descarga al empleador de la presunción de responsabilidad que tiene a su cargo, sino que él deberá dar, además, la prueba del caso fortuito o fuerza mayor o del error de conducta de la víctima con respecto al hecho generador del daño que ocasionó el accidente, para quedar libre de esa presunción de responsabilidad.

Aplicadas estas ideas al presente caso, se tiene que, aunque se hubiera probado que el Estado hizo una buena *elección* del Teniente Abadía y que sus superiores ejercieron sobre él una adecuada *vigilancia* en cuanto a las maniobras que se le ordenó ejecutar, siempre resultaría responsable la Nación de ese accidente, a menos que hubiera ella comprobado que el hecho generador de tal accidente se debió a un caso fortuito, de fuerza mayor, o al acto ilícito de un tercero; y ello sería así, porque jurídicamente el comitente o empleador se identifica con el agente o empleado por él escogido (Código Civil, artículos 2347 y 2349), porque se trata de una actividad peligrosa cuya fuerza era dispensada tanto por la misma Nación como dueña y empleadora, como por quien a nombre de ella obraba, aunque no se hubiera ceñido estrictamente a sus instrucciones o hubiera actuado en abierta desobediencia a éstas, cuando se hallaba prestando el servicio inherente a su cargo (artículos 2341 y 2356 ibídem).

La sentencia de esta Corte, de 14 de marzo de 1938 (*Gaceta Judicial* número 1934), en la cual fue ponente el distinguido miembro de esta corporación doctor Hinestrosa Daza, contiene una clara y sólida doctrina sobre esta materia.

Desde que se exige la prueba del caso fortuito, de la fuerza mayor o de la intervención de un elemento extraño, dicho está que la doctrina de que se trata no ha tendido a consagrar en Colombia la teoría absoluta del *riesgo creado*, teoría fundada en la exclusión de toda noción de culpa, y que se inspira solamente en el antiguo principio *"ubi emolumentum, ibi onus"*, pero sí aparece claro que ella ha tendido a reconocer, razonablemente y con apoyo en el artículo 2356 de nuestro Código Civil, que la *peligrosidad* de ciertas cosas comporta una *presunción de responsabilidad* a cargo de quienes las operan, ya directamente o por conducto de personas por cu-

yos actos deben responder los propietarios de tales cosas, presunción que no se destruye sino con la plena prueba del caso fortuito o fuerza extraña.

Es así como creo sería inútil que probara el empleador —aquí la Nación— en este caso, la simple *ausencia de culpa* con base en haber hecho una buena elección de la persona actora del daño ocasionado por una de esas cosas peligrosas, o en la conducta diligente empleada por ella para vigilar el cumplimiento normal de las funciones encomendadas al Teniente Abadía, porque la presunción de responsabilidad, dado el carácter del daño o del acto ilícito, no permite otro descargo que el de la prueba del caso fortuito, de la fuerza mayor o de la culpa de la víctima, de acuerdo con las disposiciones legales precitadas.

Me parece que no es innecesario que estas aclaraciones hubieran quedado expresamente formuladas en el fallo, para que no se entienda que si el Teniente Abadía no hubiera violado instrucciones en la revista militar y que si no resultara de autos "que le faltaba seriedad para comandar y que era de temperamento juguetón, como aparece del dato calificativo de sus servicios, máxime habiendo cometido en los entrenamientos realizados en el Campo de Marte actos de imprudencia y desobedecimiento, por los cuales tuvo una llamada de atención", entonces no sería responsable la Nación, pues ésta habría comprobado su conducta diligente o la simple ausencia de culpa en el siniestro, siendo así que el que ejerce una actividad peligrosa, por sí o por medio de un dependiente, contrae una obligación de *seguridad* o de *garantía*, que no se descarta sino con la prueba del caso fortuito, fuerza mayor o culpa de la víctima.

La conducta impropia del agente o empleado apenas será un factor más que reagravará la responsabilidad del empleador, del mismo modo que el comportamiento diligente de ambos no será más que un elemento que, unido a la demostración del caso fortuito, contribuirá a descartar, con mayor facilidad y eficacia, la presunción de responsabilidad que pesa sobre ellos de modo solidario.

Además, corroboran estas ideas las siguientes frases que acertadamente contiene el fallo: "Ante la teoría del Derecho Administrativo, el servicio mal prestado —a título de fuente administrativa— obliga a la Nación por el siniestro, ya que se trata de la presentación de una revista militar oficial, que es un acto de gobierno administrativo y fue durante ella cuando se cometió el hecho culposo".

Bogotá, noviembre nueve de mil novecientos cuarenta y dos.

José M. Blanco Núñez.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Acción para el pago de perjuicios.—Revocación de poderes.

1.—El principio de la revocabilidad que conlleva cada mandato en sí, colocado frente a la tesis del no quebrantamiento de la voluntad en los convenios, conserva su fuerza aunque infrinja el libre juego de la revocabilidad el respeto debido a un contrato. Siendo así que la facultad revocatoria es autónoma, cuando el poder revocado deja sin efecto el contrato que de él dependía, nace correlativamente al interés patrimonial de la parte lesionada, la acción indemnizatoria.

2.—La intervención de un Ministro en asunto administrativo, jurisdiccional o legislativo de un Departamento no obliga al funcionario jefe de la administración seccional. Este obra con independencia, tanto en la manera de alegar los derechos y ejercitar las acciones que tiendan a la defensa del patrimonio del Departamento, como en el modo de emplear los bienes de la entidad, puestos a su cuidado. Se reconoce más ampliamente el derecho de independencia que prevalece entre los dos funcionarios, cuando actúan en defensa de un bien que consideran pertenecerle a la entidad que respectivamente representan. En tales casos la Nación y el Departamento, por intermedio de su Ministro y de su Gobernador, se colocan en posiciones de ataque y defensa, como dos personas jurídicas independientes.

3.—La indemnización por violación de un contrato, según el artículo 1610, numeral 3º del Código Civil, se debe por el hecho mismo del incumplimiento. Si éste se comprueba, existe daño y es procedente la acción indemnizatoria.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, nueve de abril de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Anibal Cardoso Gaitán).

El doctor Nicolás Fuentes Jiménez, en libelo presentado el día veinte de febrero de mil novecientos treinta y seis ante el Tribunal Superior de Barranquilla, que luégo aclara y enmienda en escrito de dos de mayo del mismo año, pide que mediante un juicio ordinario se condene al Departamento del Atlántico a pagarle la suma que resulte del avalúo pericial que al efecto se haga, o en subsidio la de ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000) en concepto de indemnización de perjuicios por violación de los contratos de bien oculto y de mandato, y por la mora en la indemnización.

Antecedentes.

Fundamenta la demanda en los siguientes hechos:

"Primero. El Departamento del Atlántico celebró conmigo el contrato de bien oculto que está publicado en la gaceta "Atlántico", número 1885, de 29 de marzo de 1933. Segundo. En desarrollo de ese convenio, la Gobernación del Departamento del Atlántico dictó la Resolución número 62 de 3 de julio de 1933, que fue publicada en la gaceta "Atlántico", número 1936, de 14 de julio de 1933, que en su parte dispositiva reza: 'En mérito de lo dicho, la Gobernación del Departamento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reforma la Resolución proferida el 6 de junio de este año en el sentido que en seguida se expresa: 1º En concepto de este Despacho, el ferrocarril que va de esta ciudad hasta la bahía de Sabanilla es un bien oculto del Departamento; 2º Conceptúase que no es bien oculto del Departamento la parte de vía férrea que va de Sabanilla a Puerto Colombia; 3º Ejecutoriada esta providencia, la Gobernación investirá al doctor Nicolás Fuentes Jiménez de la personería necesaria para hacer efectivos los derechos del Departamento en el ferrocarril indicado en el punto primero de este fallo, a fin de que dicho denunciante inicie las acciones judiciales y administrativas que sean menester para que el Departamento readquiera el bien denunciado; 4º Prevéngase al señor Fiscal del Tribunal Superior para que coadyuve todas las acciones que, con la finalidad indicada en el punto anterior, intente el doctor Fuentes Jiménez. Tercero. En cumplimiento de la citada Resolución, y en desarrollo del citado contrato de bien oculto, el Departamento del Atlántico me confirió el poder que expresa la escritura pública número 601, de 12 de julio de 1933, otorgada en la Notaría segunda de este Circuito. Cuarto. Aceptado por mí ese poder, quedó perfeccionado el contrato adicional

de mandato de que trata la escritura pública citada en el hecho anterior. Quinto. Con fechas 11 y 29 de julio de 1933, respectivamente, el Ministerio de Obras Públicas dictó las Resoluciones números 117 y 128, por medio de las cuales declara que el ferrocarril de Barranquilla es de propiedad de la Nación. Sexto. Entonces el Departamento del Atlántico dio por terminado el contrato de bien oculto por medio de la siguiente providencia: 'Gobernación del Departamento del Atlántico—Barranquilla, catorce de agosto de mil novecientos treinta y tres.—Obedézcase y cúmplase lo resuelto por el superior. En consecuencia, procédase a revocarle al doctor Fuentes Jiménez el poder que le fue conferido por el suscrito Gobernador por medio de escritura número 601 de 12 de julio del presente año, otorgada en la Notaría segunda del Circuito.—Notifíquese y cúmplase.—*Juan Pablo Manotas*—El Secretario de Hacienda, *Diógenes Bacca Gómez*'. Séptimo. Por medio de la escritura pública número 725, de 24 de agosto de 1933, otorgada en la misma Notaría segunda, el Departamento del Atlántico puso término al contrato de mandato."

En derecho se acoge el demandante a los artículos 1610, numeral 3º, 1602, 1603 y demás pertinentes del Título 12, Libro 4º del Código Civil, y a los artículos 19 y 21 de la Ordenanza número 24 de 1929, del Departamento del Atlántico.

El señor Fiscal se opuso a las pretensiones del actor, en la contestación de la demanda, y a su vez propuso la excepción perentoria de fuerza mayor. Así las cosas, el Tribunal Superior puso término a la primera instancia del juicio, con la sentencia de diez y ocho de febrero de mil novecientos treinta y ocho, cuya parte resolutiva dice: "1º Declárase no probada la excepción de fuerza mayor propuesta por la entidad demandada; 2º Condénase al Departamento del Atlántico a pagar al doctor Nicolás Fuentes Jiménez los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado por la infracción del contrato de mandato que le otorgó para que hiciera entrar en el patrimonio departamental el bien oculto materia del contrato que, individualizado, lo era el ferrocarril que de esta ciudad conduce a la bahía de Sabanilla, como consta en la escritura pública número seiscientos uno (601) otorgada en la Notaría 2ª de este Circuito el doce (12) de julio de mil novecientos treinta y tres (1933), como resultantes del contrato celebrado entre el doctor Fuentes Jiménez y el Secretario de Hacienda del Departamento el catorce (14) de julio de dicho año, reafirmado por la Resolución número sesenta y dos (62) de tres (3) de julio del mismo año, y que el Gobernador revocó unilateralmente, según consta de la escritura pública número setecientos veinticinco (725), de veinticuatro (24) de agosto del mismo año, otorgada en la misma Notaría. Esta condena al pago de perjuicios se hace en abstracto por no haberse determinado suma líquida de dinero, a reserva de fijar su importe en la ejecución de esta sentencia, conforme lo preceptúa el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil, y 3º Hecha la condena en la forma que reza el punto anterior, no há lugar a hacer condena por mora".

Tramitación.

Apelada la anterior providencia por las dos partes litigantes, llegó el expediente a la Corte, donde el trámite del negocio sufrió una larga demora que se explica así: el conocimiento del asunto le correspondió, en primer término, al doctor Eleuterio Serna R.; en la composición de la Corte en 1940 fue reemplazado por el doctor Juan A. Donado V., quien falleció el día 22 de agosto de 1941, y a quien sucedieron los doctores Pedro León Rincón, Isaías Chaves y José M. Blanco Núñez, este último impedido para actuar por motivo de la causal 9ª del artículo 435 del Código Judicial, causa que hizo pasar el asunto el día ocho de junio último a la mesa del Magistrado Cardoso Gaitán.

En la segunda instancia se pidieron abundantes pruebas, y el señor apoderado, doctor José J. Gómez R. y el Procurador Delegado en lo Civil presentaron extensos escritos. El primero alega el incumplimiento del contrato y expone ampliamente la teoría de la reversión y las razones para que el Departamento del Atlántico obtenga la declaración de bien oculto sobre el ferrocrril que conduce de Barranquilla a la bahía de Sabanilla, y el segundo niega que en el negocio *sub-judice* haya lugar a indemnización de perjuicios, por no estar comprobada la certidumbre del daño causado al actor.

Tramitada la instancia en la forma que prescribe la ley, se procede a dictar el fallo que le ponga término al pleito.

—

En el contrato sobre denuncio de un bien oculto celebrado entre el Departamento del Atlántico y el doctor Nicolás Fuentes Jiménez, éste se comprometió: 1º A denunciar al Gobierno dentro de sesenta días contados a partir de la aprobación del contrato con el Gobernador, un bien oculto del Departamento del Atlántico, bien que no se halla en poder de éste sino de terceros que lo explotan como propio; 2º A presentar al Gobierno, dentro del mismo plazo de sesenta días, una exposición detallada sobre la situación jurídica del bien, con indicación de la acción o acciones que fuere necesario ejercitar a fin de obtener la reincorporación del bien al patrimonio del Departamento; 3º A presentar dentro del mismo término de sesenta días las pruebas necesarias para la prosperidad del juicio;

4º A instaurar y seguir hasta su conclusión, llegado el caso, la acción o acciones pertinentes ante el Organo Judicial o ante cualquiera otra autoridad, y 5º A sufragar todos los gastos que causen las gestiones relativas al negocio.

El Gobierno Departamental se obligó, por su parte: a) A resolver, presentado el denuncio y las pruebas, si el bien es o nó oculto, y si la acción o acciones presentadas por el denunciante son procedentes; b) A investir al contratista de la personería necesaria para hacer efectivos los derechos del Departamento, si en concepto del Gobierno fuere realmente bien oculto el denunciado; c) A prevenir al Agente del Ministerio Público para que coadyuve en las acciones intentadas por Fuentes Jiménez, y d) A pagar al contratista el treinta por ciento del valor del bien, si obtiene su reintegro mediante juicio, o el diez y nueve por ciento si el negocio termina por arreglo o transacción.

En desarrollo del contrato, el doctor Fuentes Jiménez presentó a la Secretaría de Hacienda del Departamento, el día 29 de mayo de 1933 (folios 8 a 14 del cuaderno de pruebas número 2), una larga exposición sobre la situación jurídica del bien materia del denuncio, con indicación de las acciones pertinentes y necesarias al caso, y las pruebas en que se fundaba para demostrar que el ferrocarril de Barranquilla a Puerto Colombia es bien oculto. Por su lado, la Gobernación dictó la Resolución de seis de junio de 1933, en la cual declara que Fuentes Jiménez no ha comprobado que el ferrocarril de Barranquilla a Puerto Colombia sea bien oculto; pero tal Resolución la reformó a solicitud de Fuentes Jiménez, por la número 62 de tres (3) de julio (folio 2, cuaderno principal), en la que se estima que el sector de ferrocarril comprendido entre la ciudad de Barranquilla y la bahía de Sabanilla sí es bien oculto. Y la Gobernación procedió a otorgarle a Fuentes Jiménez el poder contenido en la escritura pública número 601 de la Notaría 2ª del Circuito de Barranquilla, a fin de que iniciara las acciones correspondientes, hasta obtener el reintegro de dicho sector de ferrocarril al patrimonio del Departamento (folio 3, cuaderno principal).

En este estado las relaciones jurídicas de las partes, dictó el Ministerio de Obras Públicas las Resoluciones números 117 y 128 de 1933 (folios 4 y 5 del cuaderno principal), que declararon de propiedad nacional el ferrocarril que conduce de Barranquilla a Sabanilla. Entonces el Gobernador del Atlántico profirió el catorce de agosto de 1933 una providencia *de obedecimiento al superior,* y ordenó que por tanto se revocara el poder conferido al doctor Fuentes Jiménez. La escritura de revocación dice: "Primero. Que por medio de la escritura pública número seiscientos uno (601) de doce de julio del presente año, otorgada en esta misma Notaría, confirió poder, en su condición de Gobernador, al doctor Nicolás Fuentes Jiménez, para que a nombre del Departamento del Atlántico iniciara y siguiera hasta su terminación las acciones judiciales, administrativas o de cualquiera otra índole que el apoderado estimara necesario adelantar, ante cualesquiera autoridades del Departamento del Atlántico, contra la Nación o contra The Barranquilla Railway and Company Ltd., con el objeto de que el Departamento readquiera el ferrocarril que de esta ciudad va a Sabanilla, declarado como bien oculto de la entidad departamental en Resolución de la Gobernación fechada el tres de julio del presente año. Segundo. Que esta última Resolución ha quedado infirmada por las dos resoluciones que sobre el asunto ha dictado el señor Ministro de Obras Públicas con fecha once de julio próximo pasado, la una, y veintinueve del mismo mes, la otra. Tercero. Que por mérito de tales resoluciones, el exponente, acatando la orden superior, ha dictado en la actuación respectiva el auto de obedecimiento correspondiente, con fecha catorce (14) del presente mes, auto que está ejecutoriado, y en el cual se dispone revocarle al referido doctor Fuentes Jiménez el mencionado poder. Cuarto. Que por tal razón, por medio de la presente escritura revoca en todas sus partes el poder que, con la finalidad anteriormente indicada, confirió al doctor Nicolás Fuentes Jiménez, por medio de la escritura pública número seiscientos uno (601) de doce (12) de julio de este año, otorgada en la misma Notaría."

Efecto de la revocatoria del poder.

El principio de la revocabilidad que conlleva cada mandato en sí, colocado frente a la tesis del no quebrantamiento de la voluntad en los convenios, conserva su fuerza aunque infrinja el libre juego de la revocabilidad el respeto debido a un contrato. Siendo así, que la facultad revocatoria es autónoma, cuando el poder revocado deja sin efecto el contrato que le dependía, nace correlativamente al interés patrimonial de la parte lesionada la acción indemnizatoria.

En el caso de autos, el Gobierno Departamental del Atlántico se obligó por la cláusula 3ª del contrato a "investir al contratista de la personería necesaria para hacer efectivos los derechos del Departamento". En un principio el Gobierno, previo el estudio de la calidad del bien denunciado y el concepto favorable sobre la naturaleza de oculto, satisfizo la obligación de otorgar el poder a Fuentes Jiménez, pero transcurridos cuarenta y dos días, lo revocó, con lo cual dio por terminado el contrato.

No es hecho discutido en el asunto la revocatoria del poder, con su natural consecuencia,

el incumplimiento del convenio. El señor Procurador Delegado en lo Civil, refiriéndose en concreto a esta faz del litigio, expresa: "En tal revocatoria, unilateral, no consentida por el contratista-denunciante, es en donde se hace radicar la violación del contrato de 'bienes ocultos'. Este concepto no lo rechaza el suscrito; antes lo acepta con sus estrictas consecuencias".

El mandato, como dice el señor Procurador, "no es sino un desarrollo, una consecuencia necesaria" del contrato; es, además, una obligación que debían acatar ambas partes; el Departamento para "otorgarlo y conservarlo durante el tiempo que demandaran las gestiones necesarias para recuperar el bien" y el contratista para "aceptarlo y ejercerlo" hasta realizar el propósito para que le fue otorgado.

Revocado el poder, hay que examinar qué consecuencias produce la revocación. Se pueden destacar dos clases de consecuencias: una general de carácter patrimonial, y otra particular de efecto jurídico.

La primera, con perjuicio común a las partes, consiste en el efecto negativo de adquisición del bien. El propósito perseguido con el otorgamiento del poder era la reivindicación del ferrocarril, en beneficio de ambas partes; del Departamento del Atlántico porque entraba en posesión de un bien valioso, que le permitía ofrecer a la ciudadanía un servicio público, y del contratista-denunciante porque obtenía la remuneración de sus servicios profesionales. Revocado el mandato, tales finalidades dejaron de ser factibles.

La segunda consecuencia de la revocación del poder —de efecto jurídico— consiste en el quebrantamiento que se operó del contrato. Efecto que perjudica intrínsecamente a Fuentes Jiménez, contratista a quien se le truncó el propósito de recuperar el bien, se le paralizó la actividad que estaba llamado a desplegar, y quien tiene, por tanto, derecho a reclamar, conforme a la tesis jurídica de la responsabilidad por infracción de los contratos, indemnización de perjuicios.

Como en el curso del juicio el demandado alegó la excepción de fuerza mayor, la Sala procede, en primer término, a considerar ese medio defensivo.

Excepción de fuerza mayor.

El Gobierno Departamental del Atlántico justifica la infracción del contrato diciendo que por lo que sobre él había declarado, a saber, que "el ferrocarril que va de esta ciudad hasta la bahía de Sabanilla es un bien oculto del Departamento", el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Obras Públicas, se pronunció en el sentido de que tal obra férrea pertenece en pleno dominio y posesión a la República de Colombia, sin que sobre ella tenga el Departamento del Atlántico la nuda propiedad ni derecho alguno. Que como se trataba de resoluciones ministeriales, de providencias dictadas por una autoridad superior administrativa a la cual debía obediencia, al cumplirlas, como lo hizo y debía hacerlo, se produjo respecto al convenio celebrado con Fuentes Jiménez, una fuerza mayor que le impidió seguir observando el contrato.

Se considera:

La intervención de un Ministro en asunto administrativo, jurisdiccional o legislativo de un Departamento no obliga al funcionario jefe de la administración seccional. Este obra con independencia, tanto en la manera de alegar los derechos y ejercitar las acciones que tiendan a la defensa del patrimonio del Departamento, como en el modo de emplear los bienes de la entidad, puestos a su cuidado. Se reconoce más ampliamente el derecho de independencia que prevalece entre los dos funcionarios, cuando actúan en defensa de un bien que consideran pertenecerle a la entidad que respectivamente representan. En tales casos la Nación y el Departamento, por intermedio de su Ministro y de su Gobernador, se colocan en posiciones de ataque y defensa, como dos personas jurídicas independientes.

El doctor José J. Gómez R., apoderado del actor, en extenso alegato presentado a la Corte, dice lo que sigue, que la Corte encuentra jurídico: "a) Aparte de que un Ministro carece de autoridad y jurisdicción, la declaración de pertenencia de unos bienes, a favor de la Nación, no implica acto de *autoridad*; es el concepto unilateral de quien se considera titular de un derecho, de ser éste su propiedad exclusiva. De lo contrario, toda declaración de pertenencia formulada por un funcionario público, con autoridad o nó, sería acto de autoridad. En este caso, la investidura ministerial nada pone a dicha declaración, como tampoco pondría la de haber sido formulada por el Presidente de la República y el respectivo Ministro, por la sencilla razón de que la afirmación de poseer unos bienes con derecho de propiedad privada, no toca con atributo alguno de soberanía.

"Es más: el Ministro hizo tal declaración porque invocaba de manera inmediata la compra que celebrara con la Compañía, sucesora de los concesionarios, compra en la cual la Nación obró como persona de derecho privado. ¿Cómo puede ser acto de autoridad aquel en el cual se afirma un derecho que llegó (en la hipótesis de que hubiera llegado) al patrimonio oficial, en ejercicio de la personalidad privada de la respectiva

entidad y que hace parte de su patrimonio privado?

"b) Al atribuir a aquellas resoluciones el valor legal de *actos de autoridad*, para dictar un 'obedézcase y cúmplase', revocar el mandato y dejar de cumplir el contrato con el cual se perseguía la efectividad de un bien departamental, se quebrantaron preceptos constitucionales y vigentes cuando las resoluciones fueron proferidas. Estas no fueron sino un concepto del Ministro, ni siquiera del Gobierno, sobre lo que el primero juzgó de propiedad nacional. Pero el Ministro nada mandó, nada dispuso, nada ordenó. Si hubiese mandado, dispuesto u ordenado, habría quebrantado clara y directamente los preceptos constitucionales que consagraban entonces los artículos 47, 48 y 50 del Acto legislativo número 3 de 1910. El Gobernador los infringió flagrantemente al atribuir a las resoluciones un poder y un alcance que no tenían. Por el primero, cada Departamento está regido por un Gobernador que es jefe de la administración seccional a la vez que agente del Organo Ejecutivo, y en esa virtud un Ministro no podía darle órdenes en lo que respecta al manejo de la hacienda departamental, ni estaba obligado a seguirlas en el caso de que se le hubiesen dado. Por el segundo, los Departamentos tienen independencia para la administración de los asuntos seccionales, y por el tercero, sus bienes y rentas son propiedad exclusiva que goza de las mismas garantías que la de los particulares, de modo que ni el Ministro podía intervenir —como no intervino, pues aquello fue un mero concepto— ni el Gobernador debía aceptar intromisión alguna si quería acatar la Constitución." (Folio 52, cuaderno 9).

El contrato de privilegio para la construcción del ferrocarril que comunicara a Barranquilla con el puerto o bahía de Sabanilla, celebrado el día siete (7) de febrero de mil ochocientos sesenta y ocho (1868) entre el Estado Soberano de Bolívar y los señores Ramón Santodomingo Vila y Ramón B. Jimeno, por el término de cincuenta años contados desde el día en que se diera al servicio la vía, pudiéndose prorrogar por otros veinticinco años si al Poder Ejecutivo no se le hicieren por otra persona o entidad proposiciones más ventajosas, contiene las siguientes estipulaciones: "Cláusula 1ª Santodomingo Vila y Jimeno se comprometen a construir un camino de carriles de hierro, servido por máquinas de vapor, que ponga en comunicación la Bahía de Sabanilla con la ribera occidental del río Magdalena en la ciudad de Barranquilla, aceptando las disposiciones de la Ley de 4 de mayo de 1865, expedida por la Convención del Estado y cuyo imperio se restableció por la de diez (10) de octubre último; y también las condiciones que se estipularán en este contrato, cuyos derechos y obligaciones se hacen extensivos a los herederos legítimos representantes de Santodomingo y Jimeno por el término de cincuenta años prorrogables a veinticinco años más, en el caso previsto en el artículo 14 de la Ley 30 de marzo de 1865, a que se refiere la de 4 de mayo citada, cuyo término comenzará a contarse desde el día en que se ofrezca la vía al servicio público.—Cláusula 2ª Los empresarios se obligan a principiar los trabajos del ferrocarril dentro de un año y a concluírlo, dentro de cinco, contados ambos términos desde la sanción de este contrato.—Cláusula 5ª Si dentro de los últimos seis meses del quinto año los empresarios juzgaren que no les es posible terminar la obra en el plazo indicado, podrán solicitar una prórroga hasta por un año, y ésta se les concederá por el Poder Ejecutivo, siempre que estén concluidas por lo menos las dos terceras partes del camino." (Folios 15 y 16 del cuaderno de pruebas número 2, del Tribunal).

El contrato fue cedido por los señores Santodomingo Vila y Jimeno a la Compañía del Ferrocarril y Telégrafo de Bolívar, la que por contrato de 15 de diciembre de 1875 lo traspasó a los Estados Unidos de Colombia, representados para el caso por el Secretario de Hacienda y Fomento. La Nación lo cedió posteriormente, el día 5 de julio de 1884, al señor Carlos Uribe, quien lo vendió a The Barranquilla Railway and Pier Co. Ltda., y últimamente esta Compañía, con fecha 28 de abril de 1933, lo enajenó a la República de Colombia.

La primera de las Resoluciones del Ministerio de Obras Públicas a que se alude, la número 117 de 1933, después de mencionar los distintos contratos a que dio lugar el de privilegio otorgado a Ramón Santodomingo Vila y Ramón B. Jimeno para la construcción del ferrocarril entre Barranquilla y Sabanilla, y de hacer hincapié en que cada uno de los cedentes o vendedores hacía traspaso de los bienes de su exclusiva propiedad, dice lo siguiente: "La relación precedente demuestra que ni el privilegio concedido primitivamente a los señores Santodomingo Vila y Jimeno, ni los contratos posteriores de traspaso de la empresa contienen estipulación ninguna que hable del derecho de reversión a favor del Estado Soberano de Bolívar o de los Departamentos que hoy representan sus derechos, y, por tanto, los concesionarios, y hoy la Nación, como sucesora suya en el dominio del ferrocarril, no están obligados a devolver éste al vencimiento de los cincuenta o setenta y cinco años del privilegio, ni a título gratuito ni a precio de avalúo u otra forma, pues nada de esto se estipuló en la concesión, y la reversión no es una obligación inherente a toda concesión de privilegio. Para que se estimara que el Estado Soberano de Bolívar se había reservado la nuda

propiedad del ferrocarril y había concedido sólo el usufructo a los concesionarios, habría sido menester que así expresamente se hubiera estipulado; pero no habiendo sucedido tal cosa, al vencerse el término del privilegio los concesionarios seguían dueños del ferrocarril sin privilegio alguno, sin las exenciones y ventajas que el contrato les otorgaba y en libre concurrencia con otros empresarios que quisieran hacerles competencia, como ya se dijo. Por lo expuesto, hay que concluir que el ferrocarril de Barranquilla a Puerto Colombia pertenece a la Nación en pleno dominio y posesión, y por ello *se resuelve:* Primero. El contrato de concesión de privilegio para la construcción y explotación del ferrocarril de Barranquilla a Sabanilla no impuso a los concesionarios la obligación de entregarlo al Estado Soberano de Bolívar al vencerse el término del privilegio. Segundo. El ferrocarril de Barranquilla a Puerto Colombia pertenece en pleno dominio y posesión a la República de Colombia, sin que sobre él tenga el Departamento del Atlántico la nuda propiedad ni derecho alguno. Comuníquese al señor Gobernador del Departamento del Atlántico y publíquese en el *Diario Oficial.*—El Ministro de Obras Públicas, *Alfonso ARAUJO".* (Folio 4, cuaderno principal).

La segunda de las Resoluciones, número 128 de 1933, tuvo su origen en la reposición que pidió el señor Gobernador del Atlántico al Ministro de Obras Públicas, de la que en el mismo negocio había pronunciado el día once de julio de mil novecientos treinta y tres. En esta ocasión se afirma nuevamente que ni el contrato de privilegio extendido en 1868 por el Estado Soberano de Bolívar a favor de Ramón Santodomingo Vila y Ramón B. Jimeno, ni las leyes coetáneas del mismo Estado establecían el derecho de reversión a favor del Departamento o de los Departamentos en que luégo se dividió el antedicho Estado Soberano. Y concluye: "Por todo lo expuesto, este *Despacho considera* que las razones alegadas por el Gobernador del Departamento del Atlántico para declarar que el ferrocarril de Barranquilla a Sabanilla es un bien oculto, de propiedad del mismo Departamento, carecen en absoluto de todo fundamento jurídico, y que, por lo mismo, no hay motivo para infirmar la Resolución número 117 de que se ha hecho mérito." (Folio 5, cuaderno número 1).

El Ministro de Obras Públicas considera en las dos resoluciones mencionadas que el Departamento no debía haber celebrado el contrato sobre denuncia de un bien oculto, porque el ferrocarril materia del convenio pertenece en pleno dominio y posesión a la República, o mejor, por falta de objeto para contratar, pues tal obra férrea no es un bien oculto. El Ministro dice que la Nación adquirió, tras sucesivas operaciones de venta, el dominio pleno del ferrocarril de Barranquilla a la bahía de Sabanilla. Y que estas transacciones de la plena propiedad se podían hacer porque el contrato que concedió el privilegio para construir y explotar el ferrocarril antes dicho no dispuso que expirado el plazo de servicio de la obra, ingresase ésta al Estado Soberano de Bolívar o a los Departamentos que le sucedieran en sus derechos; ni en las leyes de 30 de marzo y 4 de mayo de 1865 que sirvieron de fundamento al contrato se estipuló el derecho de reversión y que los contratos de privilegios no contienen tácitamente la obligación de revertir.

Mediante el juicio a que diera lugar la acción que debía interponer el doctor Nicolás Fuentes Jiménez para obtener el reintegro del ferrocarril al patrimonio del Departamento habría de decidirse sobre si el tántas veces citado ferrocarril pertenece al Departamento como bien oculto, o a la República de Colombia por título de compra. Era, pues, al Organo Judicial y no al Ministerio de Obras Públicas a quien correspondía desatar el litigio. Mientras éste no se adelantara y se profiriera el fallo correspondiente, la cuestión planteada y que iba a ser objeto de controversia judicial, continuaba siendo la materia propia de la litis futura que el contratista del bien oculto, ya reconocido tál por el Departamento, debía gestionar ante las autoridades respectivas.

El problema de fondo contemplado por las resoluciones del Ministerio y que había sido también examinado por la Gobernación del Atlántico, acerca de haberse verificado o nó la reversión del ferrocarril al Departamento de Bolívar, al término de la concesión, no podía ser desatado sino por el Organo Judicial, pues la Nación, cuyos derechos manifestó defender el Ministro de Obras Públicas, estaba interesada, en calidad de dueña, como compradora de los mismos bienes que el Departamento del Atlántico estimaba ser de su dominio por haber vuelto al patrimonio del Estado Soberano de Bolívar al finalizar la concesión. Tan opuestos y antagónicos intereses —los de la Nación y los del Departamento— no podían ser declarados jurisdiccionalmente, en favor de una de las partes, sino en virtud de un fallo judicial sobre dominio. Las resoluciones del Ministerio carecían de imperio para sustituir el pronunciamiento decisorio del Organo competente. Ni ellas en realidad tuvieron otro alcance que el de afirmar para la Nación un derecho, así como el Departamento sostenía en su beneficio idéntica pretensión. Las resoluciones ministeriales no eran, pues, obligatorias jurisdiccionalmente para el Departamento, y en consecuencia, una vez proferidas, el Departamento pudo y debió continuar sosteniendo sus obligaciones contractuales con Fuentes Jiménez.

El Gobernador no expresa al revocar el poder su convencimiento de no tener derecho el Departamento al ferrocarril, sino la voluntad de acatar la decisión de su superior, el Ministerio de Obras Públicas. Pero ésta, como se ha visto, no lo obligaba, y por lo mismo no sirve de excusa al rompimiento de las estipulaciones que ligaban a la entidad departamental con su contratista y apoderado, el doctor Nicolás Fuentes Jiménez.

Las resoluciones del Ministerio de Obras Públicas que dijo obedecer el señor Gobernador no constituyen acto de autoridad de los contemplados en el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, disposición pertinente al caso del presente juicio.

El hecho que alega el Departamento como exculpativo de su responsabilidad no lo es, y por tanto no ha de prosperar la excepción de fuerza mayor invocada.

El daño.

En el escrito presentado por el actor en que corrige y enmienda la primitiva demanda se pide indemnización de perjuicios por violación de los contratos de bien oculto y de mandato, y por la mora (folios 35 a 37 vuelto, del cuaderno número 1).

Los dos motivos señalados como primeras causas de reparación se reducen en definitiva a uno: violación del contrato de bien oculto.

Se trata de determinar el daño causado a Nicolás Fuentes Jiménez con la violación de ese contrato. Los señores peritos, doctores Otto Barrios Guzmán, Enrique A. Becerra y Cruz Giraldo Botero dividieron el daño, para su indemnización, en dos partes: 1ª, daño emergente, y 2ª, lucro cesante. El primero lo hicieron consistir en los gastos erogados por Fuentes Jiménez en las diligencias efectuadas para obtener los documentos conducentes a la demostración de que se trataba de un bien oculto y en la gestión realizada ante la Gobernación, y lo avaluaron en diez y siete mil pesos ($ 17.000); el segundo consistente en lo que hubiera obtenido Fuentes Jiménez si el Departamento del Atlántico no interrumpe su gestión, no lo avaluaron, porque no les fue "posible determinar en cantidad líquida lo que sería ese 19 o 30 por ciento, pues en el expediente no hay datos sobre los cuales pueda determinarse el valor del ferrocarril de Barranquilla a Sabanilla, con sus accesorios y anexidades, sobre el cual versaba el contrato de denuncio de bien oculto". Con ocasión a la solicitud formulada por el apoderado de Fuentes Jiménez en el sentido de que se ampliara el dictamen rendido, los señores peritos demostraron nuevamente en forma detallada la imposibilidad en que se encontraban de conocer y apreciar el valor del lucro cesante. (Folios 11 a 24 del cuaderno número 10).

En cuanto a la participación de Fuentes Jiménez de acuerdo con el 19 o el 30 por ciento estipulado en el contrato, se expresó así el abogado: "No quiero señalar pauta a los señores peritos. Ellos, al avaluar los perjuicios, dirán cuál de estos porcentajes debe representarlos. Me atrevería a decir que en tratándose de un litigio contra fuerte compañía extranjera, no creo que el negocio se hubiera podido definir por transacción, pues la historia judicial del país demuestra que a las compañías extranjeras hay que vencerlas en ambas instancias y en casación".

Por su parte, el señor Procurador se manifestó en los siguientes términos: "La certeza del daño en materia de bienes ocultos, en lo que se refiere a una tal lesión futura —por razón de lo que llegaría a ser la participación del denunciante en el valor del bien denunciado— sólo puede asegurarse, sólo puede establecerse, sólo puede llegar a cobrar entidad jurídica en virtud de un fallo competente que confirme —jurisdiccionalmente— los puntos de vista de la denuncia respectiva. Mas a tal declaración no se llegó. Y así las cosas, aun admitiendo como admito que aquella *utilidad* (participación) habría podido llegar a producirse en el patrimonio del demandante de hoy, a ella no se le puede reputar de cierta, y por tal razón tampoco puede tenerse como *cierto* el perjuicio que se dice causado por la pretendida privación de dicha utilidad. De ésta no existe certidumbre alguna. Tiene apenas el carácter de contingente, de probable. De donde se comprende que el daño *futuro* en que se sustenta en gran parte la presente acción, no es cierto sino tan sólo contingente. En cuanto a la indemnización de perjuicios que se dice comprendidos dentro del concepto de daño emergente, como son los que se hacen radicar en los gastos hechos por el demandante en su gestión *anterior* a la celebración del contrato de 'bienes ocultos', de que se hace mérito, ¿por qué ha de condenarse al Departamento del Atlántico por perjuicios que no surgieron como consecuencia directa o inmediata de un acto suyo?.... Por otra parte, gastos y gestiones de la naturaleza de los que se discuten en este aparte se entiende que están representados debidamente en la participación que se pacta en el respectivo contrato de 'bienes ocultos', mediante el cumplimiento de todas las modalidades de éste. Hé aquí el problema de imputación."

El señor Procurador niega, pues, que se haya causado el cesante por cuanto el perjuicio no es cierto, y que no se produjo el emergente porque se halla comprendido en la participación que por el primero hubiese recibido el demandante,

mediante el cumplimiento de las modalidades del contrato. Total que el Gobierno del Atlántico no debe perjuicios por la infracción del convenio.

Se considera:

La indemnización por violación de un contrato, según el artículo 1610, numeral 3º del Código Civil, se debe por el hecho mismo del incumplimiento. Si éste se comprueba, existe daño y es procedente la acción indemnizatoria.

Que el resultado del juicio que estaba obligado a ventilar Fuentes Jiménez para recuperar la obra del ferrocarril entre Barranquilla y Sabanilla no sea conocido a efecto de reconocer el beneficio, es precisamente un motivo que tiene el actor para demandar perjuicios, porque a esta situación de incertidumbre se llegó por culpa de la entidad demandada. El Gobierno Departamental del Atlántico estaba en la obligación, al declarar por la Resolución número 62 de 3 de julio de mil novecientos treinta y tres, que el ferrocarril comprendido entre Barranquilla y la bahía de Sabanilla es bien oculto, y al otorgar poder a Fuentes Jiménez para que ante las autoridades nacionales obtuviera su reincorporación al patrimonio del Departamento, ha de permitir que el *contratista* denunciante hiciera uso de dicho poder para llenar y cumplir todos los deberes que le imponía el contrato. Lo cual no se llevó a efecto porque la parte demandada, el propio señor Gobernador del Atlántico, en forma unilateral y voluntaria, puso fin al acto contractual.

Aunque es verdad que el perjuicio no es *cierto*, en el sentido de saberse a cuánto asciende, sí lo es que se causó. Ello resulta del propio incumplimiento del contrato.

Indemnización del perjuicio.

El monto de la indemnización no podrá exceder de la cantidad de ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000) moneda legal, de conformidad con lo estimado y previsto por el actor en su demanda. Allí expresó lo siguiente: "....pido a vosotros.... condenéis al Departamento.... a pagarme.... la suma que resulte del avalúo pericial practicado al efecto, o, en subsidio, la de ciento cincuenta mil pesos". Presentada en tal forma la petición, hay que entenderla en el sentido de que las aspiraciones de beneficio que pretende el demandante se satisfacen con la suma expresada arriba. Además se observa que los peritos que actuaron se abstuvieron de avaluar el lucro cesante, de donde se puede inferir que no ha habido realmente avalúo en el juicio, hipótesis ésta contemplada en la demanda, y para la cual se previó allá que el monto del perjuicio sería el de ciento cincuenta mil pesos. Tales razones, la del asentimiento anticipado por el actor, de ser la suma dicha una representación de sus aspiraciones de beneficio en el pleito, y la de haberse practicado en verdad un avalúo comprensivo del daño, impone la conclusión de que el valor del perjuicio no puede exceder, de conformidad con la demanda, de la suma de ciento cincuenta mil pesos.

No es procedente el pago de una indemnización basada, como lo insinúa el abogado del demandante, en los porcentajes previstos en el contrato celebrado entre Fuentes Jiménez y el Departamento, porque tales porcentajes se estipularon en la hipótesis de reintegrarse el ferrocarril al patrimonio del Departamento, y ese reintegro no se hizo; no habiéndose realizado, no hay un bien nuevo o reincorporado al Departamento que autorice y permita calcular y deducir de él la participación convenida. En presencia de la inaplicabilidad a este litigio de las cláusulas sobre participación consignadas en el convenio ya citado, necesariamente se desplaza la cuestión a un plano en que hay que analizar los factores generales que influyen o deben influir en la cuantía del daño.

Esencialmente contemplado el problema indemnizatorio, se reduce a satisfacer al doctor Fuentes Jiménez este doble perjuicio: daño emergente, que resulta del valor que tenga, estimado pericialmente, el aporte de sus conocimientos profesionales conducentes a demostrar el derecho del Departamento del Atlántico sobre el ferrocarril objeto del bien oculto, y de los gastos que el abogado tuvo que hacer para preparar las acciones respectivas ordenadas a la reivindicación del ferrocarril; y el lucro cesante, consistente en el valor de los honorarios que corresponden ordinariamente a gestiones de esta clase y que el doctor Fuentes habría realizado si no se le revoca el mandato.

Los peritos que actuaron en el juicio hicieron un avalúo de lo que llaman daño emergente y que incluye tan sólo los gastos hechos por el doctor Fuentes Jiménez para preparar las acciones que habría de adelantar. Pero ello no representa sino una parte del daño de este género, pues al practicar su avalúo los peritos omitieron tener en cuenta, para compensarlo, el valor del secreto profesional y de los conocimientos que el contratista entregaba al Departamento o ponía a su servicio en orden a obtener la reivindicación del ferrocarril. El avalúo pericial en este punto debe completarse apreciándose el otro elemento de que se hace mérito y de que se olvidaron los señores peritos.

Respecto al lucro cesante, habrá de hacerse una estimación pericial en que se fije el monto de lo que por este concepto debe darse al demandante, en calidad de honorarios, teniendo en cuenta lo que ordinariamente se paga por la

atención de litigios análogos a abogados de buena reputación y crédito profesional.

Debiendo rehacerse el avalúo practicado en el proceso, y siendo fundada jurídicamente una condena contra el Departamento del Altántico y en favor del doctor Nicolás Fuentes Jiménez, por el incumplimiento del contrato y los naturales perjuicios que ello produce, debe declararse aquélla *in genere*, a fin de que ulteriormente, y con las bases de estimación consignadas en este fallo, se haga la liquidación de los perjuicios en el incidente previsto por la disposición del artículo 553 del Código Judicial, subrayándose la circunstancia de que la estimación total de daños y perjuicios no podrá exceder de la cantidad de ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000) moneda legal.

Prelación sobre condena por la mora.

El artículo 1610 del Código Civil dice: Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con *la indemnización de la mora*, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya:.... (subraya la Sala). Es decir, la mora se produce desde que el deudor se constituye en ella, desde el día en que debiendo pagar no satisface su obligación.

¿En qué momento incurre en mora el Departamento en sus relaciones con Fuentes Jiménez? Se ha pedido que la mora se declare desde el día en que se incumplió el contrato por el Departamento. Tal pretensión no es jurídica. Las circunstancias del proceso configuran nítidamente de manera distinta la mora. Si el contratista hubiese llevado a cabo sus gestiones recuperadoras del llamado bien oculto, ejercitando las acciones judiciales propias para lograrlo, solamente una vez que el ferrocarril hubiera entrado al patrimonio del Departamento habría nacido la obligación de pago a Fuentes Jiménez, y cualquier aplazamiento de ahí en adelante en hacerle entrega de su cuota, habría significado la mora. Sin triunfar el apoderado en el pleito o los pleitos que debía seguir, no era posible que surgiese la obligación de pago de su porcentaje, ni por ende la mora en no satisfacerlo. De idéntica manera hay que entender que sería prematura la mora desde la infracción del contrato, pues su desconocimiento se produjo antes de haber iniciado el contratista su labor de reivindicar ante el Organo Judicial, y es natural apreciar el tiempo que ella se hubiese tomado, en un juicio que como lo anota el abogado del contratista ante la Corte, habría exigido las dos instancias de toda acción ordinaria y el recurso extraordinario de la casación. O sea un proceso de varios años posteriores al día en que el poder se revocó, proceso que puede pensarse no sería, en ningún caso, menor del que ha requerido la presente litis para desatarse en sus dos instancias.

Por ello la mora no es procedente respecto al tiempo anterior a este fallo; lo será cuando liquidado el perjuicio que se reclama, se deje insatisfecha la obligación deducida en el juicio. Por tanto, no hay lugar a declarar los perjuicios que por causa de mora se demandan.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, así:

Primero. Declárase responsable al Departamento del Atlántico por incumplimiento del contrato sobre denuncio de un bien oculto, celebrado el día diez y siete de marzo de mil novecientos treinta y tres, en la ciudad de Barranquilla, entre el Departamento del Atlántico y el doctor Nicolás Fuentes Jiménez.

Segundo. Condénase al Departamento del Atlántico a pagar al doctor Nicolás Fuentes Jiménez los perjuicios que le causó con el incumplimiento del contrato a que se refiere el punto anterior. La fijación de su cuantía se hará por el procedimiento establecido en el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta las bases de estimación señaladas en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero. Absuélvese al Departamento del pago de los perjuicios demandados por concepto de mora.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán, Fabio Hernández (Conjuez), *Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido*, Secretario en propiedad.

Acción para el pago de perjuicios.—Abuso del derecho.

La equivocación en que incurre el empleado liquidador de los impuestos sobre la renta, exceso de utilidades, etc., no implica un mal comportamiento del empleado que sea capaz de generar acción por perjuicios a cargo del Estado en cuyo nombre procedió el liquidador. Este actúa dentro de la órbita de sus poderes. Lo cual es incompatible con la idea de que de ahí pueda surgir el derecho a una reparación de daños. Quien tiene a su cargo la aplicación de la ley, corre el riesgo de equivocarse en mayor o menor grado al medir su verdadero alcance. La equivocación del intérprete no representa un procedimiento ilícito o una culpa. A menos que al incidir en ella se demuestre la intención dolosa; o el simple ánimo preconcebido de poner el error al servicio de un fin tortuoso en detrimento de alguna persona. En uno y en otro caso se configuraría un abuso del derecho, debido a que se toma voluntariamente la ley como arma de arbitrariedad y de venganza, desviándola de su espíritu y finalidad. Quien promueve un pleito sin mayor provecho visible e impulsado por el deseo de incomodar a la contraparte, abusa del derecho. Pero quien ejercita el derecho, y al ejercitarlo únicamente se equivoca, bien porque escoge una vía que no era la indicada, o porque reclama en extensión mayor de la debida, no incurre en culpa, porque la sola equivocación no indica que se esté persiguiendo un fin torcido en detrimento de aquel a cuyo cargo está la obligación correlativa. Aún dentro de la teoría más aguda y sutil del abuso, defendida por Josserand, la del criterio funcional, el abuso del derecho se caracteriza por una desviación de las facultades legales a fines distintos de los previstos. "Gracias a esa teoría —dice el mencionado autor— el derecho se realiza moralmente; cumple su misión que es asegurar el reinado de la justicia, no el de la injusticia y la inmoralidad". Es decir, según el pensamiento del autor, que cuando la facultad legal se emplea para conseguir un fin socialmente inmoral y por ende condenable, contra un tercero, hay un abuso del derecho representado en aquella facultad. De consiguiente, es insuficiente el perjuicio causado al ciudadano por causa de la errada interpretación legal que haga el funcionario público encargado de ejecutar la ley en un caso particular, para configurar, a mérito del solo yerro, la acción por abuso de los derechos. Se requiere algo más: que la equivocación sea intencionada o culposa; con culpa delictual o cuasidelictual.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto doce de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El señor Miguel J. Caldas, mayor y vecino de Santa Marta, se presentó ante el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial, demandando a la Nación para que mediante los trámites de un juicio ordinario sea condenada a "pagarme los perjuicios materiales y morales sufridos como resultas de la disminución de mi capacidad civil a causa de mi forzada situación de deudor moroso; perjuicios que estimo así: treinta mil pesos los daños materiales, y treinta mil pesos los daños a mi patrimonio social, que constituye mi reputación comprometida con los cargos contenidos en la liquidación y con el mal ambiente creado con la ejecución".

Son motivos o hechos de la acción los siguientes:

"1º La Administración de Hacienda Nacional de este lugar, al hacer la liquidación del impuesto que me correspondía pagar por concepto de renta, patrimonio y exceso de utilidades gravables en el año de 1935, fijó ese impuesto en la suma de $ 893.26.

"2º Para hacer ese cómputo, la Administración tuvo en cuenta datos erróneos que yo no le suministré, y se fundó en apreciaciones y conjeturas igualmente erróneas, descuidadas y ligeras;

"3º Yo había hecho en oportunidad la declaración de renta y patrimonio, y no declaré utilidades porque no las tuve;

"4º Reclamé oportunamente contra la calificación, exponiendo las razones que creía tener y en realidad me asistían;

"5º Pero la Administración de Hacienda no accedió a mi reclamo y ordenó al empleado co-

rrespondiente proceder contra mí 'con toda la energía del caso, a fin de no dejar burlados los intereses de la Nación';

"6º Vino, en consecuencia la ejecución, y mientras ésta se definía, yo quedé constituído deudor moroso, e incapacitado, por tanto, para todo acto de la vida civil, porque no podía obtener certificado de paz y salvo;

"7º En la ejecución propuse excepciones perentorias que la honorable Corte Suprema de Justicia falló en sentencia de 3 de noviembre de 1937, diciendo: 'Declárase probada la excepción de error de cuenta, consistente en las ilegalidades con que el título fue formado. Por tanto, la cantidad que debe pagar el ejecutado como impuesto a la renta y al patrimonio, es la que provenga de una liquidación que se haga sin las ilegalidades anotadas....' (*Gaceta Judicial*, tomo XLV, número 1930, diciembre de 1937, página 878);

"8º En cumplimiento de esta sentencia, la Administración de Hacienda Nacional hizo la correspondiente liquidación, esta vez sin ilegalidades, y todo lo que me correspondió pagar fue la suma de $ 61.82 (sesenta y un pesos con ochenta y dos centavos) por renta y patrimonio, no habiendo causado impuesto por exceso de utilidades;

"9º Mientras tanto, mis actividades comerciales quedaron paralizadas durante el juicio, y ello me ocasionó graves perjuicios morales y materiales."

En otros siete numerales de la demanda se describen las operaciones comerciales que el señor Caldas dejó de realizar por tener embargados sus bienes; en lo cual hace consistir los perjuicios materiales que recibió. Por último, agrega que por consecuencia de la ejecución que se le adelantó y que "la Corte echó abajo, mi reputación comercial sufrió mengua".

El Fiscal del Tribunal, en nombre de la Nación, se opuso al reconocimiento de la acción. Y el Tribunal Superior, en sentencia de primera instancia, la negó.

El negocio vino a la Corte por recurso de apelación interpuesto por el demandante. Y como las ritualidades correspondientes están agotadas, procede la decisión final.

Los hechos.

El diez de julio de 1936 el señor Miguel J. Caldas denunció su renta y patrimonio ante el Administrador de Hacienda Nacional del Magdalena, por lo relativo al año anterior de 1935. Como renta declaró la suma de $ 1.920, y como patrimonio la suma de $ 16.000. El Administrador de Hacienda al hacer la liquidación del impuesto de la renta, del patrimonio y del exceso de utilidades, tomó como base la declaración hecha por el contribuyente (previa rebaja de la suma de $ 275 a que ascendieron las partidas por deducciones) y además otros datos que le fueron suministrados por los Juzgados y otras oficinas públicas y privadas de Santa Marta, y otras declaraciones de contribuyentes. De todos los datos recogidos, el Administrador de Hacienda dedujo una renta bruta por la cantidad de $ 6.841.69.

Para llegar al resultado anterior, el empleado liquidador partió de la base de que en los Juzgados adelantaba Caldas ejecuciones por un valor de $ 10.087.58, de los cuales estimó que el contribuyente había recibido por lo menos la mitad, esto es, la suma de $ 5.043.79, la que supuso renta; agregó a esta suma la renta denunciada, $ 1.920, y la cantidad de $ 153.00 que el contribuyente había recibido de otras personas por razón de negocios. Para deducir la cantidad expresada de $ 6.841.79 como renta, hizo el siguiente razonamiento: "Fácil es de suponer que la suma a que ascienden los mandamientos ejecutivos cubren un cincuenta por ciento de los clientes con quienes ejerce el declarante este negocio y un porcentaje igual de los clientes que no hayan dado lugar a que ejerza la acción judicial. Por tales razones esta Administración estima que el señor Miguel J. Caldas ha recibido como renta líquida por concepto de dinero dado a interés el cincuenta por ciento de la suma antes mencionada, o sea $ 5.043.79. También recibió el declarante intereses de personas que no aparecen en la lista de los Juzgados así: Ricardo Acosta, $ 15; Agustín Fajardo, $ 78; Juan Andrés Rivas, $ 60. Total de la renta bruta obtenida, $ 7.116.79. Deducciones: impuesto municipal de tiendas, $ 120; acueducto, $ 18; impuesto predial, $ 28; teléfono, $ 49; energía, $ 60. Total, $ 275.00. Renta líquida gravable: $ 6.841.79."

Para el impuesto de patrimonio y exceso de utilidades el empleado liquidador tomó como base lo denunciado por el contribuyente o sea la cantidad de $ 16.000, y agregó a ésta otras partidas que supuso existentes bajo el siguiente razonamiento: "Como el declarante sólo se limita a presentar una suma de $ 3.410.00 como créditos a su favor, omitiendo declarar la cuantía de todos los créditos que realmente tiene, desde luégo que en los solos Juzgados, por concepto de ejecuciones, tiene $ 10.087.58, fácil es de suponer que esta suma es distinta a la denunciada y que sólo sea el cincuenta por ciento de los créditos que tiene a su favor, por lo cual se le estima el doble de la cuantía por este concepto, o sea $ 20.165.16."

El contribuyente Caldas intentó la reclamación consiguiente ante el Administrador de Hacienda por los errores de que en su concepto adolecía la liquidación. Esta no fue reformada;

y por el valor de los impuestos liquidados que ascendieron en total a la suma de $ 446.63 más un recargo del ciento por ciento por las inexactitudes de la declaración de renta, el Recaudador de Hacienda Nacional de Santa Marta libró ejecución el 23 de marzo de 1937 contra el señor Caldas para que pagara la suma total de $ 893.26 e intereses del uno por ciento mensual durante la mora, en razón de los impuestos de la renta, patrimonio y exceso de utilidades deducidos al señor Caldas en lo correspondiente al año gravable de 1935.

En la ejecución se le embargaron al deudor los bienes que éste denunció para el pago, consistentes en unos créditos contra distintas personas. El deudor propuso incidente de excepciones, el que remitido a la autoridad competente, que lo fue esta Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, recibió sentencia el 3 de noviembre de 1937. El fallo acepta que la liquidación se ciñó a bases equivocadas y ordenó que se rehiciera sobre las bases que dio la Corte. En cumplimiento de esta sentencia, el Recaudador de Impuestos rehizo la liquidación deduciendo un impuesto general de $ 30.91, a lo cual se añadió el recargo del ciento por ciento por inexactitudes en la declaración, lo que dio un monto total de $ 61.82.

Los errores que en la sentencia de excepciones se le anotaron al Recaudador fueron los siguientes:

1º Que en el supuesto del Recaudador de que el contribuyente había recibido la suma de $ 5.043.98, mitad de los créditos que estaba cobrando, esta cantidad no podía ser considerada en ningún caso como renta sino como patrimonio, al tenor del artículo 1º de la Ley 78 de 1935; 2º Que a esta cantidad que es patrimonio, sumó el Recaudador la declarada como renta, y los $ 153.00 que había recibido el contribuyente por negocios. El total de $ 7.116.79 se consideró como renta bruta cuando en realidad sólo lo sería la suma de $ 1.920 a $ 153, que da un total de $ 2.076.00; 3º Que el Recaudador supuso que los créditos del contribuyente se elevaban por lo menos al doble de la cantidad que él cobraba y cuyos datos se obtuvieron en los Juzgados, o sea la suma de $ 20.175.16. Este procedimiento de doblar para los efectos del impuesto la cantidad que cobraba el contribuyente adolecía de grave error, según el artículo 12 de la Ley 81 de 1931, que no permite hacer la liquidación a base de conjeturas o sospechas, sino de informaciones plenamente acreditadas. 4º Que este error en que incurrió el Recaudador es manifiesto, porque aun cuando obraba legalmente al realizar la investigación del patrimonio o renta del contribuyente que éste no declaró y que aquél comprobó que se habían dejado de declarar los créditos existentes que cobraba en los Juzgados el señor Caldas, no por ello podía el Recaudador sin base cierta imaginar que lo que se había dejado de denunciar era el doble de la cantidad cuyos datos ciertos obtuvo; 5º Que lo que sí resultaba cierto era que Caldas había denunciado como patrimonio la cantidad de $ 16.000 y se abstuvo de declarar la de $ 10.087.58 que cobraba en los Juzgados; 6º Que la suposición del Recaudador de que Caldas había recibido la cantidad de $ 5.043.79 era arbitraria porque carecía de base, y era además un absurdo legal considerar, para el caso de que hubiera sido cierta su recepción, que era renta y no patrimonio; 7º Que carecía de base legal la duplicación que el Recaudador hizo de las sumas que Caldas cobraba en los Juzgados, ya que esta duplicación se hizo sobre un supuesto no comprobado; 8º Y que, por último, el título debía formarse sobre las siguientes bases:

"a) La renta bruta del contribuyente es, hasta ahora, la cantidad de $ 2.073.00 y la líquida es la de $ 1.798.00 por la deducción de $ 275.00; b) El Recaudador consideró que Caldas había recibido una renta líquida gravable de $ 6.841.79, por lo que aplicó el inciso 3º del artículo 90 del Decreto 818 que estatuye que cuando el contribuyente tenga una renta que exceda de $ 6.000 anuales, no tiene derecho a exenciones. Pero queda visto que la renta líquida es hasta ahora sólo de $ 1.798.00, luego el contribuyente, al tenor del inciso 1º del artículo 88 del citado Decreto, tiene derecho a la exención de $ 600.00 como persona soltera que es; c) El patrimonio del contribuyente (tanto el declarado como el que no se declaró) asciende hasta ahora a la suma de $ 26.587.58, y no a la de $ 36.665.16 en que lo fijó el Recaudador, como efecto de haber duplicado los créditos que aquél cobraba. Pero el Recaudador al formar el título tiene facultad legal para averiguar si existía más patrimonio del contribuyente en el año de 1935, o si en dicho año obtuvo más renta, todo con prueba completa; d) Al impuesto debe imponérsele un recargo del 100 por 100 por haber dejado el contribuyente de declarar tanto renta como capital, aunque para el recargo basta una cualquiera de las omisiones, ya que como lo dispone el inciso 2º del artículo 21 de la multicitada Ley 78 'Para los efectos legales, el impuesto sobre la renta, el adicional sobre utilidades y el complementario sobre el patrimonio se consideran como en un todo indivisible'."

El fundamento de la acción.

Antes de entrar a determinar cuáles fueron los perjuicios materiales y morales ciertos que recibió el demandante con ocasión del juicio ejecutivo que le siguió el Recaudador de Hacienda

Nacional de Santa Marta, para el cobro de un impuesto que luégo fue reducido considerablemente en la sentencia de excepciones, en fuerza de haberse reconocido que la liquidación que había hecho de tal impuesto aquel empleado adolecía de graves equivocaciones, obliga previamente el examen de la naturaleza del acto de donde se deducen los perjuicios, con el fin de determinar si la ejecución de ese acto es susceptible de generar el derecho a obtener indemnización por las molestias y daños que se le ocasionaron al demandante.

El Tribunal en la sentencia apelada desdeñó este aspecto básico del problema. Se ocupó en cambio en el estudio de la naturaleza de los perjuicios que recibió el señor Caldas. No habiendo encontrado acreditado un daño cierto, sino uno muy vago e indeterminado, absolvió. El señor Procurador Delegado en lo Civil, como representante del Estado demandado, se esfuerza por robustecer ese punto de vista del Tribunal, para pedir la confirmación de la sentencia apelada.

La Sala no adopta igual método en la sentencia. Entiende que primero es fijar el alcance del acto dañoso, como generador de perjuicios indemnizables; y solamente hallándolo apto para engendrar la acción de reparación, será oportuno investigar el daño causado.

De la legislación fiscal colombiana forman parte las Leyes 81 de 1931 y 78 de 1935, que establecieron el impuesto sobre la renta, el del patrimonio y el de exceso de utilidades. Tales estatutos determinan lo que constituyen dichos impuestos a cargo de las personas naturales o jurídicas, las deducciones, las respectivas tasas de imposición, las exenciones, la forma de deducir el impuesto, de liquidarlo y de cobrarlo.

Son funcionarios competentes para recibir las declaraciones de los contribuyentes los respectivos Administradores de Hacienda Nacional de los Departamentos, quienes las revisan y sobre las bases de cada declaración y de toda otra información que puedan obtener y que haya sido plenamente comprobada, determinan la renta, el patrimonio y el exceso de utilidades gravable y hacen la correspondiente liquidación para obtener la suma líquida a cargo de cada contribuyente.

Hecha la liquidación por el Administrador, y comunicada al contribuyente, a éste le queda el recurso de reclamar ante el Director General de Rentas Nacionales, en el caso de que estime injusto el impuesto asignado; pero este empleado no puede considerar ninguna reclamación sin que se le presente el comprobante de estar pagado ya el impuesto sobre el cual se reclama.

Si no se intenta la reclamación ante el Director General de Rentas Nacionales, la liquidación hecha por el Administrador sirve de base al cobro ejecutivo del impuesto por la vía de la jurisdicción coactiva. Pero el ejecutado tiene todavía el derecho de proponer excepciones con el objeto de desvirtuar la obligación o de reducirla mediante las rectificaciones que la justicia ordinaria crea necesario y legal introducirle a la liquidación administrativa.

Los Administradores de Hacienda Nacional, así como los demás empleados que intervienen en la liquidación de los impuestos creados por los estatutos antes citados, cumplen, pues, una función legal que les corresponde cuandoquiera que estiman el impuesto debido por un contribuyente, sobre la base de las informaciones que éste suministra, y las demás comprobadas que alleguen en cada caso. Y esta estimación la tienen que deducir de la aplicación de la norma impositiva al caso singular, frente al cual el empleado es intérprete del alcance de aquélla. El empleado liquidador es así como un juez que dicta su fallo en presencia de dos elementos: de un lado el patrimonio denunciado por el contribuyente o que se le descubra que tiene; y de otro lado la ley fiscal norma objetiva e impersonal que suministra el reglamento regulador. Examinado el patrimonio del particular a la luz de ese reglamento, mediante apreciaciones prácticas, el empleado, obrando en nombre del Estado, resuelve cuál es la cuantía de los impuestos debidos.

De consiguiente, cuando el Recaudador de Hacienda de Santa Marta estimó en una suma determinada de pesos los impuestos de la renta, del patrimonio y de exceso de utilidades que correspondía pagar al señor Caldas en lo correspondiente al año de 1935, estaba ejercitando una función legal que le competía, como la ejercitó también cuándo creyendo infundadas las reclamaciones que le hacía dicho señor, sostuvo su primitiva estimación. El que algunas de sus apreciaciones resultaran a la postre calificadas de erróneas por la justicia ordinaria, en virtud de lo cual el impuesto debido fue rebajado, no implica de por sí un mal comportamiento del empleado, capaz de generar acción por perjuicios a cargo del Estado en cuyo nombre aquél procedió. Al deducir el impuesto, el empleado estaba aplicando la ley e interpretándola. Actuaba por consiguiente dentro de la órbita de sus poderes. Lo cual es incompatible con la idea de que de ahí pueda surgir el derecho a una reparación de daños.

En la manera equivocada como el Administrador de Hacienda Nacional de Santa Marta le liquidó los impuestos al señor Caldas, tampoco se advierte ánimo especial de causarle perjuicio; de servirse del acto administrativo que debía cumplir como arma para irrogarle daños a dicho contribuyente. Quien tiene a su cargo la aplicación de la ley corre el riesgo de equivocarse en mayor o menor grado al medir su ver-

dadero alcance. La equivocación del intérprete no representa un procedimiento ilícito o una culpa. A menos que al incidir en ella se demuestre la intención dolosa; o el simple ánimo preconcebido de poner el error al servicio de un fin tortuoso en detrimento de alguna persona. En uno y en otro caso se configuraría un abuso del derecho, debido a que se toma voluntariamente la ley como arma de arbitrariedad y de venganza, desviándola de su espíritu y finalidad. Quien promueve un pleito sin mayor provecho visible e impulsado por el deseo de incomodar a la contraparte, abusa del derecho. Pero quien ejercita el derecho, y al ejercitarlo únicamente se equivoca, bien porque escoge una vía que no era la indicada, o bien porque reclama en extensión mayor de la debida, no incurre en culpa, porque la sola equivocación no indica que se esté persiguiendo un fin torcido en detrimento de aquel a cuyo cargo está la obligación correlativa.

Aun dentro de la teoría más aguda y sutil del abuso, defendida por Josserand, la del criterio *funcional*, el abuso del derecho se caracteriza por una desviación de las facultades legales a fines distintos de los previstos. "Gracias a esa teoría —dice el mencionado autor— el derecho se realiza moralmente; cumple su misión que es asegurar el reinado de la justicia, no el de la injusticia y la inmoralidad". Es decir, según el pensamiento del autor, cuando la facultad legal se emplea para conseguir un fin socialmente inmoral y por ende condenable, contra un tercero, hay un abuso del derecho representado en aquella facultad.

De consiguiente, es insuficiente el perjuicio causado al ciudadano por causa de la errada interpretación legal que haga el funcionario público encargado de ejecutar la ley en un caso particular, para configurar, a mérito del solo yerro, la acción por abuso de los derechos. Se requiere algo más: que la equivocación fue intencionada o culposa; con culpa delictual o cuasidelictual.

En el caso de autos lo único que está acreditado es que el funcionario que liquidó los impuestos de renta y patrimonio y exceso de utilidades debidos por el señor Caldas, incidió en graves equivocaciones, a las cuales llegó en virtud de una mala interpretación de la ley encargado de aplicar, la cual fue corregida luégo por la autoridad competente. Si a virtud de ese procedimiento ilegal se le causaron perjuicios al demandante, debido al embargo de bienes que se le hizo en la ejecución, de ellos no responde el Estado, porque se originaron en un acto cumplido en función de un poder legal, ajeno a la obtención de un fin especial teñido de ilicitud por ninguno de sus aspectos.

Por este motivo fundamental, porque la acción en sí no es viable, se impone la absolución de la parte demandada.

Fallo.

A mérito de lo razonado, 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. Sin costas.

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, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Se confirma el acto ejecutivo apelado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto veinticinco de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

A virtud del reconocimiento número 465 de fecha 3 de agosto de 1942, la Administración de Hacienda Nacional de Bolívar reconoció a favor de la Nación y a cargo de Daniel Lemaitre la cantidad de $ 6.604.27 moneda corriente, por concepto de impuesto sobre la renta y complementarios liquidados al señor Lemaitre en el año de 1938. Con fundamento en el precitado reconocimiento la misma Administración de Hacienda Nacional, en auto de fecha 8 de enero del año en curso, libró orden de pago, por la vía ejecutiva, a favor de la Nación y a cargo del señor Daniel Lemaitre por la referida suma de $ 6.604.27, más los recargos correspondientes y por las costas de la ejecución.

El mandamiento de pago fue notificado personalmente al señor Lemaitre, quien en la respectiva diligencia de notificación interpuso apelación. El recurso fue concedido en el efecto suspensivo y para ante esta Sala de la Corte. También, sin razón ninguna, le fue notificado el mandamiento de pago a la esposa del ejecutado, la que ,según el reconocimiento librado, no es deudora. Por lo tanto tampoco es parte en el juicio.

Surtidos en la Corte los trámites establecidos por el artículo 502 del Código Judicial, procede ya la decisión del recurso.

—

El ejecutado y apelante, por medio de apoderado especial, formula los siguientes reparos contra el auto ejecutivo reclamado:

1º Entre los documentos que prestan mérito ejecutivo, se cuentan, según el artículo 1059 del Código Judicial, "las copias de los reconocimientos hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores de impuestos; pero de que se encuentren entre tales documentos no se sigue que todo papel a que se le dé el nombre impropio de reconocimiento sea título ejecutivo.

"A los juicios por jurisdicción coactiva son aplicables las disposiciones sobre el juicio ejecutivo, como lo reza el artículo 1058 del propio Código, y conforme al artículo 982, la obligación que aparezca, ha de ser, además de expresa, clara y actualmente exigible.

"La suma que se les cobra al señor Lemaitre y a su cónyuge no es actualmente exigible; porque, al tenor del tántas veces citado artículo 15, 'cuando se trate de imposiciones adicionales, éstas serán debidas y pagadas tan pronto como los avisos sobre ellas sean dados a los contribuyentes afectados', y a los contribuyentes no se les ha dado aviso, o, en otras palabras, no se les ha notificado hasta ahora la resolución que es la base del reconocimiento.

"2º De otro lado y en primer lugar, la obligación no es clara.

"El artículo 249 del Código Fiscal, derogado por el 81 de la Ley 42 de 1923 y no subrogado, definía el reconocimiento: 'la liquidación por medio de operaciones aritméticas, de la cantidad deducida a favor del Tesoro en cada caso particular'.

"De acuerdo con esta definición, que resultó derogada sin haberlo querido el legislador según toda probabilidad, el reconocimiento propiamente tál, es la última de las dos resoluciones, en la que se hizo la liquidación; y no es clara la obligación, porque debiéndose haber hecho dos liquidaciones, no se hizo sino una, por lo cual no se sabe qué parte de la suma sea de cargo de cada contribuyente. La suma, que es errada en cualquier hipótesis, puesto que todos los bienes no son comunes, no es partible por dos por lo mismo.

"No es clara la obligación, además: porque se hizo una revisión de lo debido por tres contribuyentes en una sola resolución; porque en la segunda resolución se hizo una segunda revisión, contra la ley; porque las resoluciones no se las notificaron a los contribuyentes y porque el Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales no era competente, sino sólo el Administrador de Hacienda, conforme al tántas veces citado artículo 15, para decretar las imposiciones adicionales que decretó."

—

El señor Procurador Delegado en lo Civil, después de analizar alguna de las alegaciones de la parte ejecutada, solicita la confirmación del mandamiento ejecutivo, fundando esta solicitud en la consideración de que el problema jurídico

planteado por dicha parte, por tener un claro carácter de problema de fondo referente a la existencia misma de la obligación y a la eficacia del título, sólo puede ser examinado en oportunidad distinta del juicio y mediante los trámites que la ley procesal tiene especialmente previstos para el caso.

—

Para resolver, se considera:

El título que sirve de recaudo, es decir, el mencionado reconocimiento hecho por el Administrador de Hacienda Nacional de Bolívar, presta mérito ejecutivo de acuerdo con la ley: artículo 1059, ordinal 2º del Código Judicial. Tal reconocimiento ostenta la plenitud de las condiciones externas de forma para que pueda legalmente librarse la ejecución, comoquiera que proviene de un Recaudador de Hacienda Nacional y aparece hecho a cargo de un deudor de impuestos.

Por lo que hace a las alegaciones que la parte ejecutada aduce contra el mandamiento de pago, y de las cuales se dejó transcrito lo esencial, la Sala advierte que todas ellas están enderezadas a atacar la eficacia intrínseca del título que origina el crédito en cobro. En estas circunstancias, como muy bien lo hace notar el señor Procurador Delegado, las leyes le brindan al ejecutado la facultad de hacer valer tales alegaciones en otra oportunidad del juicio, en un incidente separado, que es extraño por completo a la decisión del presente recurso.

Por lo tanto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia estima que es el caso de confirmar, como en efecto *confirma,* el auto ejecutivo proferido en esta ejecución por el Administrador de Hacienda Nacional de Bolívar el día 8 de enero del año en curso.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

SE NIEGA LA REPOSICION PEDIDA

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diciembre diez de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado Ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El apoderado del señor Daniel Lemaitre insiste en los puntos de vista que le sirvieron para sustentar el recurso de apelación contra el auto ejecutivo dictado por la Administración de Hacienda Nacional de Cartagena contra su representado, recurso que fue despachado desfavorablemente por la Corte, en su providencia del 25 de agosto último, de la cual pide reposición el apoderado.

La Sala por su parte insiste en sostener el auto reclamado, porque para revocarlo habría que aceptar las tesis del reclamante, que entrañan una subversión de los principios y normas legales que deben imperar en el procedimiento ejecutivo por jurisdicción coactiva para el cobro de impuestos.

En efecto: el artículo 1059 del Código Judicial es claro en cuanto les da el mérito de plena prueba contra el deudor a las "copias de los reconocimientos hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores de impuestos", para el efecto de librar ejecución.

Todo reconocimiento librado por un Recaudador contra un deudor de impuestos es la culminación de un proceso administrativo que ha tenido por objeto la deducción y liquidación del impuesto. Concluido este proceso, determinada en un guarismo cierto la cantidad debida y vencido el término que el deudor tiene para pagar, el Recaudador formula el reconocimiento, el cual por sí mismo, y sin necesidad de acompañar sus antecedentes, presta mérito ejecutivo, según la ley.

De consiguiente, el reconocimiento por sí solo constituye una presunción establecida por la ley, de que obedece a un proceso administrativo en que se ha practicado la liquidación conforme a derecho, y que el deudor está en mora.

Por lo tanto, es ilegal la pretensión del reclamante de que para librar la ejecución en un caso como el de que trata este juicio, de deuda por un impuesto fiscal, se examinen factores y elementos pertenecientes al proceso administrativo de donde se toma el reconocimiento. Eso va contra la presunción de verdad que comportan, al tenor de la ley, "las cópias de los reconocimientos". Porque entonces ya no bastarían las susodichas copias, y habría que calificar la legalidad misma del proceso administrativo, lo cual la ley no quiere permitir que se haga al librar la ejecución.

Por eso para la Sala son también de estricta juridicidad las siguientes apreciaciones con que el señor Procurador Delegado en lo Civil, doctor Barragán, combate la petición del reclamante de que se reponga el auto de la corte confirmatorio del Ejecutivo apelado:

"1º Sostiene el ejecutado que la resolución del Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales 'hace parte del título ejecutivo sobre el cual se libró el mandamiento ejecutivo, que es el reconocimiento'. Considera el suscrito que, por ministerio de la ley, el documento que tiene la fuerza de título ejecutivo es la copia del reconocimiento hecho por el funcionario recaudador y que todas las demás providencias o actuaciones administrativas que le han precedido sólo tienen la calidad de antecedentes, de los cuales el reconocimiento es su culminación, pero en ningún caso puede pretenderse que tales resoluciones o actuaciones previas deban considerarse como parte integrante del título ejecutivo, de manera que sea preciso examinar su legalidad para poder dictar el mandamiento de pago. Esa actuación administrativa previa podrá ser discutida si las entidades contencioso-administrativas no se han pronunciado ya acerca de su legalidad, pero como problemas de fondo, cuya oportunidad no es ésta.

"2º Ni vale en contra la observación que hace el demandado de que de no aceptarse su punto de vista, quedarían los contribuyentes 'entregados a la arbitrariedad de cualquier funcionario con jurisdicción coactiva, que con sólo llenar un esqueleto con la suma que le placiera podría ejecutarlos', porque ello no es exacto, toda vez que el reconocimiento no nace de la nada, por voluntad del funcionario que lo hace, sino que tiene sus antecedentes, que en el caso de autos es la Resolución número 1709-H de 14 de noviembre de 1940. Y el contribuyente se halla a salvo de la arbitrariedad haciendo uso oportuno de los re-



Acción para el pago de perjuicios materiales y morales.-Responsabilidad de las personas morales por actos de sus subordinados. Presunción de culpa a cargo de la Administración en ciertos casos. Noción de "falta de servicio", etc.

La relación de dependencia que puede hacer responsables a las personas morales por actos de sus subordinados, de culpa indirecta o mediata, y que se desprende del criterio señalado por el Código Civil, no se refiere única y exclusivamente a los empleados o agentes sino que es extensiva a toda clase de personas que se colocan en una relación de dependencia, provenga ésta ya de un nombramiento, ya de un contrato, en virtud de los cuales se prestan los servicios. Hacer depender de la simple distinción entre empleado y empleador, como lo hacen varios expositores de derecho, la responsabilidad en que pueda incurrir la Administración, es seguir un criterio un tanto formalista que no se justifica, ni por las consecuencias tan graves que dicha distinción produce, ni por la naturaleza, perfectamente análoga, de las dos situaciones jurídicas que se contemplan. Aquellos expositores tildan de ineficaz e inapropiada la presunción de culpa a cargo de la Administración, por falta de vigilancia o mala elección de los empleados, porque la demostración de la existencia de esos hechos hace difícil deducirle al Estado responsabilidad. Y por ello buscan derivar ésta hacia reglas objetivas. A ese fin, dentro del campo del Derecho Administrativo y a la luz de esos principios, se afirma que la entidad pública es responsable de los perjuicios individuales por actos administrativos, sin atender a la existencia misma del hecho delictuoso o cuasidelictuoso: ante un perjuicio determinado, producido por un agente, la entidad pública viene a ser responsable, pues ella se obliga por medio de sus órganos, y órgano suyo es el empleado que produce el perjuicio. Tal tesis vinculada a la noción de la "falta de servicio", no ha sido acogida ampliamente por la jurisprudencia, porque no hay una urgente necesidad de salirse de los claros y antiguos moldes de derecho privado, en estas cuestiones que todavía pueden ser resueltas con aplicación de las normas y principios civilistas, y porque la tesis conduce fácilmente a extremos de inequidad.

No habría sentido de igualdad y justicia al aplicar al Estado y a las entidades públicas en general un sistema objetivo de responsabilidad, que equivale al riesgo creado, y que solamente rige por disposición especial de la ley en ciertos casos, como en los de accidente de trabajo. El particular y la empresa privada responden de culpa indirecta o mediata por actos u omisiones culposos de sus agentes; no se ve la razón que haya para que la entidad pública se obligue en condiciones más gravosas. El acto o la omisión en un empleado o agente de una persona o empresa privada pueden ser iguales a los que ejecuta o en que incurre el empleado o agente de una entidad pública; y hasta las personas de esos empleados o agentes ser las mismas que obran o dejan de obrar sucesivamente en la entidad pública y en la empresa particular. Los terceros interesados en la prueba de la responsabilidad a cargo de la persona pública o privada no tienen por qué hallarse situados en planos diferentes para la demostración de ella, directa o por medio de la presunción, pues siendo igual el hecho en ambos casos, la comprobación debe también ser igual. Se dice que por la dificultad en la

---

cursos legales bien por la vía contencioso-administrativa, bien por la vía judicial común, pero en la oportunidad procesal correspondiente; no antes ni después."

—

Por lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia niega la reposición impetrada contra su auto de fecha 25 de agosto último.

Notifíquese y cópiese.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

prueba, mas si ésta existe es general respecto a unos obligados y a otros, frente a las entidades públicas y frente a las personas o empresas particulares que responden inmediatamente por la culpa de sus mandatarios. El caso de autos no es de aquellos en que por la dificultad para localizar la culpa en las personas de los empleados o mandatarios fuese necesario investigar si existe la denominada "falta de servicio". La Sala considera que no es el caso de hacer esa distinción tan profunda entre el agente o empleado y el simple mandatario o contratista, pues dentro de la vida real dicha diferencia no es tan notoria ni profunda. Sea empleado o mandatario, en ambas eventualidades debe probarse la culpa indirecta o mediata que se desprende de una mala elección o de una defectuosa vigilancia.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veintisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El doctor Alejandro Martínez Consuegra, en su calidad de apoderado del señor José Rubén Pinilla, demanda por los trámites del juicio ordinario al Departamento de Cundinamarca para que sea condenado al pago de los perjuicios materiales y morales causados por culpa, descuido, imprevisión, omisión o falta de diligencia de los representantes, agentes o empleados del Departamento. Pide subsidiariamente le sea pagada la suma de mil cuatrocientos cuarenta pesos ($ 1.440.00) como valor de la incapacidad total permanente recibida a causa del accidente de trabajo que sufrió estando al servicio de las rentas de la citada entidad.

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

1º El señor José Rubén Pinilla, al estar desempeñando el empleo de Ayudante de Inspector de "Fábricas, cervezas y bebidas fermentadas de Cundinamarca", sufrió el diez y siete de septiembre de mil novecientos treinta y ocho un accidente que le ocasionó una fractura en la parte transversal del cuello del fémur.

2º El señor Pinilla fue hospitalizado en San Juan de Dios y el 19 de septiembre fue trasladado al Hospital de San José por orden de la Caja de Previsión Social del Departamento.

3º El 20 de septiembre se acercó uno de los médicos oficiales a manifestarle que había sido nombrado el doctor Eduardo Cubides Pardo para que tratara dicha fractura, a pesar de que el señor Pinilla solicitaba al doctor Lisandro Leyva Pereira.

4º El día señalado para la operación (20 de septiembre), el doctor Eduardo Cubides Pardo no se presentó a la hora señalada, en que lo esperaban los médicos oficiales Ruperto Clavijo y Roberto Ramírez, quienes iban a colaborar en la operación. Al cabo de dos horas, después del tiempo citado, apareció el doctor Cubides, quien procedió a operar sin anestesia de ninguna clase, ayudado por un sirviente del hospital. Cinco días después de la operación se reventaron las cuerdas del trapecio y esto produjo la dislocación de los huesos y un dolor agudo, todo esto por haberse colocado de cualquier manera dicho trapecio. El doctor Cubides visitó dos días después de lo sucedido al señor Pinilla, y a pesar de haber sido informado sobre el asunto, no se tomó el cuidado de examinar al enfermo.

5º Al cabo de cuatro meses fue tomada una radiografía que demostraba la separación de los huesos, cuando ya no era posible la soldadura.

6º El doctor Cubides Pardo se ausentó para Medellín y veinticinco días después de tomada la radiografía le hizo al enfermo una nueva visita para manifestarle que no había ocurrido nada grave y que quedaría bien con la nueva operación consistente en un injerto.

7º El injerto le produjo a Pinilla la pérdida completa de la pierna buena, a causa del descuido de esta segunda operación.

8º El médico Cubides Pardo formuló treinta masajes que debían ser practicados por un especialista. Dichos masajes no se llevaron a cabo porque la Caja estimó que su costo era demasiado elevado, lo cual motivó que la pierna fracturada hubiese quedado defectuosa.

9º Como consecuencia del golpe y de la fractura, sobrevino una inflamación testicular que no fue tratada por ninguno de los médicos del Departamento. El doctor Clavijo se limitó a ordenar la aplicación de una pomada llamada *Credé*. Y debido a que la inflamación no cedía, el señor Pinilla llamó al doctor Rafael López-Ruiz, quien conceptuó que debía ser operado, pues se trataba de un tumor.

10. El médico doctor Cubides Pardo no visitaba a Pinilla sino cada veinte o veinticinco días, y por último libró boleta para que saliera del hospital, obligándolo a hacerlo de una manera precipitada.

11. El señor Pinilla se encuentra hoy, por culpa del Departamento de Cundinamarca, con una reducción o disminución de la pierna izquierda, de diez centímetros, la rodilla anquilosada, la circulación defectuosa, con una formación de callo exuberante, y a causa de la defectuosa consolidación de la fractura no puede caminar mucho tiempo con las muletas porque las piernas se le hinchan.

12. Existencia de una pena moral muy honda, producida por los agudos dolores y por el temor

de la noticia de la invalidez a los hijos y familiares; gran intranquilidad por su larga cama; grave deformidad física y una intensa depresión moral debidas a las muchas circunstancias antes analizadas.

13. Que el señor Pinilla sufrió varios perjuicios económicos, como los que resultan del valor de la asistencia médica del doctor Rafael López Ruiz y de la continuación de un tratamiento de las piernas.

14. Como Guarda de las Rentas es Pinilla un empleado de servicio permanente, y por lo tanto debe considerársele víctima de un accidente de trabajo, para los efectos de la solicitud subsidiaria hecha en la demanda.

15. Pinilla estuvo al servicio del Departamento por más de siete años, y por Resolución número 448 de mil novecientos treinta y siete, fue nombrado Ayudante de Inspector de Fábricas del Departamento de Rentas e Impuestos, cargo del cual fue dado de baja el 25 de julio de mil novecientos treinta y nueve.

16. La Caja de Previsión Social, en virtud del artículo 3º del Acuerdo número 1 de 1938, de su Junta Directiva, contrató los servicios especiales del doctor Eduardo Cubides Pardo para que atendiera al señor Pinilla.

17. Dicha Caja de Previsión Social es el órgano oficial del Departamento de Cundinamarca encargado de las prestaciones sociales que debe hacer dicha entidad.

—

El Tribunal de primera instancia niega las peticiones de la demanda porque considera que no existe una presunción de culpa en el nombramiento hecho por la Caja de Previsión Social en la persona del doctor Cubides Pardo, por tratarse de un médico de buena clientela, que está especializado en el tratamiento de esta clase de enfermedades; no existe, pues, según lo afirma el Tribunal, una culpa *in eligendo*. No existe tampoco, dice también el Juez *a quo*, una culpa *in vigilando*, "puesto que en el desarrollo del tratamiento ninguna ingerencia tenía la Caja de Previsión, ni el doctor Cubides Pardo era dependiente ni subordinado de dicha entidad". "Según los autos, continúa la sentencia del Tribunal, el doctor Cubides contrató con la Caja el tratamiento del señor Pinilla. Si en la ejecución del contrato faltó a los cuidados profesionales o faltó a la técnica científica, incumplió el contrato y la Caja tiene contra él la acción de responsabilidad contractual del caso; ahora, si la culpa del facultativo se traduce en daños materiales y morales para un *tercero* (subraya el Tribunal), como lo sería en este caso el actor respecto de los contratantes, dicho tercero tendría acción de responsabilidad civil extracontractual contra el facultativo". (Folios 107 y 107 vuelto del cuaderno número 1). Niega también la existencia de pruebas capaces de demostrar que la situación de invalidez que sufre el demandante provenga directamente de culpas cometidas por el facultativo en el desarrollo del tratamiento.

Con relación a la solicitud subsidiaria, la citada sentencia se niega a concederla, porque considera que el demandante no adujo las pruebas que establecieran el vínculo o relación de causalidad entre el desempeño de sus funciones y la enfermedad que padece, como lo requiere el artículo 1º de la Ley 57 de 1915.

Contra la providencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá se interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en el efecto suspensivo, y por tal razón pasó el asunto al conocimiento de la Corte, la que procede, después de llenada la tramitación de rigor, a decidir sobre el particular.

—

En el término de la segunda instancia, el apoderado de la parte demandante solicitó la práctica de algunas pruebas, y que entre ellas se llevase a cabo un dictamen pericial.

El señor Procurador Delegado en lo Civil niega que el médico doctor Cubides Pardo obrase como empleado o agente del Departamento, y dice que por tal motivo no existe razón para deducir la responsabilidad extracontractual a cargo de la entidad demandada; no acepta, aduciendo las mismas razones que trae el Tribunal, que el Departamento pueda ser responsable de una culpa *in vigilando* o *in eligendo;* niega el derecho a la indemnización por concepto de accidente de trabajo, pues afirma que dicho accidente sobrevino fuera del ejercicio de funciones; afirma que la Corte no es el Tribunal competente para conocer de esta acción subsidiaria que tiene una tramitación especialísima consagrada en la Ley 45 de 1939, y alega, por último, la excepción de prescripción, pues las acciones provenientes de accidentes de trabajo prescribían en un año según el artículo 15 de la Ley 57 de 1915 que rigió hasta el 24 de febrero de 1941. La demanda fue presentada en 1940, cuando la acción ya había prescrito en septiembre del año anterior, según el término de prescripción dispuesto en la citada Ley 57.

—

Estima la Sala que es preciso hacer previamente el estudio de algunos puntos de derecho, para considerar luégo las solicitudes presentadas por la parte demandante en su libelo.

Importa ver, primeramente, qué principios regulan la responsabilidad de las entidades de Derecho Público, como la Nación, los Departamentos o los Municipios, por actos u omisiones de sus agentes. En sentencias anteriores, de reciente data, sienta la Corte una doctrina sobre el particular. "El dominio de la responsabilidad —dice la Sala de Casación— por el hecho de

otro, como el de la responsabilidad por el hecho de las cosas, es de carácter excepcional. El derecho común de la responsabilidad está contenido en las reglas que gobiernan el primer grupo. Es apenas natural que todo el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, indemnice a la víctima. Este es el hecho directo producto de la actividad personal de los individuos. Pero fuera de esta responsabilidad directa hay otra que no por indirecta es menos eficaz, en virtud de la cual estamos obligados a responder del hecho dañoso de personas que están bajo nuestra dependencia, o de las cosas animadas o inanimadas cuya guarda y custodia nos compete. Esta ya es una responsabilidad de carácter excepcional, porque no proviene inmediatamente del acto personal del interesado, sino de presunciones de culpa que la ley establece contra el responsable, culpa que consiste en una falta de vigilancia o en una mala elección. Cierto es que en estas faltas hay ya una culpa, pero ésta no es la causa próxima del daño. La causa próxima del daño reside en el hecho del hijo, del pupilo, el demente, el empleado, el animal o la cosa, mas como la actividad de dichas personas o el hecho del animal o de las cosas debe estar sometido al control o vigilancia de otra persona, la ley presume la culpa de ésta, sin la cual el daño no se hubiera causado." (*Gaceta Judicial* número 1937, página 27). Esta presunción de culpa, de que habla la sentencia anteriormente transcrita, se desprende del criterio consagrado en el Título 34 del Código Civil, que habla de la "responsabilidad común por los delitos y las culpas". Y en sentencia posterior (junio 30 de 1941), de la Sala de Negocios Generales, en el juicio de la señora Paulina Martínez v. de Jiménez contra la Nación, se afirma lo siguiente: "Situando la responsabilidad del Estado en el Código Civil, se explica únicamente por aplicación, conforme ya está dicho, de los artículos 2347, primer inciso, y 2349, en cuanto del contenido de dichos preceptos, examinándolos con un criterio de científica interpretación, se puede inferir el principio de que por razones de subordinación y dependencia, la culpa personal del empleado que ocasiona daño a tercero con ocasión del servicio prestado, repercute sobre el empleador, quien solidariamente con el primero está obligado a reparar el perjuicio. Además de la falta personal del empleado, regulada por el artículo 2341, existe la del empleador, quien en ese caso se hace responsable por razón de una presunción de culpa consistente en falta de vigilancia y mala elección de su representante, mandatario o dependiente; presunción que se destruye probando la ausencia de culpa, o sea que así en la elección del empleado (*préposés*, llaman los franceses), como en el desarrollo del hecho causante del perjuicio, el dueño usó de los recursos que un hombre avisado y diligente emplearía en situación semejante tanto para asegurar la buena elección del agente como el cumplimiento normal de la respectiva función por parte de éste, en forma tal que el comitente no tuvo medio de prever o impedir el daño." (*Gaceta Judicial*, tomo LII, pág. 115).

En el caso de autos, no se puede considerar al médico doctor Cubides Pardo como a un agente o empleado del Departamento. Entonces ¿qué vínculos existen entre esta entidad y el citado facultativo y entre el Departamento y el señor José Rubén Pinilla, debido a los posibles perjuicios que el citado médico, por impericia o descuido le haya podido ocasionar al demandante? La Corte halla demostrada una vinculación jurídica clara, porque hay un contrato entre la Caja de Previsión Social del Departamento y el médico Cubides Pardo, en virtud del cual debía éste prestar sus servicios profesionales al señor Pinilla. Hay una mutua relación, nacida del contrato de servicios inmateriales. Por otra parte, el señor Pinilla era empleado del Departamento, y tenía, por lo mismo, derecho a solicitar los auxilios médicos que conforme a las disposiciones legales pertinentes deben ser proporcionados a los empleados departamentales.

La responsabilidad médica en que pudo incurrir el facultativo, por impericia o falta de atención al enfermo, pasará a dicha entidad pública si se demuestra la culpa de ella, indirecta o mediata, en la elección del especialista o en su vigilancia.

—

Aquella relación de dependencia que puede hacer responsables a las personas morales por actos de sus subordinados, de culpa indirecta o mediata, y que se desprende del criterio señalado por el Código Civil, no se refiere única y exclusivamente a los empleados o agentes sino que es extensiva a toda clase de personas que se colocan en una relación de dependencia, provenga ésta ya de un nombramiento, ya de un contrato, en virtud de los cuales se prestan los servicios.

Hacer depender de la simple distinción entre empleado y contratista, como lo hacen varios expositores de derecho, la responsabilidad en que pueda incurrir la Administración, es seguir un criterio un tanto formalista que no se justifica ni por las consecuencias tan graves que dicha distinción produce, ni por la naturaleza, perfectamente análoga, de las dos situaciones jurídicas que se contemplan.

Aquellos expositores tildan de ineficaz e inapropiada la presunción de culpa a cargo de la Administración, por falta de vigilancia o mala elección de los empleados, porque la demostración de la existencia de esos hechos hace difícil deducirle al Estado responsabilidad. Y por ello

buscan derivar éste hacia reglas objetivas. A ese fin, dentro del campo del Derecho Administrativo y a la luz de sus principios, se afirma que la entidad pública es responsable de los perjuicios individuales por actos administrativos, sin atender a la existencia misma del hecho delictuoso o cuasidelictuoso: ante un perjuicio determinado, producido por un agente, la entidad pública viene a ser responsable, pues ella se obliga por medio de sus órganos, y órgano suyo es el empleado que produce el perjuicio.

Tal tesis vinculada a la noción de la "falta de servicio", no ha sido acogida ampliamente por la jurisprudencia, porque no hay una urgente necesidad de salirse de los claros y antiguos moldes del derecho privado en estas cuestiones que todavía pueden ser resueltas con aplicación de las normas y principios civilistas, y porque la tesis conduce fácilmente a extremos de inequidad.

No habría un sentido de igualdad y justicia al aplicar al Estado y a las entidades públicas en general un sistema objetivo de responsabilidad, que equivale al riesgo creado, y que solamente rige por disposición especial de la ley en ciertos casos, como en los de accidente de trabajo. El particular y la empresa privada responden de culpa indirecta o mediata por actos u omisiones culposos de sus agentes; no se ve la razón que haya para que la entidad pública se obligue en condiciones más gravosas. El acto o la omisión en un empleado o agente de una persona o empresa privada pueden ser iguales a los que ejecuta o en que incurre el empleado o agente de una entidad pública; y hasta las personas de esos empleados o agentes ser las mismas que obran o dejan de obrar sucesivamente en la entidad pública y en la empresa particular. Los terceros interesados en la prueba de la responsabilidad a cargo de la persona pública o privada no tienen por qué hallarse situados en planos diferentes para la demostración de ella, directa o por medio de la presunción, pues siendo igual el hecho en ambos casos, la comprobación debe también ser igual.

Se dice que por la dificultad en la prueba; mas si ésta existe, es general respecto a unos obligados y a otros, frente a las entidades públicas y frente a las personas o empresas particulares que responden inmediatamente por la culpa de sus mandatarios.

Obsérvese además que el caso de autos no es de aquellos en que por la dificultad para localizar la culpa en las personas de los empleados o mandatarios fuese necesario investigar si existe la denominada "falta de servicio".

La Sala considera que no es el caso de hacer esa distinción tan profunda entre el agente o empleado y el simple mandatario o contratista, pues dentro de la vida real, dicha diferencia no es tan notoria ni profunda. Sea empleado o mandatario, en ambas eventualidades debe probarse la culpa indirecta o mediata que se desprende de una mala elección o de una defectuosa vigilancia.

—

Se dijo en la jurisprudencia citada arriba que corre de cargo del mandante acreditar, para examinarse la culpa por los actos u omisiones de sus mandatarios, el haber procedido con diligencia y cuidado, tanto para asegurar la buena elección como el cumplimiento normal de la respectiva función por parte de éste, en forma tal que el comitente no haya tenido medio de impedir el daño.

Aplicada esta regla al caso de autos, ha de estar acreditado que el Departamento obró con diligencia y cuidado en la escogencia del médico y en su vigilancia, para que se pueda considerar libre de responsabilidad.

El primer requisito se halla demostrado, ya que en la "elección de dicho médico—como muy bien lo dice el Tribunal en su sentencia— la Caja de Previsión se portó como una persona avisada y diligente; y en efecto, de autos aparece que el doctor Cubides Pardo es un facultativo graduado, con práctica suficiente en el tratamiento de fracturas y con buena clientela en esa especialidad, como lo indica el hecho de haber sido llamado en esos días de Medellín para tratar una novedad semejante a la de Pinilla, a un importante ciudadano de esa ciudad." (Folio 107, cuaderno número 1). No es el caso, por tanto, de una culpa *in eligendo*.

El segundo requisito hay que entenderlo según la naturaleza de las funciones que le correspondía ejercer al facultativo: vigilarlo desde cierta distancia, sin intervenir en sus disposiciones de orden técnico o científico, materia en la cual no podría la Caja de Previsión dar órdenes ni instrucciones al doctor Cubides, ni corregir o modificar el tratamiento prescrito por él. No descuidarse sí de la atención que el médico estaba obligado a prestar al enfermo; pero por la índole de los servicios profesionales que al médico incumbían, de carácter personal en relación con el paciente, colocado éste en una clínica, se presumía por ese hecho que estaría debidamente cuidado, y por ello la desatención del facultativo debió ponerse en conocimiento de la Caja de Previsión en oportunidad, para que ésta hubiese reemplazado al médico o tomado otras medidas; mas no hay prueba en el expediente de que ese aviso se hubiera dado a la entidad demandada o a su órgano, la Caja de Previsión Social.

Por estas consideraciones entiende la Corte que de la responsabilidad profesional del médico no responde la entidad pública demandada.

A propósito de la responsabilidad en que incurriera el médico están los testimonios de Isabel Castañeda y José Manuel Colorado. La primera afirma lo siguiente en su declaratoria: "Hace unos tres o cuatro años que conozco de vista, trato y comunicación personal al señor José Rubén Pinilla, y es cierto que estuve visitándolo en su pieza donde se hallaba hospitalizado en el Hospital de San José de esta ciudad, el dia veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta y ocho; allí lo encontré dando gritos con motivo de habérsele reventado la cuerda que sostenía la gotera donde estaba suspendida la pierna fracturada en el trapecio.... Es verdad que yo llamé por teléfono al médico doctor Cubides Pardo para que fuera a ver al señor José Rubén Pinilla, pero a pesar de las varias diligencias que al respecto hice, no me fue posible hallarlo en su casa ni en ninguna otra parte, hasta que al fin me informaron que almorzaba en el Hospital de La Hortúa, y al hablar de la urgencia con que lo necesitaba, me contestó que ya tenía conocimiento de que al señor Pinilla mencionado ya le habían colgado la pierna... Es igualmente cierto que la declarante fue varias veces a la Caja de Previsión Social del Departamento de Cundinamarca a reclamar al señor Gerente la devolución del boletín que el doctor Cubides Pardo había mandado a aquella entidad ordenándole en él que le dieran por cuenta del Tesoro de la Caja treinta masajes al citado señor Pinilla, pero en las distintas ocasiones en que hice aquel reclamo al señor Secretario de la Caja siempre me decía que volviera porque la Junta no se había reunido. La declarante hace constar que el doctor Cubides Pardo siempre se manifestó muy indolente en todo aquello que se relacionaba con el señor Pinilla." (Cuaderno número 2, folio 9 vuelto). Y el señor José Manuel Colorado, al rendir su declaratoria, exigida también por el demandante, como la de la señora Castañeda, se expresa en los mismos términos, confirmando lo dicho en la declaración anteriormente transcrita, menos en lo que se refiere a la constancia que dejó la señora Isabel Castañeda de la indolencia del médico Cubides Pardo en todo lo que se relacionaba con la enfermedad de Pinilla, pues en este punto guarda silencio el testigo señor Colorado.

Y sobre el mismo aspecto de la posible responsabilidad del médico, en el informe pericial rendido en la segunda instancia, los señores peritos señalan como deber del ortopedista "investigar las causas orgánicas que puedan facilitar las pseudo-artrosis, de manera que, conocidas las causas adyuvantes, se realice el tratamiento médico juntamente con el ortopédico; así en presencia de un sifilítico que ha sufrido una fractura, el tratamiento antiespecífico debe practicarse al par con el ortopédico o la fractura no suelda.... El elemento calcio de que tánto hablan señoras y profesionales tiene una importancia apenas relativa. Lo que tiene verdadera importancia es la relación o equilibrio entre los iones calcio y fósforo por un lado (para lo cual deben practicarse reacciones serológicas tendientes a dosificarlos), y la presencia de vitamina D en el tractus intestinal o el funcionamiento de las glándulas paratiroides.... En presencia de una pseudo-artrosis, indudablemente la mejor manera de tratarla es la de realizar un injerto óseo; pero la técnica de los injertos tiene detalles trascendentales; la implantación de un injerto no debe realizarse sin haber reducido previamente, de manera exacta, la fractura; el injerto y el huésped deben adaptarse exactamente, quedando el injerto perfectamente fijo en el huésped. Después de practicado el injerto, el miembro debe inmovilizarse adecuadamente durante un tiempo que sólo la radiografía de control indica." (Folios 11 y 11 vuelto, cuaderno número 5).

—

La posible responsabilidad que de los testimonios y de las declaraciones de los peritos se pueda deducir al médico doctor Cubides Pardo, no entra a calificarla la Corte, en atención a las razones ya expuestas, según las cuales la culpa del profesional, en el caso de que exista, no pasa a la entidad demandada.

—

Pero si no es posible deducir culpa a cargo del Departamento por la acción u omisión del médico doctor Cubides Pardo, la Sala considera que hay otros hechos, en que están acordes todos los testigos y peritos, y que determinan responsabilidad en la entidad demandada.

Consta en las posiciones absueltas por el médico Cubides que éste ordenó la práctica de varios masajes al señor Pinilla; consta también, en las declaraciones de los testigos Isabel Castañeda y José Manuel Colorado que los masajes que habían sido ordenados no se practicaron porque la Junta de la Caja no se reunió oportunamente para autorizarlos; consta además, por el dictamen pericial llevado a efecto en la segunda instancia, que dichos masajes habrían beneficiado al enfermo haciéndole menos grave su lesión. A la pregunta formulada a los peritos, de que "si la pierna le quedó rígida, sin ninguna flexión, anquilosada, al demandante Pinilla, se debió a la falta de los masajes ordenados por el médico doctor Cubides Pardo", aquellos contestaron afirmativamente.

La Caja de Previsión Social de Cundinamarca está obligada a suministrar los medios eficaces para el tratamiento de las enfermedades de los empleados, pues conforme a sus estatutos dispone de una comisión permanente de servicios médicos, la cual tiene entre sus varios fines el de

supervigilar "el funcionamiento de los servicios con el objeto de asegurar su eficacia y oportunidad" (Acuerdo número 1º de 1938, artículo 9º). Y de los diversos testimonios y pruebas traídos al juicio aparece que la Caja no atendió eficaz y oportunamente al tratamiento de la enfermedad de Pinilla, en lo referente a los masajes prescritos por el médico, produciéndose por ese motivo perjuicios mayores en la persona del demandante.

Con respecto a la inflamación testicular que figura entre los hechos de la demanda sólo existe el certificado del médico doctor Rafael López-Ruiz, de que le había tratado a Pinilla esa complicación, y la manifestación del Médico Jefe de la Caja, doctor Ruperto Clavijo, de haberle recetado una pomada y aplicaciones calientes. Estas certificaciones no fueron ratificadas en el juicio, y por tanto no tienen poder probatorio. Y no estando acreditado el hecho, no es del caso estudiar la posible responsabilidad de la Caja y del Departamento por ese concepto.

Los demás hechos que figuran en el libelo de demanda y de los cuales se pudiera deducir una responsabilidad al demandado, carecen de prueba, pues los únicos elementos de convicción que hay en el juicio son los relacionados con los demás que se examinaron.

—

Como no existe una determinación concreta del daño causado, por su aspecto económico, la condena será *in genere*, para que de conformidad con el artículo 553 del Código Judicial se haga la estimación, teniéndose en cuenta estos elementos de juicio: la rigidez o falta de flexibilidad de la pierna, su estado de anquilosamiento, la duración o permanencia de la lesión, la edad de la víctima, el género de actividad que venía desarrollando y la disminución de la capacidad de trabajo que de todo ello ha de resultarle al demandante. De conformidad con doctrina de esta Sala de la Corte, aunque el daño que se va a reparar es sucesivo y su indemnización periódica, para garantizar la efectividad de ésta se hará su entrega por anticipado, sumándose las futuras anualidades o mensualidades de la prestación, y deduciéndose el interés, al 6% anual, que esa cantidad de dinero habría de producir durante el lapso a que se extiende la obligación.

—

Es obvia la existencia de daño moral subjetivo, producido por la natural depresión que la lesión ocasionó en la persona del demandante y que continúa afectándolo. Su cuantía será la mayor autorizada por el artículo 95 del Código Penal.

—

No es el caso de reconocer perjuicios morales objetivados, por no haberse acreditado en el juicio.

—

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *revoca* la sentencia de primera instancia, y en su lugar decide:

Primero. El Departamento de Cundinamarca es responsable civilmente de los perjuicios sufridos por el señor José Rubén Pinilla, por culpa en el tratamiento de su lesión.

Segundo. Condénase en abstracto al Departamento de Cundinamarca a pagar al señor José Rubén Pinilla los perjuicios materiales, que podrán fijarse en armonía con el artículo 553 del Código Judicial, teniéndose en cuenta las bases que para determinarlo se consignan en la parte motiva de este fallo.

Tercero. El Departamento de Cundinamarca debe pagar al señor José Rubén Pinilla la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda legal en concepto de perjuicios morales subjetivos.

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

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor José M. Blanco Núñez.

Juicio del señor José Rubén Pinilla contra el Departamento de Cundinamarca, por perjuicios.

Muy pocas son las razones que tengo que ratificar aquí para no haber compartido en su totalidad, desafortunadamente, las que sirven de fundamento a la parte motiva del presente fallo, y muy pocas tienen que ser, porque apenas me separo de esta importante sentencia en cuanto a la solución que la mayoría de la Sala le da al caso *sub judice*, porque, a juicio de ella, está probado que no existió culpa *in eligendo* ni culpa *in vigilando* frente a la actuación negligente y falta de técnica, como el fallo lo acepta, del médico cuyos servicios profesionales fueron contratados por el Departamento de Cundinamarca (Caja de Previsión Social) para atender al señor José Rubén Pinilla.

Pero, ¿de dónde deduce la mayoría de la Sala que el Departamento demandado dio la prueba de su debida diligencia y cuidado (Código Civil, artículos 1604 y 1757) en la escogencia y vigilancia del médico doctor Cubides Pardo, aceptando, como ella lo acepta, acertadamente, que esta obligación —la de buena elección y adecuada vigilancia— concierne tanto a las personas naturales como a las jurídicas o de carácter moral (oficiales o nó) aunque no se trate específicamente de empleados o sirvientes, sino también de contratistas?

De esto (dice el fallo): 1º De que "de autos aparece que el doctor Cubides Pardo es un facultativo graduado, con práctica suficiente en el tratamiento de fracturas y con buena clientela en esa especialidad, *como lo indica* —subrayo— *el hecho de haber sido llamado en esos días de Medellín para tratar una novedad semejante a la de Pinilla a un importante* ciudadano de esa ciudad". "No es el caso, por tanto, de una culpa *in eligendo*", agrega la mayoría de la Sala.

Y en cuanto a la prueba de la adecuada vigilancia, o mejor aún, a la imposibilidad de ejercer esta última sobre el profesional de que se trata, ¿de dónde la establece o deduce la mayoría de la Sala?

Son éstas sus palabras: "El segundo requisito hay que entenderlo según la naturaleza de las funciones que le correspondía ejercer al facultativo: vigilarlo desde cierta distancia, sin intervenir en sus disposiciones de orden técnico o científico, materia en la cual no podía la Caja de Previsión dar órdenes ni instrucciones al doctor Cubides, ni corregir o modificar el tratamiento prescrito por él. No descuidarse sí de la atención que el médico estaba obligado a prestar al enfermo; pero por la índole de los servicios profesionales que al médico incumbían, de carácter personal en relación con el paciente, colocado éste en una clínica, se presumía por ese hecho que estaría debidamente cuidado, y por ello la desatención del facultativo debió ponerse en conocimiento de la Caja de Previsión en oportunidad, para que ésta hubiese reemplazado al médico o tomado otras medidas; mas no hay prueba en el expediente de que ese aviso se hubiera dado a la entidad demandada o a su órgano, la Caja de Previsión Social.

"Por estas consideraciones entiende la Corte que de la responsabilidad profesional del médico no responde la entidad pública demandada."

La anterior exposición me ha sugerido ante mis ilustrados colegas las siguientes observaciones deducidas del mismo fallo, de las constancias del expediente y de lo ya establecido por esta misma Sala, entre otros muchos sobre responsabilidad civil por el hecho de otro, de un caso muy similar al presente. (Véase sentencia de 14 de marzo de 1942. *Gaceta Judicial* número 1981, página 920. Juicio por la muerte de A. Valencia Mejía).

De la idoneidad de un médico no sólo hace parte su aptitud puramente científica o técnica, de que pueden dar cuenta, *a priori* y *grosso modo*, su título universitario, ni su calidad de "especialista" en determinada rama de la medicina, sino que de esa idoneidad hace parte también el aspecto que bien podría llamarse moral, no sólo en el sentido de que el médico practica su profesión sin dolo o sin menosprecio de las reglas de la deontología profesional, si que también en lo tocante a la atención de sus pacientes con la solicitud y diligencia indispensables para que los recursos terapéuticos aconsejables y aconsejados no fallen por una omisión en los cuidados que el enfermo necesita, pues tanto puede éste perecer por un error (evitable) de tratamiento,

como por la negligencia en la atención que el médico le debe prestar oportunamente para asegurar la curación. Y si como verdad se admite —como lo admite el fallo— que en tratándose de la parte puramente técnica el que ha buscado los servicios del médico no puede controlar con su vigilancia la actividad de éste en cuanto al tratamiento que él considere científicamente aplicable, sí puede vigilar, no sólo que ese tratamiento sea correctamente aplicado, sino que el médico no descuide sus deberes de tál, en orden a asegurar el feliz resultado de su intervención. ¿Que se trata de una persona moral (entidad de derecho público, sociedad comercial, etc.)? Nada importa porque si éstas no pueden obrar por sí mismas, las obligaciones de vigilancia y buena elección con respecto a sus subordinados o a las personas a quienes hayan encargado del servicio de que se trate sí pueden y deben ejercerlas por medio de sus respectivos jefes, gerentes, administradores, empleados y demás personas naturales, que les sirven de órganos de expresión en las funciones que les son peculiares.

El fallo no niega esta tesis, que, por otra parte, encuentra sólido respaldo en las disposiciones pertinentes de nuestro Código Civil y en numerosas doctrinas que las Salas de Casación y de Negocios Generales han sentado en anteriores ocasiones en casos similares; pero la mayoría de la Sala considera en la presente sentencia tanto que con relación al profesional de que se trata la prueba de la buena elección fue suficiente, sólo con que el médico tuviera un título o grado, buena práctica y clientela en el tratamiento de las fracturas, como porque no puede calificarse de deficiente vigilancia la del Departamento sobre el médico, no sólo porque él (el Departamento) no podía intervenir en las disposiciones de orden técnico o científico emanadas del galeno, sino porque al paciente Pinilla se le había colocado en una clínica a merced de los servicios de carácter personal de aquél y se *presumía* que el paciente por ese hecho estaría debidamente cuidado, y por ello la desatención del facultativo debió ponerse en conocimiento de la Caja de Previsión en oportunidad, de lo cual no existe prueba.

A las razones que he dejado expuestas para no compartir estos conceptos de la mayoría de la Sala, debo añadir otras.

No está plenamente comprobada la habilidad técnica del profesional de que se trata. Todo lo contrario: se deduce claramente de las pruebas del expediente que hubo impericia en el tratamiento que dicho profesional aplicó a la víctima, y, *además*, que si ese tratamiento hubiera sido el indicado por la ciencia, dadas las circunstancias y la condición del paciente, éste estaría en mejores condiciones de las en que ha quedado. (Exposiciones de los médicos doctores Pedro P. Cervantes y Daniel Borrero, folio 10, cuaderno número 5).

Por otra parte, a las páginas 103 y 104 del informe de la Caja de Previsión que obra a folio 5 del cuaderno número 2, se lee lo siguiente:

"Artículo 3º Autorízase al Gerente de la Caja de Previsión Social del Departamento para contratar con el Gerente de la Federación Médica Nacional la prestación de los servicios médicos a los empleados y obreros departamentales, mediante una tarifa especial previamente acordada por ambas partes contratantes.

"Parágrafo. Los términos del contrato serán sometidos a la aprobación de la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social y del Colegio Médico de Cundinamarca."

"Artículo 9º La Comisión Permanente de Servicios Médicos de la Caja de Previsión Social, asesorada por el Gerente, elaborará la reglamentación de los servicios médico y dental que por medio del presente Acuerdo se crean. Dicha comisión permanente supervigilará, además, el funcionamiento de los servicios con el objeto de asegurar su eficacia y oportunidad."

Es inaceptable que después de tántos meses de hospitalización de Pinilla, el Departamento (la Caja de Previsión) por conducto de sus respectivos miembros, no se hubiera preocupado por saber en qué estado continuaba Pinilla, cuál era la atención que el facultativo contratado por ella le prodigaba y cuáles las razones por las cuales se prolongaba la hospitalización de la víctima del accidente.

El viaje del facultativo a Medellín, para atender a otro paciente, no parece que sea ni una circunstancia exculpativa, ni menos aún una que acredite la bondad de sus servicios, pues todo lo contrario: consta que ese viaje lo hizo el doctor Cubides Pardo cuando aún Pinilla necesitaba sus servicios, y sin que dejara al paciente al cuidado de otro médico para que lo reemplazara en sus deberes de profesional y en sus obligaciones contractuales.

¿Que de estas faltas de cuidado hacia el paciente no se le dio noticia al Departamento?

Nada le hace. Primeramente, porque, como ya queda dicho, el Departamento sí podía, y estaba obligado a darse cuenta por medio de sus otros agentes, de la marcha de la curación de Pinilla, y en segundo lugar porque —ya lo ha reconocido la Corte en numerosas decisiones, incluso en la actual— porque la falta personal del empleado o agente repercute sobre el empleador, aunque éste sea un ente moral, entidad de Derecho Público, empresa privada, compañía comercial, etc., cuando esa falta tiene lugar con

ocasión del servicio que presta o que está obligado a prestar el agente.

También el médico a quien se refiere la sentencia condenatoria de fecha 14 de marzo de 1942, de esta Sala, ya citada, tenia un título o grado universitario; también él era un agente de una entidad de Derecho Público —la Nación— como médico en la Base Aérea "Ernesto Samper"; también él dejó de prescribir el tratamiento adecuado a la víctima, el soldado Alberto Valencia Mejía, muerto a consecuencia de la mordedura de un perro hidrófobo, y también él se ausentó de la Base Aérea mencionada sin dejar a otro facultativo encargado de reemplazarlo en la atención de Valencia Mejía.

De ahí que la Corte dijera en ese caso, tan parecido al presente: "En el caso de autos la conducta del doctor Sarmiento, manifiesta y gravemente contradictoria y negligente, compromete su responsabilidad, y, por ende, la del Estado a cuyo servicio estaba (artículos 2341, 2347, 2349 y 2356 del Código Civil)"..... "Dilucidado como queda todo lo concerniente al daño ocasionado y a la responsabilidad de la Nación como empleadora del doctor Sarmiento en este caso, se reconoce que hay lugar a la indemnización consiguiente a cargo de ella, según la norma legal de que toda persona es responsable del daño que cause por sí o por medio de aquellas personas que de ella dependan, y debe indemnizarlo cumplidamente. (Código Civil, artículos 2341, 2347 y 2356)."

¿Que a Pinilla no se le aplicaron los masajes que ordenó el médico doctor Cubides Pardo?

Quiere ello decir entonces que el Departamento tiene a su *Debe* doble responsabilidad: la que nace de esa omisión y la que es consecuencia de los actos culposos de su agente doctor Cubides, de que da cuenta el expediente. La concurrencia de culpas que pueda existir en este caso no serviría para oponerla a la víctima como descargo parcial ni total a favor del Departamento. Cuestión es ésta que atañe solamente al facultativo y al Departamento para las compensaciones a que hubiere lugar entre ellos, conforme a las reglas de los artículos 2352 y 2357 del Código Civil.

José M. Blanco Núñez.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Acción para el pago de un auxilio de cesantía.

Cuando se quiere hacer valer contra un Departamento o la Nación derechos provenientes de las leyes del trabajo a que se refiere la Ley 45 de 1939, la respectiva controversia se debe tramitar por el procedimiento verbal y sobre la base de que la competencia en tales casos no reside en el Tribunal, en calidad de Juez de primera instancia, sino en los Jueces ordinarios, según la cuantía del negocio y la vecindad, como lo previene de modo general el artículo 1º, ordinal segundo de la referida Ley. Partiendo de estas bases no admite la Corte que los juicios verbales autorizados por la ley para ventilar reclamaciones por prestaciones sociales, pueden llegar a su conocimiento por vía del recurso de apelación, porque los Tribunales carecen de competencia para resolverlas en primera instancia. Y aunque el auxilio de cesantía es una prestación social que no está incluída entre las que enumera la Ley 45 citada y la Ley 61 de 1939 no consagró el procedimiento para hacer efectivo el derecho por ella creado, ese vacío de esta última Ley debe llenarse recurriendo a las normas de otras leyes que gobiernan materias análogas y que sí contienen las regulaciones que se echan menos en aquélla. Sobre esta base se tiene lo siguiente: En primer lugar, el artículo 18 de la Ley 10 de 1934 prevé el procedimiento sumario **para las controversias que surjan entre empleados particulares y patrones, como consecuencia de la aplicación de sus preceptos, los cuales, como es bien sabido, consagran en favor de dichos empleados el derecho a las vacaciones, al auxilio de enfermedad y al de** cesantía. **En segundo lugar, la misma Ley 45 de 1939 hizo extensivo el procedimiento verbal a 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". La Ley en referencia estableció también, según la precitada doctrina de esta Sala, una regla general en materia de competencia, de acuerdo con la cual de las referidas controversias conocen los Jueces ordinarios, teniendo en cuenta únicamente la cuantía del negocio y la vecindad, sin que influya, por ende, la calidad de las partes. Así, pues, lo jurídico es que lo atinente al procedimiento y a la jurisdicción y competencia en las controversias relativas al** auxilio de cesantía **reconocido por la Ley 61 de 1939, se someta a las reglas generales que en el particular contienen las Leyes 10 de 1934 y 45 del mismo año de 1939, reguladoras también de prestaciones sociales, y no recurrir a las reglas, también generales, del Código Judicial, de acuerdo con las cuales ese juicio debería encauzarse por la vía ordinaria y su conocimiento en primera instancia correspondería al Tribunal. Entre las dos clases de disposiciones generales, las contenidas en las leyes referidas y las contenidas en el Código Judicial, son de más aceptable aplicación para la Corte, en el caso de autos, aquellas cuya naturaleza se armoniza mejor con la materia a que se refiere el hecho que se juzga.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto treinta de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El señor Marco A. Ruiz, por medio de apoderado, demanda a la Nación en juicio ordinario para que ésta le pague la suma de $ 534.00, en calidad de auxilio de cesantía, por haber sido despedido de la empresa oficial de construcciones de edificios nacionales (ramo de construcción de parques y jardines).

La demanda fue presentada ante el Tribunal Superior de Bogotá, y esta entidad, en auto del 13 de abril último, resolvió no darle curso "por no ser competente para conocer de ella".

No conforme con el anterior proveído, el apoderado del demandante apeló ante la Corte. Por ello corresponde a esta Sala resolver el recurso, para lo cual se considera:

En la demanda el actor solicita que se hagan estas declaraciones contra la entidad demandada:

a) Que el señor Ruiz fue despedido de la empresa oficial en referencia el día 15 de septiem-

bre de 1941 y que este despido no fue originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados; o que, en todo caso, el demandante quedó fuera de la empresa involuntariamente y sin su culpa; y

b) Que la Nación está obligada a pagar al demandante, en calidad de *auxilio de cesantía*, la suma de $ 534.00, y sus intereses legales a partir del 15 de septiembre de 1941 hasta el día en que se haga dicho pago.

Como hechos fundamentales de la acción el actor adujo éstos:

1º Que el señor Ruiz entró al servicio de la Nación (Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Edificios Nacionales), el 1º de abril de 1934, habiendo prestado sus servicios hasta el 15 de septiembre de 1941, fecha ésta en que fue despedido por causa de la reducción de personal debida a la carencia de fondos. Trabajó, pues, al servicio de la Nación, durante 7 años 5 meses y 15 días;

2º Para el empleo de los jardineros de parques y jardines nacionales no se necesita nombramiento ni posesión;

3º El demandante ha trabajado en la construcción del Parque "Olaya Herrera" en calidad de jardinero y más tarde de jardinero-jefe;

4º Los edificios nacionales son una empresa de construcción oficial sometida a la Ley 61 de 1939;

5º El demandante ha devengado durante los últimos tres años de servicio un jornal de dos pesos en promedio;

6º Computando el auxilio de cesantía a razón de tres jornales por cada mes de trabajo, debe pagarse por 89 meses de trabajo, y partiendo de un jornal de dos pesos, la suma de $ 534.00.

El fundamento de derecho de la acción es el artículo 1º de la Ley 61 de 1939, que dice: "En toda empresa de construcción oficial o particular se pagará como *auxilio de cesantía* a sus trabajadores una indemnización de tres jornales por cada mes de trabajo. En ningún caso recibirá el trabajador menos del salario de una semana por concepto de cesantía".

Al referirse el demandante a las normas procesales reguladoras de la competencia del Tribunal del conocimiento, alega que "la Ley 45 de 1939 no es aplicable porque en la enumeración taxativa de las controversias sometidas al procedimiento verbal, no se encuentran las relativas al auxilio de cesantía".

* * *

Para abstenerse de darle curso a la demanda del señor Ruiz, el Tribunal adujo estas consideraciones principales:

"En el año de 1939, por medio de la Ley 61, posterior a la Ley 45 del mismo año, el legislador creó un auxilio de cesantía en favor de los trabajadores de toda empresa de construcción oficial o particular consistente en una indemnización de tres jornales por cada mes de trabajo, pero esta Ley, la 61 de 1939, no consagró el procedimiento para hacer efectivo el derecho por ella creado. En estas circunstancias, cabe preguntar: ¿Cuál es la vía procedimental, legalmente adecuada, para demandar judicialmente el derecho de cesantía creado por la Ley 61 de 1939 y cuáles son las autoridades judiciales competentes para conocer de la controversia correspondiente? En el presente caso debe el demandante elegir el procedimiento verbal para reclamar la cesantía ante los Jueces ordinarios, por el procedimiento verbal, según la cuantía de la acción y la vecindad de las partes, o, por el contrario, está bien dirigida la correspondiente acción ante el Tribunal y por la vía ordinaria?

"Al parecer, pudiera creerse que, por no haber señalado la Ley 61 de 1939 el trámite procedimental para reclamar el auxilio de cesantía por ella creado, la vía judicial procedente para ejercer tal derecho es la ordinaria conforme al artículo 734 del Código Judicial. Pero entonces ocurriría que el trabajador en una empresa de construcción oficial con derecho a reclamar la cesantía, descanso dominical y jornales, demos por caso, para hacer valer la primera de estas prestaciones tendría que acudir, como en este evento, al respectivo Tribunal de Distrito Judicial, con acción ordinaria, y para reclamar las demás prestaciones sociales debería demandar a la Nación ante los Jueces Municipales o de Circuito, según la cuantía del negocio y la vecindad de las partes, y por el procedimiento verbal.

"Tales inconvenientes de orden procedimental se obvian extendiendo la aplicación del artículo 1º de la Ley 45 de 1939 al presente caso con base en el artículo 203 del Código Judicial, y dada la finalidad estrictamente social de la citada Ley, 'la cual tiene por objeto que las clases trabajadoras, económicamente débiles, puedan hacer valer sus derechos *nacidos de las cuestiones de trabajo* (se subraya) desde sus propios domicilios y en las condiciones menos onerosas, ya sea contra la Nación, contra los Departamentos o contra simples particulares'. (Auto dictado por la Corte Suprema de Justicia en el juicio ordinario de Santos Camelo contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales).

"Dada, pues, la finalidad de la legislación social, de que las controversias sobre las prestaciones sociales nacidas del contrato de trabajo tengan una solución judicial rápida, por el procedimiento verbal, considera el Tribunal que, en este caso, la acción para el reclamo de la cesantía propuesta por Marco A. Ruiz, debe también seguirse y tramitarse con sujeción a la norma

consagrada por el artículo 1º de la Ley 45 de 1939. Es decir que, conforme a dicha Ley, la jurisdicción y competencia de este caso corresponde a los Jueces ordinarios, por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes".

Considera la Corte:

Las razones fundamentales del auto apelado son inobjetables, ya que el Tribunal argumenta con firme apoyo en la ley y en reiterada doctrina de esta Sala sobre el problema jurídico planteado por el demandante. En efecto:

Según la aludida doctrina, cuando se quieren hacer valer contra un Departamento o la Nación derechos provenientes de las leyes del trabajo a que se refiere la Ley 45 de 1939, la respectiva controversia se debe tramitar por el procedimiento verbal y sobre la base de que la competencia para conocer en tales casos no reside en el Tribunal, en calidad de Juez de primera instancia, sino en los Jueces ordinarios, según la cuantía del negocio y la vecidad, como lo previene de modo general el artículo 1º, ordinal segundo de la referida Ley 45 de 1939. Partiendo de estas bases la Corte no admite que los juicios verbales autorizados por la ley para ventilar reclamaciones por prestaciones sociales pueden llegar a su conocimiento por vía del recurso de apelación, porque los Tribunales carecen de competencia para resolverlas en primera instancia.

Empero, el apoderado del demandante alega que la doctrina en referencia no es aplicable al caso de autos, por cuanto la prestación social de que aquí se trata, esto es, el *auxilio de cesantía* reconocido por la Ley 61 de 1939 no se halla incluída entre las prestaciones sociales de que trata la Ley 45 del mismo año, en que se ha fundado la Corte para sustentar aquella doctrina. Sobre esta objeción del demandante se observa lo siguiente:

Es verdad, como lo anota el apelante, que el auxilio de cesantía materia de este juicio, reconocido por la Ley 61 de 1939 en favor de los trabajadores de "toda empresa de construcción oficial o particular", es una prestación social que no está incluída entre las que enumera la Ley 45 del mismo año. También es cierto, como lo hace notar el Tribunal, que la Ley 61 no consagró el procedimiento para hacer efectivo el derecho por ella creado.

Mas el vacío que se le anota a la Ley 61 en referencia debe llenarse recurriendo a las normas de otras leyes que gobiernan materias análogas y que sí contienen las regulaciones que se echan de menos en aquella Ley. Sobre esta base se tiene lo siguiente:

En primer lugar, el artículo 18 de la Ley 10 de 1934 previó el *procedimiento sumario* para las controversias que surjan entre empleados particulares y patrones, como consecuencia de la aplicación de sus preceptos, los cuales, como es bien sabido, consagran en favor de dichos empleados el derecho a las vacaciones, al auxilio de enfermedad y al de *cesantía*.

En segundo lugar, la misma Ley 45 de 1939 hizo extensivo el *procedimiento verbal* a 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". La Ley en referencia estableció también, según la precitada doctrina de esta Sala, una regla general en materia de competencia, de acuerdo con la cual de las referidas controversias conocen los Jueces ordinarios, teniendo en cuenta únicamente la cuantía del negocio y la vecindad, sin que influya por ende la calidad de las partes.

Ahora bien: por razón de analogía, lo jurídico es que lo atinente al procedimiento y a la jurisdicción y competencia en las controversias relativas al *auxilio de cesantía* reconocido por la Ley 61 de 1939, se someta a las reglas generales que en el particular contienen las Leyes 10 de 1934 y 45 del mismo año de 1939, reguladoras también de prestaciones sociales, y no recurrir, según la tesis del apoderado del actor, a las reglas, también generales, del Código Judicial, de acuerdo con las cuales este juicio debería encauzarse por la vía ordinaria y su conocimiento en referidas y las contenidas en el Código Judicial, Superior de Bogotá. Entre las dos clases de disposiciones generales, las contenidas en las leyes referidas y las contenidas en el Código Judicial, para la Corte son de más aceptable aplicación, al presente caso aquéllas cuya naturaleza se armoniza mejor con la materia a que se refiere el hecho que se juzga.

Las precedentes consideraciones de la Corte, unidas a las que sirven de fundamento al auto reclamado, son más que suficientes para relevar la legalidad de dicha providencia, pues unas y otras razones confluyen a demostrar en forma inequívoca que el Tribunal Superior de Bogotá carece de competencia para conocer de la acción que ante él instauró el señor Marco A. Ruiz.

* * *

A mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia confirma el auto objeto del presente recurso de apelación.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

EJECUCION DE UNA SENTENCIA

La Corte ha decidido que cuando se anticipa una cantidad de dinero correspondiente a varias sumas que han de cubrirse periódicamente, debe descontarse lo que corresponde en razón del anticipo, por los intereses que ese capital depositado en un banco habría de producir, estimados al 6% anual.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, treinta y uno de agosto de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

En ejecución de la sentencia dictada por esta Sala de la Corte el 20 de octubre de 1941 en el juicio de Cecilio Martínez y María Antonia Barbosa de Martínez contra la Nación, por perjuicios, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dictó su providencia del 10 de marzo último, que dio origen a la apelación que ha de decidirse ahora por la Corte. Trátase de fijar, en el incidente previsto por el artículo 553 del Código Judicial, el monto de la indemnización reconocida en abstracto por la sentencia a favor de los demandantes.

* * *

La sentencia que va a ejecutarse dispuso en el punto que es materia de la presente actuación: "1º Condénase a la Nación a pagar a Cecilio Martínez Cárdenas y María Antonia Barbosa de Martínez el valor de los perjuicios materiales y el de los morales objetivados que recibieron con motivo de la muerte de su hijo Claudio Alfonso Martínez B., ocurrida el 24 de julio de 1938, en el Campo de Marte o Santa Ana, del Municipio de Usaquén. El monto de este daño podrá determinarse por el procedimiento establecido en el artículo 553 del Código Judicial, debiendo tener en cuenta los peritos, al hacer la estimación, las bases que para fijarlo se señalan en la parte motiva de esta sentencia". Y como tales se fijaron las que aparecen consignadas en el siguiente pasaje: "Para este evento y por el examen que ha hecho la Sala de las pruebas admitidas, señala desde ahora las calidades, circunstancias y condiciones que habrán de tener en cuenta los peritos en su dictamen estimatorio del daño, a saber: la edad de la víctima, lo que ganaba de acuerdo con las declaraciones, el beneficio directo que sus padres derivaban de sus entradas como empleado, el tiempo durante el cual se supone fundadamente que habría de prestarles apoyo a sus padres, teniendo en cuenta la edad de aquél y la de éstos; la circunstancia de que ese apoyo pudiera afectarse al casarse Claudio Alfonso y contraer por ese motivo nuevas obligaciones; las demás razones conducentes a la fijación concreta del perjuicio. Tendrán en cuenta, por último, que por regla general no es admisible que se compute para el cálculo respectivo el valor total de las entradas o ingresos que la víctima del accidente recibía de sus trabajos, ya que, en buena lógica, si viviera tendría que destinar una parte de aquéllos para atender a sus gastos propios".

* * *

El avalúo pericial producido en la primera instancia concluye señalando así los perjuicios:

"Perjuicios materiales.

Para la señora de Martínez .. $	3.734.34
Para el señor Martínez	7.304.34
Perjuicios morales objetivados.	
Para la señora	4.800.00
Para el señor Martínez	3.300.00
Total general .. .. $	19.138.68"

El auto del Tribunal que ahora se revisa fija como perjuicios materiales $ 3.652.17 para Cecilio Martínez y $ 1.867.17 para María Antonia Barbosa de Martínez; y como perjuicios morales objetivados $ 1.650.00 para Cecilio Martínez y $ 2.400.00 para María Antonia Barbosa de Martínez, lo que da un total de $ 9.569.34, de lo cual debe descontarse lo que los demandantes hayan recibido en virtud de la sentencia dictada por el Consejo de Estado el 26 de septiembre de 1939.

Para hacer la fijación vista el Tribunal reduce las cifras de los avaluadores, con fundamento en consideraciones que se examinan adelante.

* * *

Dice el señor apoderado de los demandantes, refiriéndose al dictamen de los peritos sobre avalúo de perjuicios, que como no fue objetado por la contraparte, como es uniforme y se halla

fundamentado en razones y hechos claros y bien deducido, debe acogerlo la Corte. No afirma el apoderado —lo que sería contrario a la ley— que no esté el juzgador facultado para analizar los dictámenes de esta clase y verificar su fundamentación. Tal facultad, que es al propio tiempo un deber de la Corte, la ejercerá y cumplirá éste, haciendo el examen necesario para poder deducir si el avalúo está debidamente fundamentado.

* * *

Son obligatorias para los peritos y los Jueces, en los incidentes regulatorios del monto de perjuicios, las bases que para fijarlos se hayan señalado en la sentencia. En el presente incidente el fallo estableció que los peritos tendrán en cuenta al practicar el avalúo la edad de la víctima, lo que ganaba, el beneficio que sus padres derivaban de él, el tiempo en que habría de prestar apoyo a sus padres, la influencia en ello del matrimonio probable de Claudio Alfonso y lo que éste habría aplicado a sus gastos propios. Estas bases son inmodificables, porque se hallan consignadas en la sentencia definitiva y firme de cuya ejecución se trata. Cualquier consideración nueva que implique una modificación de esos fundamentos consignados en el fallo es inadmisible, por contraria a la cosa juzgada, y debe por lo mismo desecharse.

Con este criterio hace en seguida la Sala el análisis de las objeciones que el señor apoderado le formula al auto materia de la apelación, para resolver sobre la validez del mismo.

* * *

Perjuicios materiales.

En orden al avalúo de esta clase los peritos expresan lo que sigue:

"Para resolver el punto primero y siguiendo las bases indicadas por la honorable Corte Suprema de Justicia en su fallo, consideramos lo siguiente: Claudio Alfonso Martínez, según la partida de bautizo que obra en el expediente, nació el 13 de diciembre de 1915 (folio 3, cuaderno 1º) y murió el 24 de julio de 1938, es decir, murió a la edad de 22 años, 7 meses y 11 días; al sobrevenirle la muerte, él devengaba la suma de $ 125 mensuales por los siguientes conceptos: en el Instituto Geográfico Militar $ 60 (folio 6, cuaderno 3); en el almacén 'El Repuesto', $ 30 (folio 17, cuaderno 3); y en la oficina del señor G. Vengoechea $ 35 (folio 18, cuaderno 3).

"Establecida la cuantía de las entradas pecuniarias de Claudio Alfonso, es lógico que el perjuicio sufrido por los padres debe limitarse a lo que su hijo les daba y que desde su muerte no reciben, deducida naturalmente la partida que el occiso invertía en sus gastos personales, sin dejar de tener en cuenta que vivía al lado de sus padres.

"Sentadas esas bases, precisa saber cuánto entregaba Claudio Alfonso a sus padres: según las declaraciones de los señores Abadía y Vengoechea, en cuyos establecimientos trabajaba el occiso (las cuales obran en los folios 16 vuelto y 17 del cuaderno 3º y 18 del mismo cuaderno), el fallo de la Corte admite que el joven Martínez entregaba mensualmente a sus padres todo lo que devengaba en esos establecimientos, o sean $ 65 mensuales; y conforme a las declaraciones de los testigos Ramírez y Collins, que figuran a folio 8 del cuaderno 9º, les entregaba, además, $ 20 mensuales de lo que ganaba en el Instituto Geográfico Militar. En consecuencia, damos por demostrado que el hijo ayudaba a sus padres con la suma mensual de $ 85.

"En consecuencia, esos $ 85 mensuales son 'el beneficio directo que los padres devengaban de sus entradas como empleado', según el fallo de la Corte. Y según el mismo fallo, hay que relacionar ese beneficio con 'el tiempo durante el cual se supone fundadamente que habría de prestarles apoyo a sus padres, teniendo en cuenta la edad de aquél y la de éstos'. La edad del joven está determinada; en cuanto a la de sus padres, que aparece igualmente demostrada con las respectivas partidas de bautismo que figuran en el expendiente, hemos tenido en cuenta el concepto de los peritos médicos, quienes dictaminan que la señora de Martínez tiene una vida probable de tres años todavía, a partir del 20 de noviembre de 1942, fecha del dictamen pericial, tomando su hipótesis más favorable; y que el señor Martínez puede durar 10 años más, a partir de la misma fecha. Tenemos, pues, que la madre vivirá probablemente hasta el 20 de noviembre de 1945, y el padre hasta el 20 de noviembre de 1952, de donde resulta que el período de vida para la señora de Martínez, durante el cual podía recibir la ayuda de su hijo, se extiende desde el 24 de julio de 1938, día en que pereció éste, hasta el día 20 de noviembre de 1945, según lo expuesto, o sean 7 años, 4 meses menos 4 días; y el período de vida del padre se extiende desde la fecha de la muerte del hijo hasta el 20 de noviembre de 1952, o sean 14 años, 4 meses menos 4 días.

"Ahora bien: como los $ 85 mensuales los recibían conjuntamente los demandantes, deducimos que a cada uno le tocaba la mitad, o sean $ 42.50, lo que da un total en el año de $ 510 para cada uno.

"La Corte dice que los peritos deben tener en cuenta el beneficio directo que los damnificados devengaban del occiso; y ese beneficio directo es, como vimos, de $ 42.50 mensuales por cada uno. Luego es obvio que la indemnización

debe consistir en entregar a los perjudicados un valor igual a lo que han dejado de percibir hasta ahora y no percibirán en su tiempo de vida probable.

"¿Cómo calcular ese valor? Sencillamente, sumando las cuotas mensuales comprendidas en el período transcurrido desde el 24 de julio de 1938 hasta el último día de la vida probable calculada por los peritos médicos. Esa suma da el valor del perjuicio material que se debe reparar.

"Haciendo las operaciones respectivas, resulta, para cada uno de los damnificados, lo siguiente:

"Para la señora Barbosa de Martínez, a razón de $ 42.50 mensuales desde el 24 de julio de 1938 hasta el 20 de noviembre de 1945, $ 3.734.34.

"Para el señor Martínez, a razón de $ 42.50 mensuales, desde el 24 de julio de 1938 hasta el 20 de noviembre de 1952, $ 7.304.34". (Folios 23, 23 vuelto, 24 vuelto y 25, cuaderno número 6).

En lo general encuentra la Sala razonables las consideraciones que hacen los avaluadores en la parte transcrita de su dictamen. Sólo que no halla fundada sino en $ 65.00 mensuales, como así lo reconoció desde la sentencia, y no en los $ 20.00 adicionales que relacionan los peritos, la cantidad con que hay que suponer que el hijo habría ayudado a sus padres si no hubiese fallecido en el accidente. Dicen los peritos: "y conforme a las declaraciones de los testigos Ramírez y Collins, que figuran a folio 8 del cuaderno 9º (sic) les entregaba, además, $ 20.00 mensuales de lo que ganaba en el Instituto Geográfico Militar". Esta última aseveración no está acreditada en los autos. Ambos declarantes afirman, sin fundamento cierto, que Claudio Alfonso ayudaba a sus padres con $ 20.00 más, de lo que recibía como sueldo en el Instituto. Sin embargo tal afirmación no la basan en dato cierto alguno, sino en la circunstancia de que se vestía con ropa tomada a plazos y de que la señora madre informó que ella recibía la mayor parte de las entradas del hijo. Sin que esto sea inverídico, como Claudio Alfonso devengaba otros emolumentos que ascendían a la cantidad de $ 65 mensuales, y respecto de ellos ya la Corte encontró demostrado que los entregaba en su totalidad a sus padres, se concilian perfectamente los testimonios dichos con ese hecho de la entrega por el hijo a la madre de más de la mitad de lo que recibía por su trabajo. Prueba concreta no existe, pues, de la asignación especial a los padres de parte del sueldo que devengaba en el Instituto Claudio Alfonso. Por estas razones, y en completo acuerdo en este punto con el señor Procurador Delegado, la Sala estima que carece de fundamentación el peritazgo en lo que se refiere a la cantidad de $ 20.00 adicionales que ellos consideran aplicaba el hijo a la sustentación de los demandantes. No está pues acreditado que fuera de los sesenta y cinco pesos que formaban las demás entradas de Claudio Alfonso destinara él otra suma al apoyo de sus progenitores. Por consiguiente, admitiendo la Sala, como admite, la fundamentación del peritazgo en la parte transcrita, queda ella sustentando un avalúo no sobre la base de $ 85.00 sino de $ 65.00 mensuales. Y así, hay que modificar los cálculos numéricos por este concepto, haciéndolos girar sobre la base de $ 65.00 en vez de $ 85.00.

Expresan los avaluadores: "La Corte dice que los peritos deben tener en cuenta el beneficio directo que los damnificados devengaban del occiso; y ese beneficio directo es, como vimos, de $ 42.50 mensuales por cada uno. Luego es obvio que la indemnización debe consistir en entregar a los perjudicados un valor igual a lo que han dejado de percibir hasta ahora y no percibirán en su tiempo de vida probable". Aquí observa la Sala que acogiendo el cómputo pericial sobre $ 65.00 en vez de $ 85.00, la suma mensual para cada uno de los demandantes es de la mitad, o sea de $ 32.50.

Agregan los peritos: "¿Cómo calcular ese valor? (el que se ha dejado de percibir y el que no se percibirá). Sencillamente sumando las cuotas mensuales comprendidas en el período transcurrido desde el 24 de julio de 1938 hasta el último día de la vida probable calculada por los peritos médicos. Esa suma da el valor del perjuicio material que se debe reparar. Haciendo las operaciones respectivas, resulta, para cada uno de los damnificados, lo siguiente: para la señora Barbosa de Martínez, a razón de $ 42.50 mensuales, desde el 24 de julio de 1938 hasta el 20 de noviembre de 1945, $ 3.734.34. Para el señor Martínez, a razón de $ 42.50 mensuales, desde el 24 de julio de 1938 hasta el 20 de noviembre de 1952, $ 7.304.34". Aquí, acogiendo también el cómputo pericial, han de reducirse las cifras teniendo en cuenta que cada mensualidad es de $ 32.50 en vez de $ 42.50. Y haciendo esa liquidación se obtienen estos totales: para la señora Barbosa de Martínez, $ 2.850.00; para el señor Martínez, $ 3.900.00.

Los peritos tienen en cuenta el posible matrimonio de Claudio Alfonso, que podría disminuir sus disponibilidades económicas, pero al propio tiempo anotan cómo su capacidad productiva razonablemente aumentaría en los años subsiguientes, por su mayor aptitud para el trabajo, considerando que esa posibilidad de aumento ocurriría entre los 22 y los 32 años de edad. Esta estimación la encuentra acertada la Corte, pues es natural que en ese período de la vida el hombre perfeccione y amplíe sus medios de producción de riqueza.

* * *

La Corte ha decidido que cuando se anticipa una cantidad de dinero correspondiente a varias sumas que han de cubrirse periódicamente, debe descontarse lo que corresponda en razón del anticipo, por los intereses que ese capital depositado en un banco habría de producir, estimados al 6% anual. *(Gaceta Judicial,* tomo ...., página ....). En la presente liquidación tal procedimiento debería aplicarse, en estricta justicia. Pero como los avaluadores no pudieron tenerlo en cuenta, en calidad de obligatorio, puesto que el fallo no lo contempló, y como su aplicación actual exigiría un cálculo matemático propio de los peritos y que ellos ya no pueden realizar, la Sala admite, por estos motivos de hecho, sin la deducción dicha, el avalúo de los perjuicios materiales, reduciendo su cuantía en la forma explicada.

Hace constar además la Corte que la presente decisión, por respeto a la fuerza obligatoria de la sentencia que por su medio se ejecuta, no aplica algunas modificaciones que la evolución natural de la jurisprudencia de la Sala ha introducido con posterioridad al fallo que declaró la condena *in genere,* respecto al modo o sistema de cálculo de los perjuicios.

Perjuicios morales objetivados.

Dijo la Corte: "Esa objetivación del daño (se refiere al moral) en cuanto puede hacerse para darle realidad procesal jurídica, constituye daño moral y no material, porque el perjuicio moral se forma por la afectación de los intereses no económicos ya enunciados, aunque la lesión tenga manifestaciones objetivas. De acuerdo con este principio, es daño moral objetivado la enfermedad proveniente de un ataque al sentimiento de afección y la depresión psíquica, con el mismo origen, que produce inhibición para el trabajo y que consecuencialmente se refleja en el patrimonio material".

Con base en ese criterio los avaluadores en este incidente encuentran que existe daño moral objetivado respecto de la señora María Antonia Barbosa de Martínez, derivado de grave enfermedad cardiaca ocasionada por "el efecto moral profundo que debió sufrir con la pérdida de su hijo"; y respecto del señor Martínez porque "la muerte del hijo lo privó inmediatamente del empleo que entonces desempeñaba y lo obligó a venir a ponerse al frente del hogar que, en ausencia del padre, atendía el hijo".

Fácil resulta deducir, al primer examen, que el presunto daño del señor Martínez, de que aquí se trata, puede ser daño material, pero no daño moral objetivado, porque los actos que se afirma lo constituyen no son ni la enfermedad, ni la depresión psíquica, ni la inhibición para el trabajo resultantes de aquéllas. Más adelante se vuelve sobre este punto.

Los dictámenes periciales de los médicos que examinaron a la señora Barbosa de Martínez durante la secuela del incidente de liquidación, en la primera instancia, dicen en su parte esencial: "*Estado de salud.* En los antecedentes hereditarios y personales no se anota nada especial. Practicado un examen minucioso, se encuentra tanto por los síntomas como por los signos físicos una lesión avanzada del aparato cardiovascular, en la actualidad más o menos compensada. En los demás aparatos y sistemas no presenta ninguna alteración apreciable. Los exámenes de laboratorio, azohemia, glicemia y orina son normales. *Conclusión: Lesión orgánica avanzada del aparato cardio-vascular".* (Doctor Latorre, folio 11, cuaderno número 6). "La señora de Martínez es más o menos de 46 años; salud general bastante mala, presenta una insuficiencia cardíaca bastante avanzada que ha repercutido desfavorablemente sobre el funcionamiento del hígado y del pulmón; los demás órganos están normales; los exámenes de laboratorio, que adjunto, indican que las funciones de eliminación se hacen bastante bien". (Doctor Piñeros Suárez, folio 22, cuaderno número 6).

Estos dictámenes se produjeron en virtud de una petición del señor apoderado de los demandantes, que dice: "Nómbrese peritos médicos que, previo examen de los actores, opinen sobre su estado de salud, edad probable y duración aproximada de su vida". La prueba, decretada como se pidió, dio por resultado los conceptos de los médicos, que se concretan, como así aparece de su simple examen, a las finalidades buscadas por el peticionario: determinar sobre el estado de salud de los demandantes, su edad probable y la duración aproximada de su vida. Producida en estas condiciones la prueba, es natural que ella no verse sino sobre la constatación del estado actual de las personas examinadas, para deducir lo que sea del caso sobre tal estado de salud, buena o mala, y calcular la edad de los actores y su supervivencia probable. No hay en los dictámenes médicos apreciación alguna respecto a las causas que motivaron en la señora de Martínez la afección cardiaca que padece, pero ni siquiera la antigüedad de esa lesión. El doctor Latorre declara que la señora de Martínez sufre una lesión orgánica avanzada del aparato cardiaco-vascular y el doctor Piñeros Suárez que presenta una insuficiencia cardíaca bastante avanzada; el primero no encuentra alteraciones o anormalidades en el funcionamiento de los demás órganos; el segundo declara que la enfermedad cardiaca ha afectado desfavorablemente el funcionamiento del hígado y del pul-

món. Una "lesión orgánica avanzada" o "una insuficiencia cardíaca bastante avanzada" denotan claramente la existencia de una dolencia de carácter grave; el reconocimiento médico en este punto es uniforme y sirve para establecer, en la forma legal, la prueba plena, que existe en la señora de Martínez una grave enfermedad. Con esta base seguramente los señores médicos calculan la supervivencia corta probable de la señora; así como por el reconocimiento análogo hecho por ellos al señor Cecilio Martínez, a quienes hallaron en un estado de salud bastante satisfactorio, le calculan también, con idéntica base de su situación actual, una supervivencia probable más larga. Estas deducciones parecen razonables y son fundadas en opinión de la Sala.

Mas no sucede lo propio con otra deducción que se hace, no ya por los peritos médicos sino por los avaluadores, y es la de que la lesión cardíaca que encontraron los médicos en la señora de Martínez tenga por causa la pena que naturalmente debió producir en ella la muerte trágica de su hijo. No hay ningún dato en el expediente, y si existiera de seguro lo habrían tenido en cuenta los peritos médicos, que permita deducir que la grave dolencia de la señora de Martínez se produjera con posterioridad a la muerte de su hijo. Las afecciones cardíacas suelen tener una duración variable, y por ello la que sufre la señora demandante bien pudo haberse originado y producido antes del fallecimiento de Claudio Alfonso. No hay una relación necesaria de causalidad entre la constatación que los médicos hacen de la dolencia que ahora padece la señora y el trágico fallecimiento de su hijo o la pena que ese acontecimiento le hubiera ocasionado.

Ya se subrayó la circunstancia de que la solicitud de la prueba pericial médica no contempló ese elemento de juicio, ni el dictamen lo comprende. Es por lo mismo infundada científicamente la deducción que los avaluadores hacen y que no pasa de ser una respetable suposición, de que la enfermedad de la señora de Martínez, de la cual deducen el perjuicio moral objetivado que para ella liquidan, se debió a la pena que recibió la madre con motivo de la muerte del hijo.

Es verdad que los declarantes Ramírez y Collins afirman que les consta que después del accidente en que perdió la vida Claudio Alfonso "la salud de la señora Bárbara de Martínez se alteró, cayó enferma, deprimida, hasta el punto de tener que cambiar de residencia, radicándose en Fusagasugá"; pero también es cierto que la prueba sobre el estado de salud o enfermedad de una persona es por su naturaleza de carácter técnico, de la incumbencia de los médicos, como la que se produjo para demostrar el estado en que se hallaba la señora al tiempo en que la examinaron los doctores Latorre y Piñeros Suárez. La alteración de salud que los declarantes Ramírez y Collins observaron en la señora, bien pudo ser una depresión nerviosa transitoria. En cambio, la lesión cardíaca puede venir de tiempo anterior al accidente; no se trata de la prueba específica de ese hecho, el que no está, por tanto, acreditado en los autos.

Los avaluadores, partiendo de la base de que la enfermedad de la señora se causó como consecuencia de la pena que sufrió por la muerte del hijo, consideran que la atención médica que la enfermedad exige, los gastos de traslación de la familia y establecimiento de ella en Fusagasugá y otros con ellos relacionados constituyen el daño moral objetivado de la señora de Martínez, que fijan en la cantidad de $ 4.800. Por falta de prueba, esta construcción pericial carece a su vez de fundamento, y por lo mismo la Corte se ve en el caso de no admitir tal cifra en la liquidación.

* * *

Los perjuicios morales objetivados que se reclaman en favor del señor Cecilio Martínez los peritos los liquidan en la cantidad de $ 3.300.

Ya se vio cómo ellos son propiamente perjuicios materiales y no morales objetivados, lo que no ha de ser óbice sin embargo para reconocer si existen y estudiar su liquidación.

Hacen consistir este daño los avaluadores en que la muerte del hijo privó al padre del empleo que desempeñaba y lo obligó a ponerse al frente de su hogar, que, en ausencia del padre, el hijo atendía.

El fundamento que han tenido los peritos para hacer esta estimación arranca de las declaraciones de Ramírez y Collins. El primero dice: "Me consta que don Cecilio —que antes del suceso desempeñaba un empleo con más de $ 150.00 en el Ministerio de Guerra como Pagador de una de las guarniciones del Sur (me parece), a causa de ese suceso y por haber muerto Claudio Alfonso, que residía en Bogotá y le ayudaba con parte de su sueldo al sostenimiento de la numerosa familia, tuvo don Cecilio que separarse del empleo y venirse aquí a Bogotá (aunque con otro empleo), para ponerse al frente de su casa, habiendo perdido este último empleo a los seis meses de la catástrofe con motivo de reorganización en el Instituto Geográfico Militar.....; y hasta ahora hace unos seis meses volvió a obtener otro empleo, en el cual hace más o menos un mes fue reemplazado y hoy está sin puesto". El declarante Collins coincide en lo principal de las anteriores declaraciones.

Nótase debilidad en la prueba que resulta de esos testimonios, porque se sabe del sueldo que devengaba Martínez en las guarniciones del Sur, por simple referencia, habiéndose podido aducir

la prueba directa con el acto oficial del nombramiento, y por referencias se sabe también que fue promovido a otro empleo, sin que se conozca el sueldo que entró a devengar, y que luégo le sobrevinieron otras dificultades para la consecución de trabajo. Los testimonios acreditan una alteración en las condiciones de vida y de servicio que llevaba antes el señor Martínez. Pero ellos, ni otras piezas del expediente, dan dato alguno concreto que sirva para basar un cálculo sobre los perjuicios. A esto se debe sin duda el que los peritos hagan una estimación global, sin referencia a factores numéricos, que eran indispensables para llegar a una deducción cierta y fundamentada. Su estimación carece de apoyo en la realidad probatoria del juicio y por ende no es admisible y no la admite la Corte, La partida de $ 3.300.00 por perjuicios morales objetivados, fijada al señor Martínez en el avalúo, no es operante por falta de fundamentación.

* * *

El Tribunal reduce a la mitad las cifras dadas por los peritos para fijar la indemnización en concepto de daño material y de daño moral objetivado. No comparte la Corte el parecer expresado en el auto que se revisa y que sirve para fundamentar esa determinación. La crítica del peritazgo debe ser específica, respecto a las distintas partidas, para aceptarlas o negarlas si no están debidamente fundamentadas, o para reducirlas en cuanto carezcan de base demostrada en los autos. Tal criterio se ha aplicado en la presente providencia, en la que se niega una partida que los peritos habían fijado en razón de perjuicios morales objetivados a favor de la señora de Martínez; y se ha reducido la suma global calculada como perjuicios materiales, restándole una partida adicional que los avaluadores no debieron tener en cuenta.

* * *

Debe por tanto reformarse el auto de primera instancia escogiendo el avalúo pericial en cuanto a los perjuicios materiales señalados a los actores, reducidos a los que resultan de la base de $ 65.00 mensuales, y rechazando las partidas que por perjuicios morales objetivados se liquidan a favor de la señora y de su marido don Cecilio Martínez.

* * *

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, revoca el auto apelado y en su lugar resuelve:

Primero. No se hace fijación de perjuicios morales objetivados a favor de los demandantes.

Segundo. a) Por perjuicios materiales se señala a favor de María Antonia Barbosa de Martínez la cantidad de dos mil ochocientos sesenta pesos ($ 2.860.00) moneda legal. b) Por igual concepo se fija a favor de Cecilio Martínez la cantidad de cuatro mil seiscientos noventa pesos ($ 4.690.00) moneda legal.

De las sumas anteriores se deducirá lo que los demandantes hayan recibido en virtud de la sentencia del Consejo de Estado dictada el 26 de septiembre de 1939, que obra a folios 19 vuelto y 20 del cuaderno número 6.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Acción sobre pago de perjuicios materiales y morales.—Acción civil indemnizatoria ejercitada dentro de la acción penal.—Ineficacia de la acción civil cuando la penal no ha terminado aún en virtud de fallo definitivo.

El artículo 24 del Código de Procedimiento Penal establece una regla general: La de que la acción civil de reparación hay que ejercerla dentro del proceso penal. El artículo 25 establece que la sentencia **ejecutoriada proferida en el juicio penal prestará mérito ejecutivo ante los Jueces civiles; y agrega que "si el perjudicado por la infracción** no hubiere intervenido en el proceso penal y no se conformare con la sentencia **en lo tocante a la indemnización, podrá ejercer ante los Jueces civiles la acción correspondiente. No intervenir en el proceso penal y no conformarse con la sentencia son las circunstancias que dan base para la acción civil separada. Pero desde luégo ha de** haber sentencia **de las autoridades en el ramo penal, para que a la vista de ella resuelva el interesado conformarse o nó con la indemnización allí reconocida. El pronunciamiento del fallo penal es, pues, indispensable para que la acción civil dirigida a completar la indemnización decretada sea viable. No se puede, dentro del alcance obvio y natural de las reglas comentadas, acudir a una acción civil, independiente de la penal, cuando esta última no ha terminado en virtud del fallo definitivo.**

El artículo 27 es un precepto de excepción que confirma la regla general del artículo 24, de que es preciso ejercitar dentro del proceso penal la acción civil indemnizatoria por infracciones de la ley penal: cuando la infracción proviene de una contravención, la acción civil se puede intentar sin sujeción a la penal; en los demás casos se ejercerá dentro del proceso penal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, seis de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja la señora Carmen Soler v. de Jiménez, en su propio nombre y en representación de sus menores hijos Tirso, Alirio, Rosa Elvira, Beatriz y Teresa Jiménez Soler, demandó a la Nación y al Departamento de Boyacá para que previos los trámites de un juicio ordinario se condene a los demandados a pagarles la cantidad de noventa mil pesos ($ 90.000.00), o la que resulte demostrada en el curso del juicio, por concepto de perjuicios materiales y morales causados por la muerte violenta que al esposo y padre en su orden, de los reclamantes, dieron Marco Tulio Ulloa, Marcelo Bravo y Luis María Sasa, prófugos del Panóptico de Tunja, en el Municipio boyacense de Rondón, antes San Rafael.

Los siguientes son los hechos en que los demandantes fundan la acción: "a) Soy la esposa legítima de don Leví Jiménez Soler y madre de mis menores hijos mencionados ya, y por causa de los delitos mencionados en la parte petitoria de este libelo, tanto ellos como yo hemos sufrido y recibiremos inmensos perjuicios tanto del orden moral como del orden material, especialmente por haber quedado privados de la vida, presencia, compañía, amparo, sostén, dirección, protección, sustento, caricias, consuelos, enseñanzas, consejos y asistencia de nuestro joven, culto, virtuoso, ejemplar, pacífico, ilustrado, activo, inteligente, trabajador y muy productivo Leví Jiménez Soler, cuando más lo necesitábamos sus hijos y yo; b) Las autoridades, ni los partidos, ni los hombres de bien ni nadie puede justificar la muerte violenta que sujetos custodiados en el Panóptico de Tunja, a cargo y por cuenta de los demandados y sus respectivos empleados, dieron a mi mencionado esposo y padre de mis numerosos hijos en el lugar y fecha indicados arriba (18 de abril de 1936, Municipio de Rondón); c) Marco Tulio Ulloa, Marcelo Bravo y Luis María Sasa fueron puestos en libertad en altas horas de la noche de un día del mes de marzo de mil novecientos treinta y seis por ciertos empleados del Panóptico de Tunja; no rompieron puerta ni ventana ni escalaron muro ni techo, ni violentaron a empleado o guardián alguno los tres bandidos, ni esos empleados dieron oportuna

voz de alarma ni las autoridades nacionales ni departamentales pusieron en práctica inmediata aquella persecución y demás medidas aconsejadas por la diligencia y el cuidado social a su cargo, para no haber dejado tranquilos a los tres sicarios ni haberles permitido su estacionamiento en Quebradahonda y otros sitios del Municipio de San Rafael (hoy Rondón), a órdenes de la familia Rojas, lugar en donde supo se hallaban desde antes del 18 de abril de 1936, y nadie les persiguió ni capturó; d) Los tres sujetos Ulloa, Bravo y Sasa..... ejecutaron los crímenes que dejo mencionados, en presencia de las autoridades departamentales y nacionales presentes en la población, como el Alcalde, su Secretario, el Detective Toledo, el Recaudador, Administrador de Hacienda señor Efraím Patarroyo, su resguardo, la Policía a órdenes del Alcalde y de Toledo, varios sujetos asociados a todos ellos y los Rojas; acto seguido, después de haber atravesado la plaza pública por varias veces, amparados por dichas autoridades y sujetos, los tres bandidos, y después de haber bebido en compañía de los Rojas, Toledo, Luis Arias, Mendoza y otros, los sicarios se marcharon con el mismo Mendoza para el lugar de donde habían sido llevados por Rojas y Mendoza, por orden de Josué Rojas y de Toledo, a ciencia y paciencia del Alcalde, su Secretario, el Recaudador y su resguardo..... e) Mi esposo Jiménez Soler ningún delito o culpa había cometido, ni había sido ordenada su presentación ante autoridad alguna, ni requerido para que permitiera la captura de algún criminal, ni ofendido a persona alguna en ese día 18 de abril de 1936, ni en fecha alguna ni en lugar alguno; f) Jiménez Soler era joven, de unos treinta y tres a treinta y cinco años de edad, no usaba de bebidas alcohólicas, completamente pacífico, respetuoso y obediente a las autoridades, se había educado e ilustrado en el Colegio de Boyacá, era muy virtuoso, juicioso, negociante, activo, amante del trabajo, honrado a carta cabal...."

Sobre estimación del perjuicio hace la demanda estas consideraciones: "g) Si bien los perjuicios del orden puramente moral son inapreciables en dinero, con todo, para procurarles a los huérfanos bienes para algún confort y mayores comodidades que les brinden distracciones, mayor ilustración, comodidad y, holgura, alivio en sus penas y dolores por falta de las caricias, compañía, presencia, consejos, dirección, etc. del padre que les arrebataron inhumana y alevemente, lo mismo que a su viuda, aprecio en cincuenta mil pesos los perjuicios morales debidos por la criminal supresión de aquella vida y demás bienes que de ella derivábamos la esposa y los hijos de la víctima; h) Por razón de sus trabajos, negocios, agricultura y ganadería y demás actividades del orden puramente económico, por causa de aquella supresión violenta, salvaje y criminal súbita, aprecio en no menos de cuarenta mil pesos los perjuicios por este aspecto puramente económico material, por el aspecto del daño emergente y el lucro cesante; i) De esos perjuicios responden la Nación y el Departamento de Boyacá solidariamente...."

En derecho se fundó la acción en el Título tercero (III) de la Constitución Nacional y sus reformas; en los artículos 4º, 5º y 8º de la Ley 153 de 1887; 34 de la Ley 57 de 1887; 32, 63, 1494, 2341, 2342 a 2345, 2347, 2349, 2352, 2354, 2356, 1604, 1613 a 1615 del Código Civil, y en los artículos 76, 734 a 737 y concordantes del Código Judicial.

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja, obrando en representación de las dos entidades demandadas, alegó las excepciones de ausencia o falta de personería sustantiva de la demandante, inexistencia jurídica de la acción incoada, petición fuera de tiempo y falta de jurisdicción.

Luégo de algunos incidentes provocados en el Tribunal y que vinieron a esta Superioridad falló el negocio en la siguiente forma: "1º Declárase no probadas las excepciones perentorias propuestas y alegadas. 2º Absuélvese a la Nación y al Departamento de Boyacá de los cargos que formula la demanda".

Apelada la anterior providencia por la parte demandante, el asunto llegó a la Corte, donde tramitado en legal forma y sin observarse motivo de nulidad, se procede a dictar fallo.

* * *

Entiende la Sala que el libelo busca deducir la responsabilidad de las entidades públicas demandadas, de la circunstancia afirmada por él, de haberle dado muerte a Leví Jiménez Soler unos prófugos del Panóptico de Tunja, con la cooperación o al menos con la negligencia culpable de las autoridades. Dos son pues los hechos que sirven de fundamento para deducir esa responsabilidad: la fuga de los presos Ulloa, Bravo y Sasa del Panóptico, y la muerte dada por éstos, presumiblemente, a Leví Jiménez.

Para estudiar la posible responsabilidad de la Nación y del Departamento en la muerte de Jiménez hay que examinar la de las entidades dedandadas a través de la acción u omisión de sus agentes.

* * *

Pero, en primer lugar, han de estar establecidas la muerte de Leví Jiménez y la responsabilidad en ella de las personas a quienes se imputa ese acto, o sea de los prófugos Ulloa, Bravo y Sasa, o de uno de ellos. Tal es el hecho básico en la demanda, al cual se subordinan los demás.

En relación con su prueba, los documentos traídos en copia ponen de manifiesto que el Juz-

gado Primero Superior de Tunja condenó a Marco Tulio Ulloa por el delito de homicidio en la persona de Leví Jiménez y que luégo el Tribunal Superior revocó esa providencia. En la del Juzgado, que tiene fecha 18 de septiembre de 1940, se había resuelto: "Primero. Condenar a Marco Tulio Ulloa, de vecindad desconocida y mayor de edad, a la pena principal de veinte (20) años de presidio y cinco (5) de reclusión, por los delitos de homicidio en la persona de Leví Jiménez y robo en casa de este mismo; hechos ocurridos en las horas de la tarde del día sábado diez y ocho de abril de mil novecientos treinta y seis en la población de Rondón, antes San Rafael, y como penas accesorias a la pérdida de todo empleo público, de toda pensión pagadera por el Gobierno, del arma con que ejecutó el homicidio la que se aplicará al Estado como multa, así como a la privación indefinida de los derechos políticos y al pago de las costas procesales; y Segundo. A pagar a Carmen Soler v. de Jiménez los perjuicios, tanto materiales como morales, causados por las infracciones en referencia y mediante la tramitación establecida por el artículo 553 de la Ley 105 de 1931 (Código Judicial) y ante el señor Juez del Circuito de Miraflores". En la decisión del Tribunal, de 28 de mayo de 1941, se declaró: "Resulta injurídica, pues, la sentencia apelada, por el aspecto que se acaba de analizar, y en esa virtud el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, acorde con la Fiscalía colaboradora y en Sala de Decisión, la *revoca*, a fin de que en primera instancia se hagan previamente los procedimientos consagrados por la ley". (Folios 132 vuelto y 134 vuelto del cuaderno número 10).

No hay pues sentencia firme que declare responsable a Ulloa del delito de homicidio en la persona de Leví Jiménez. Es cierto que la providencia del Tribunal no revoca la del Juzgado por razones de fondo, sino por defecto de tramitación del juicio, a causa de no haberse producido en legal forma una acumulación de autos. Mas es verdad también que por efecto de la revocatoria de la decisión inferior, no existe sentencia que declare responsable a Ulloa, ni a otro de los prófugos, de la muerte de Leví Jiménez. Y esta circunstancia influye, por mandato de la ley, en la resolución que ahora adopta la Corte.

* * *

El Capítulo II, Libro Primero del Código de Procedimiento Penal, denominado "De la Acción Civil", contiene disposiciones cuyo examen es necesario para dilucidar la cuestión jurídico-procesal de la oportunidad en que puedan adelantarse el proceso civil sobre indemnización de perjuicios causados por la ejecución de un hecho delictuoso y el penal para la calificación del delito.

Expresa el artículo 24 que "la acción civil para el resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal, *se ejercerá dentro del proceso penal* por la persona o personas perjudicadas o por sus herederos". Esta es la regla general que informa todas las demás disposiciones de ese Capítulo del Código: la de que la acción civil de reparación hay que ejercerla dentro del proceso penal.

El artículo 25 establece que *la sentencia* ejecutoriada proferida en el juicio penal prestará mérito ejecutivo ante los Jueces civiles; y agrega que "si el perjudicado por la infracción *no hubiere intervenido en el proceso penal y no se conformare con la sentencia* en lo tocante a la indemnización, podrá ejercer ante los Jueces civiles la acción correspondiente". No intervenir en el proceso penal y no conformarse con la sentencia son las circunstancias que dan base para la acción civil separada. Pero desde luégo ha de *haber sentencia* de las autoridades en el ramo penal, para que a la vista de ella el interesado resuelva conformarse o no conformarse con la indemnización allí reconocida. El pronunciamiento del fallo penal es pues indispensable para que la acción civil dirigida a completar la indemnización decretada sea viable. No se puede, dentro del alcance obvio y natural de las reglas comentadas, acudir a una acción civil, independiente de la penal, cuando esta última no ha terminado en virtud de fallo definitivo.

Dice el artículo 27 que "tratándose de contravenciones la acción civil podrá intentarse sin sujeción a la penal", precepto de excepción que confirma la regla general del artículo 24, de que es preciso ejercitar dentro del proceso penal la acción civil indemnizatoria por infracciones de la ley penal: cuando la infracción proviene de una contravención, la acción civil se puede intentar sin sujeción a la penal; en los demás casos se ejercerá dentro del proceso penal.

* * *

La demanda que dio origen a este juicio se presentó el día 25 de agosto de 1939, en vigencia ya el Código de Procedimiento Penal, Ley 94 de 1938 que, como se ha visto, vincula la acción civil a la penal. Antes, en la vigencia de la Ley 169 de 1896, artículo 39, el juicio civil se podía adelantar al propio tiempo con el penal, pero debía quedar en suspenso mientras la justicia penal sentenciaba. Actualmente el Código citado no permite seguir la acción civil sino dentro del juicio penal, o después de haberse proferido sentencia condenatoria en la acción criminal.

El fallo de esta última clase, pronunciado por el Juzgado Superior en el juicio por el delito de

homicidio de Leví Jiménez, no produce efecto por haber sido revocado; no hay por lo mismo condena deducida en sentencia firme. La justicia civil no puede reputar como homicidas a los prófugos Ulloa, Sasa y Bravo, porque es a la penal a la que corresponde declararlo; y sobre la base de su declaración será del caso averiguar la culpa civil en que hayan incurrido la Nación o el Departamento. En tal virtud es prematura la acción civil de perjuicios adelantada en el presente juicio, y así ha de declararse.

* * *

No es procedente hacer el estudio del otro hecho en que se basó la demanda, el de la fuga de los presos del Panóptico de Tunja, porque aun demostrada esa fuga, y la culpa en ella de la Nación, faltaría la calificación del hecho delictuoso de la muerte de Jiménez Soler y de la responsabilidad del autor o autores de ésta, pronunciamiento previo indispensable que no pueden hacer sino los funcionarios competentes de la jurisdicción penal, en manera alguna la Corte en su Sala de Negocios Generales, en el presente juicio.

* * *

Ha de revocarse, por las razones aquí expuestas, la sentencia del Tribunal, relevándose la Sala del estudio de fondo que se planteó en la demanda, por hallarse probado uno de los medios exceptivos alegados, y con el fin de cambiar la absolución allí decretada por la resolución que corresponde.

* * *

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *revoca* la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Tunja el día 3 de septiembre de 1942 y declara probada la excepción de petición antes de tiempo, lo que le pone término al juicio.

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

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

No se accede a la anulación solicitada.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Refiriéndose el señor apoderado de la demandante Carmen Soler v. de Jiménez a la providencia dictada por esta Sala el día 6 de septiembre en curso, pide lo siguiente: "1º Que declaréis nulo vuestro auto aludido por las razones apuntadas; 2º Que en consecuencia falléis todo el problema sometido a vuestra decisión según el libelo de demanda y las pruebas aducidas en las instancias; 3º Que si ello no fuere posible legalmente tengáis a bien aclarar vuestro citado auto en el sentido de que la acción civil ante la jurisdicción civil queda a salvo a los demandantes y será fallada en todos sus aspectos así que se produzca la declaratoria de criminalidad que echáis de menos y exigisteis en vuestra providencia, quedando entretanto en suspenso el fallo de esos aspectos en el presente litigio; suspensión que, por otra parte, no podrá ser indefinida".

La mencionada providencia declaró probada la excepción de petición antes de tiempo y expresó que con ello se ponía término al juicio, revocando al propio tiempo la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, para cambiar la absolución a los demandados que allí se hizo por la que declara probada la excepción.

* * *

La solicitud que ahora se considera se basa en una interpretación equivocada del fallo dictado por la Corte, pues como en él se dice hallarse probada una excepción perentoria, que le pone término al juicio, el peticionario ha estimado que puesto que las de esa clase desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida, el fallo de la Corte anula toda perspectiva futura de reclamo judicial de perjuicios civiles causados a la demandante por la muerte de Leví Jiménez. Pero fácil resulta ver que no es tal el alcance de la sentencia cuya nulidad o aclaración se solicita. Allí se dijo: "El fallo de esta última clase, pronunciado por el Juzgado Superior en el juicio por el delito de homicidio de Leví Jiménez no produce efecto por haber sido revocado; no hay por lo mismo condena deducida en sentencia firme. La justicia civil no puede reputar como homicidas a los prófugos Ulloa, Sasa y Bravo, porque es a la penal a la que corresponde declararlo; y sobre la base de su declaración será del caso averiguar la culpa civil en que hayan incurrido la Nación o el Departamento. En tal virtud es prematura la acción civil de perjuicios adelantada en el presente juicio, y así ha de declararse". Calificar de prematura una acción no es negar la acción; ésta queda libre, para que pueda ejercitarse en su oportunidad. El fallo de la Sala no cierra la vía al reclamo de perjuicios civiles cuando ello sea procedente.

* * *

Expresa el peticionario su concepto de que las disposiciones de los artículos 24, 25 y 27 de la Ley 94 de 1938 no pueden aplicarse al caso del presente juicio, "cuyo fundamento, origen y nacimiento del derecho a pedir indemnización por hechos consumados en abril de 1936, por lo mismo, fueron adquiridos mucho antes de la última ley. .....y esa acción y ese derecho a dirigirla no quedaron sometidos sino a la legislación aplicable en esa época". Tampoco aquí hay nada qué agregar ni aclarar en relación con lo dicho sobre este punto en el fallo. La demanda, como en él se expresa, "se presentó el día 25 de agosto de 1939, en vigencia ya el Código de Procedimiento Penal, la Ley 94 de 1938 que, como se ha visto, vincula la acción civil a la penal". Es claro que la ley nueva es de rigurosa aplicación en las demandas presentadas durante su vigencia. Que la acción civil se tramite en proceso penal, como hoy lo establece la ley, o que vayan paralelas, como lo disponía la anterior, no son cuestiones que se vinculen al nacimiento del derecho sustantivo, sino que tocan con el reconocimiento o efectividad de éste. Si la señora demandante tiene derecho a una indemnización por perjuicios de naturaleza civil, su efectividad se la reconocen procesalmente ambas legislaciones; pero como la demanda no se ejercitó sino después de expedirse el actual Código orgánico del procedimiento y las leyes de esta clase son de aplicación inmediata, a la última, a la 94 de 1938, se halla sometido el ejercicio de la acción intentada

Acciones de nulidad de unos contratos, de unas sentencias y del pago de unos derechos de alcabala, de caducidad de unas adjudicaciones de tierras, etc., y de reivindicación de éstas en favor de la Nación.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre siete de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

Por medio de libelo presentado con fecha veinticuatro de noviembre de mil novecientos veintiuno (1921), ante el Tribunal Superior de Ibagué, el señor Fiscal de dicho Tribunal promovió demanda cuya parte esencial dice así:

"Por Resolución ejecutiva, de fecha seis de noviembre de mil novecientos veinte, fui autorizado para iniciar y seguir hasta su terminación las diligencias judiciales conducentes a recuperar para la Nación los terrenos de 'Los Micos' y 'Cucuana', ubicados en jurisdicción del Municipio de San Antonio, Departamento del Tolima.

"En consecuencia pues, con la tal autorización y apoyándome en la atribución tercera del artículo 179 del Código Judicial, yo Ezequiel Devia, varón, mayor, natural y vecino de Ibagué y Fiscal en ejercicio del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, presento formal demanda contra los señores Nicanor Aguiar, Remigio Aguiar, Anario Aguiar, Sebastián Aguiar, Pascuala Salazar, Visitación Salazar, Catalina Salazar, Matilde Salazar, Soledad Campos, Soledad de Guzmán, Fermín Guzmán, Juan Aguiar, Reinaldo Aguiar, Manuel A. Salazar, Calixto Pedraza, Hersilia Salazar, Manuel Ospina, Carlota Salazar, Celedonia Salazar, Petronila Quiñones, Bernabé Aguiar, Secundino Quiñones, María de Jesús Piña, Benjamín Salazar, Alejandro Aguiar, Climaco Oviedo, Eliseo Oviedo, Severo Oviedo, Agustín Palomino, Concepción de Campos, José Antonio Campos, Angel Aguiar, Pablo Rubio, Juliancito, Bedoya, Fermín Ospina, Luis Aguiar, Ignacio Ramos, Emiliano Ramos, Antonio Ramos, Rubén Ramos, Abraham Ramos, María del Carmen Ramos, Ana Rita Ramos, Aureliano Ramos, María de Jesús Campos, Wenceslao Jácome, David Aguiar, Aurelio Aguiar, Tránsito Aguiar, Consolación Aguiar, Trinidad Aguiar, Maximiliano Pretel herederos de Tomás Arroyave, Josefa Guzmán, Margarita Guzmán, Tomás Guzmán, Cesario Guzmán, Ildefonso Guzmán, Romelia Guzmán, Clotilde Guzmán, Perpetua Guzmán, Cristina Guzmán, Ana Rita Guzmán, Salvador Guzmán, Sinforoso Guzmán, María del Carmen Guzmán, María de la Paz Guzmán, Celia Guzmán, Ana Joaquina Guzmán, Limbania Guzmán, Félix Guzmán, José María Guzmán, María del Tránsito Guzmán, Manuel Castro, Anastasio Guzmán, María Josefa Guzmán, Rosa de Guzmán, Calasancio Guzmán, Dolores de Castro, Francisco Castro, Felipe Castro, Pedro J. Ospina, María de Jesús Rincón, Heliodoro Castilla, Isaías Campos, Erasmo Campos, Bonifacio González, Pacífico Oviedo, María González, Francisco Criollo, Domingo Criollo, Manuel Criollo, Agapito Criollo, María de la Paz

---

en el presente juicio. Esto fue lo que se dispuso en la sentencia.

No es por tanto necesario agregar ninguna aclaración a los fundamentos del fallo proferido por la Sala el 6 del mes en curso.

* * *

Ni puede disponerse que el fallo se entienda, como así lo solicita el señor apoderado, en el sentido de dejar en suspenso el litigio civil que en él se desata; pues tal suspensión no la autoriza el Código procedimental en vigencia.

* * *

Por lo visto se resuelve:

1º La providencia a que se refiere el memorialista es un fallo definitivo que no es susceptible de la anulación (sic) que se solicita o de su revocación.

2º Por el mismo motivo y además por las razones que en él se expusieron respecto a la inoportunidad de la demanda, el fallo dictado no es obstáculo para que a su debido tiempo se promueva la acción civil por perjuicios.

Notifíquese.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Criollo, Balbina Córdoba, Flora González, Graciela González, Marcelino González, Pastor González, Teresa González, Abraham Campos, Jacobo Campos, José María Campos, Asunción Campos, Juan Bautista Oviedo, Roque Oviedo, Luis Oviedo, Nicolás Oviedo, Manuel Oviedo, Hortensio Oviedo, Francisco García, Cenén Peralta, Pacífico Rodríguez, Silvino Rodríguez, Wenceslao Vargas, Marcos Hernández, Julián Bedoya, José Cruz, Antonio Quintana, Juan Díaz, Napoleón Aguilar, Daniel Alvarez, Miguel Salazar, Pedro Pablo Pinzón, Teodoro Sánchez, Presbítero Salomón Torres, Carlos E. Botero, Víctor Fonseca, Jorge Chacón, Pedro Sánchez, Benjamín Salazar, N. N. Castelblanco, actuales detentadores del globo de tierras baldías denominado antiguamente 'Los Micos', hoy 'San Antonio'.

"Y Asunción Reyes de Flórez, Domingo Arana, Leopoldo Campos, Rafael Hoyos, Bernabé Salazar y Sociedad Isaacs Hermanos, representada por los señores Josué, Samuel y Enrique Isaacs, actuales detentadores del globo de tierras baldías nombrado 'Cucuana' y al que últimamente se le ha dado también el nombre de 'San Francisco' y 'San Jerónimo'.

"Todos los demandados son vecinos del Municipio de San Antonio menos los señores Josué Isaacs, que es vecino de Ibagué; Samuel Isaacs, que lo es de Girardot, y Enrique Isaacs, de Honda; Teodoro Sánchez, Presbítero, que es vecino del Municipio de Dolores, mayores de edad; las mujeres en estado de soltería, a excepción de la señora Concepción de Campos, Rosa de Guzmán, Soledad de Guzmán, Dolores de Castro y Asunción Reyes de Flórez, que son casadas con los señores José Antonio Campos, Calasancio Guzmán, Fermín Guzmán, Francisco Castro y Heliodoro Flórez, respectivamente, y la última, o sea la señora de Flórez, separada de bienes, éstos igualmente mayores de edad y vecinos de San Antonio, para que mediante la tramitación propia del juicio ordinario y previa citación y audiencia de los demandados, se hagan por sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"Primera: Que los contratos de compraventa verificados en los años de 1797 a 1803 entre los señores Jerónimo de Soria y Oviedo, Ignacio Montealegre, Antonio Vidales y José Ocasal, y a que se refieren los instrumentos otorgados en las Notarías de Ibagué y Chaparral y concernientes todas las enajenaciones al globo de tierra 'Los Micos', son nulos, de nulidad absoluta; y que asimismo están afectados de nulidad absoluta todos los títulos traslaticios de dominio y traspasos de propiedad que tengan como fuente las enajenaciones a que se contrae el brazo primero de esta declaración.

"Segunda: Que el contrato de compraventa verificado entre el Presbítero don Gaspar de Soria con Salvador de Aguiar, en tres de febrero de 1796, por instrumento pasado en esa misma fecha en la Notaría de Ibagué, y referente al globo de tierra 'Cucuana', es nulo, de nulidad absoluta; y que igualmente están viciados de nulidad absoluta todos los títulos traslaticios de dominio y traspasos de propiedades que tengan como fuente la enajenación hecha por el señor Gaspar de Soria a Salvador de Aguiar.

"Tercera: Que los contratos de compraventa verificados entre Clemente Aguiar, Juan Bautista Nieto y Braulio Salazar, en los años de 1856 a 1873, por instrumentos pasados en la Notaría del Chaparral y Secretaría del Concejo Municipal de Ortega, referentes al globo de tierra 'Cucuana', a que le dieron el nombre de 'Los Arboles', son nulos de nulidad absoluta; y que también adolecen de la misma nulidad los títulos traslaticios de dominio y traspasos de propiedad que reconozcan como su fuente las dichas enajenaciones hechas por Clemente Aguiar, Juan Bautista Nieto y Braulio Salazar.

"Cuarta: Que los contratos de compraventa verificados en 1912 a 1913, entre los señores Milciades Rincón, Pedro Pablo Pinzón y Francisco M. Restrepo, en ese año, con los titulados 'comuneros', en el globo de tierra baldío 'Los Micos', en la parte de tal globo a que le dieron el nombre 'La Lejía', por instrumentos pasados en la Notaría del Chaparral, son nulos, de nulidad absoluta; y que asimismo existe idéntica nulidad en los títulos traslaticios de dominio y traspasos de propiedad en los mismos terrenos y que reconozcan su origen en las enajenaciones hechas por los señores Rincón, Restrepo y Pinzón.

"Quinta: Que las sentencias contenidas en el instrumento público número 41 de 28 de febrero de 1918, dictadas por la Junta de Arbitros y las aprobatorias del señor Juez 1º del Circuito del Guamo, en el juicio divisorio del globo común denominado 'Los Micos' o 'San Antonio', protocolizado el instrumento en la Notaría del Circuito del Chaparral a pedimento del señor Heliodoro Castilla, son todos nulos de nulidad absoluta.

"Sexta: Que las sentencias dictadas por el Juzgado 1º del Circuito del Guamo, en siete y catorce de mayo de 1917, aprobatorias del juicio de sucesión de la señora Bárbara Aguiar, referente al globo de tierra llamado 'Cucuana', designado últimamente sitio de 'San Francisco' y 'San Jerónimo', protocolizadas en el mismo año en la Notaría del Chaparral, a pedimento del señor Angel María Salcedo, son nulas, de nulidad absoluta.

"Séptima: Que son igualmente nulas las diligencias de pago del derecho de alcabala y los registros de los títulos y actos con que se ha pre-

tendido en distintos tiempos y desde 1796, transferir dominio en los globos de tierra 'Los Micos' y 'Cucuana', títulos y actos a que me he referido en las primeras seis declaraciones de esta demanda; y además, nulos también los registros de las sentencias recaídas en los juicios divisorio y de sucesión de que se hace mención en las declaraciones 5ª y 6ª de esta demanda.

"Octava: Que han caducado las dos adjudicaciones que con fecha 15 de marzo de 1881, y cada una por tres mil hectáreas de terreno, le fueron hechas por el Ejecutivo Nacional al señor Andrés Rocha, una en el globo de terreno 'Los Micos' y la otra en el globo de terreno 'Cucuana', puesto que el señor Andrés Rocha, en ningún tiempo posterior a la adjudicación, les dio a las tierras baldías adjudicadas destino a industrias agrícolas, pecuarias o de otra naturaleza propia a los fines y tendencias de la legislación nacional vigente entonces y hoy sobre adjudicaciones de baldíos, dejándolas en completo abandono de su parte; y que en consecuencia tales tierras adjudicadas al señor Andrés Rocha volvieron de hecho al dominio de la Nación.

"Novena: Que la Nación es dueña exclusiva del globo de tierra 'Los Micos', en el Municipio de San Antonio, Departamento del Tolima, o sea de las catorce mil quinientas sesenta y seis hectáreas, siete mil quinientos metros que comprende este globo, el que se encuentra demarcado por estos linderos: 'Desde la boca de la quebrada de Lomalarga, antiguamente "Cumarea', en el río Tetuán; quebrada arriba hasta su origen en el cerro de Calarma; este filo adentro hasta un morro donde principian las cardas; de aquí hasta el río Cucuana; de aquí línea recta al Chiquero del Tigre; de aquí línea recta al salto de la quebrada La Lejía; y de aquí tomando el filo de unas rucias hasta caer al río Tetuán; y por este río abajo hasta la boca de Lomalarga, primer lindero'.

"Décima: Que la Nación es igualmente dueña exclusiva del globo de tierras denominado 'Cucuana', comprendiendo este nombre los sitios llamados 'San Francisco', 'San Jerónimo' y 'Los Arboles', en jurisdicción del Municipio de San Antonio, Departamento del Tolima, que poco más o menos mide veintiséis mil hectáreas, y demarcado por estos linderos generales: 'Desde la cabecera de la zanja denominada Chorreadero, que divide este cerro casi por mitad, hasta abajo en su desembocadura en el río Cucuana; éste arriba por el camino que sigue a Barragán; de aquí hasta la cima alta; por ésta arriba hasta la cabecera de la zanja de Chorreadero, primer lindero'.

"Onceava: (sic) Que los demandados están en la obligación de devolver a la Nación los terrenos de los globos de 'Los Micos' y 'Cucuana', por las demarcaciones ya dichas y con los distintos nombres que les han dado, como son de San Francisco, San Jerónimo, Los Arboles y La Lejía, con sus frutos naturales y civiles desde que se verificó la maliciosa usurpación, hasta que se haga la entrega, por ser detentadores de mala fe en aquellos terrenos; y

"Doceava: (sic) Que los demandados deben pagar las costas del presente juicio.

"El derecho para esta demanda lo fundo en la necesidad de que se demuestre por quienes se crean interesados que los terrenos de 'Los Micos' y 'Cucuana' han dejado de ser de propiedad de la Nación; en que la legitimidad de cualquier derecho que afecte la propiedad de los bienes nacionales no puede provenir sino de un título otorgado por la Nación, facultad y modo de ejercitarla que han previsto en lo relacionado con baldíos todas las leyes nacionales, de los distintos tiempos, sobre la materia; en que los particulares que aleguen derechos de propiedad sobre los terrenos de la Nación deben probar que hicieron la adquisición por los medios legales, atestiguando que su derecho tiene como cabeza primitiva un título otorgado por el Estado; en que la maliciosa usurpación de los bienes de la Nación no puede legitimar en ningún caso ni en ningún tiempo derecho de propiedad en ellos, siendo lo que ha ocurrido con los globos de tierra 'Los Micos' y 'Cucuana', en que con el correr de los tiempos que hace dudoso el origen de las cosas y aprovechándose de la falta de una relación oficial exacta y fiel de los terrenos baldíos nacionales y de medios adecuados de vigilancia en ellos por parte de la Nación, han querido desconocerse los derechos inenajenables por los particulares e imprescriptibles de la Nación, parapetándose los maliciosos detentadores en títulos a que han procurado darles forma legal, pero que jamás pueden ser válidos puesto que en sí mismos, en sus elementos y en su fondo llevan los vicios que los destruyen.

"Son hechos de esta demanda:

"1º Dándose el nombre de heredero de la señora doña Lugarda de Oviedo el señor Jerónimo de Soria y Oviedo enajenó en el globo de tierras 'Los Micos' un lote de terreno constante de cuatro estancias de tierra, medida agraria española, en el año de 1797, por linderos indeterminados;

"2º Por cuenta propia el señor don Gaspar de Soria enajenó un derecho de tierras baldías, nombrándolo 'Cucuana', en el año de 1796, por linderos también indeterminados;

"3º Los señores Clemente Aguiar, Braulio Salazar y Juan Bautista Nieto enajenaron en los años de 1856 a 1873 varios derechos de tierras con el nombre 'Los Arboles', en el globo de terreno baldío de 'Cucuana', a títulos de herederos

de la familia Aguiar, proindiviso y sin determinar la alinderación de los terrenos baldíos que enajenaban;

"4º Los señores Milciades Rincón, Pedro P. Pinzón y Francisco M. Restrepo, so pretexto de una mal entendida prescripción, apoyándola en una información de nudo hecho, enajenaron con el nombre de 'La Lejía' un lote de terreno comprendido dentro del globo baldío de 'Los Micos', en los años de 1912 a 1913, a la entonces llamada comunidad de 'Los Micos' o 'San Antonio';

"5º Los terrenos comprendidos dentro de la alinderación que en esta demanda se les señala a los denominados 'Los Micos' y 'Cucuana', son y han sido baldíos en todo tiempo, no sólo en la época del régimen español sino después de que la Nación se constituyó como Estado independiente y soberano;

"6º Con posterioridad al año de 1910, los entonces detentadores de los terrenos baldíos 'Los Micos' y 'Cucuana', titulándose 'comuneros' de dichos terrenos siguieron y terminaron dos juicios: uno de división y otro de sucesión, este último por muerte de la señora Bárbara Aguiar, en que comprendieron indebidamente bienes que en su totalidad son de la Nación, quedando los dichos juicios terminados en los años de 1918 y 1917, por su orden;

"7º En el año de 1881 se les reconoció a los terrenos alinderados en esta demanda, 'Los Micos' y 'Cucuana', su carácter de baldíos, esto es, de bienes nacionales, y con ese carácter se le adjudicaron de ellos al señor Andrés Rocha dos lotes de tres mil hectáreas cada uno;

"8º En el año de 1881, o sea cuando se procedió a hacerse al señor Andrés Rocha la entrega de los terrenos baldíos que se le adjudicaron, los titulados en dicha época 'comuneros' en esas tierras baldías reclamaron contra aquellas adjudicaciones, alegando títulos de propiedad, y los reclamos fueron rechazados por no haber comprobado los tales 'comuneros' su propiedad en el cuerpo cierto, preciso y bien determinado;

"9º En los juicios de sucesión y división que se relacionan en el punto sexto y que versaron sobre bienes nacionales no se solicitó en ninguna forma la intervención de la Nación, ni estuvo presente, ni se oyó a su legítimo representante;

"10. Las adjudicaciones de baldíos hechas al señor Andrés Rocha en el año de 1881 por el Gobierno Nacional no le produjeron beneficio ninguno a la Nación; el señor Rocha desde un principio dejó en completo abandono las tierras adjudicadas, no las cultivó, ni estableció en ellas industria de ninguna especie, siendo ese el objeto predominante de la ley en las adjudicaciones de baldíos;

"11. Las tierras comprendidas en las adjudicaciones que al señor Andrés Rocha se le hicieron en 1881, en los globos de terreno 'Los Micos' y 'Cucuana', eran baldíos antes de ese año y han continuado siéndolo después, por haber vuelto de hecho al dominio de la Nación;

"12. Desde el año de 1796 personas aisladas o 'comuneros' de los terrenos baldíos de 'Los Micos' y 'Cucuana', han pretendido desconocerle a la Nación sus derechos en ellos;

"13. No consta que los señores Jerónimo de Soria y Oviedo y Presbítero Gaspar de Soria hubieran adquirido legítimamente derechos en los globos de terreno 'Los Micos' y Cucuana'; y los sucesores de sus derechos, caso de tener alguno, no cumplieron con lo prescrito por la Ley de 13 de octubre de 1821, en lo referente a registro de títulos;

"14. Conocedor el Gobierno Nacional de estos antecedentes me autorizó por Resolución de 6 de noviembre de 1920 para promover la acción conducente a recuperar para la Nación los terrenos de 'Los Micos' y 'Cucuana', y

"15. Desde el año de 1796, distintas personas ya aisladas, ya llamándose 'comuneros' han discutido y ayudado a hacer oscuros los derechos de la Nación en los terrenos baldíos de 'Los Micos' y 'Cucuana', a sabiendas de lo torcido de su procedimiento y de la clara y segura existencia de los derechos de la Nación."

"Como disposiciones legales pertinentes, fuera de otras, cito éstas: los artículos 6º, 669, 674, 675, 1405, 1494, 1740, 1741, 1746, 1748 del Código Civil; 40, 60 y 61 de la Ley 110 de 1912; artículos 5º, 6º y 7º de la Ley 13, de octubre de 1821, y concordantes, inclusive todas las leyes y decretos ejecutivos sobre baldíos que sean aplicables.

"Con este libelo de demanda y en 36 fojas útiles, presento todos los documentos que me fueron enviados por el Ministerio de Agricultura y Comercio y de los cuales hacen parte:

"a) El oficio número 3145 de 6 de noviembre de 1920, de la Sección 3ª de dicho Ministerio, y la Resolución ejecutiva de 6 de noviembre de 1920, del mismo año, mencionada en otros lugares;

"b) Copia debidamente registrada de la escritura número 41 otorgada el 28 de febrero de 1918, ante el Notario del Chaparral, por medio de la cual se protocolizó el juicio de división del globo de terreno llamado 'Los Micos' o 'San Antonio';

"c) Copia debidamente registrada de la escritura número 872, otorgada ante la Notaría del Guamo, por medio de la cual se protocolizaron en dicha Notaría varias piezas oficiales, emanadas del Despacho de Hacienda Nacional y de la

Secretaría de Hacienda y Fomento del extinguido **Estado Soberano del Tolima** en el año de 1881;

"**d) Copias de los documentos** a que se refiere la protocolización anotada en la parte anterior y que son: Resolución del Despacho de Hacienda **de la Unión, fechada en Bogotá el 15 de marzo de 1881,** por la cual se adjudicaron definitivamente al señor Andrés Rocha tres mil hectáreas de tierras baldías en el Estado del Tolima, Distrito del Chaparral, hoy parte de San Antonio, por los linderos ahí mismo expresados; diligencia de entrega de tales terrenos al señor Andrés Rocha el 10 de junio de 1881; Resolución número 82 de la Secretaría de Hacienda y Fomento fechada en Neiva el 16 de mayo de 1881; otra Resolución del Despacho de Hacienda, fechada en Bogotá el 15 de marzo de 1881, por la cual se adjudican al señor Andrés Rocha otras tres mil hectáreas en el mismo Distrito del Chaparral, hoy parte de San Antonio, y por los linderos ahí determinados; otra acta de entrega hecha el 9 de junio de 1881 al señor Rocha de los terrenos adjudicados en tal Resolución; oficio número 38, de 24 de mayo de 1881, del señor Secretario de Hacienda y Fomento del Estado Soberano del Tolima, al señor Secretario de Hacienda de la Unión, en que le avisa que varias personas se opusieron, con el carácter de 'comuneros' de las tierras de 'Los Micos' y 'Cucuana', a la entrega de los terrenos adjudicados al señor Rocha, y envía para su consideración la Resolución por él dictada en relación con tal incidente, y que también se halla entre los documentos protocolizados;

"e) Copia debidamente registrada de la escritura pública número 780, otorgada el 25 de septiembre de 1919 ante la Notaría del Guamo, por medio de la cual se protocolizaron en dicha Notaría las declaraciones de los señores David Casas, Jacobo Salazar y José Antonio Palomino, rendidas ante el señor Juez 1º del Circuito del Guamo, de las cuales aparece que desde tiempo inmemorial se han reputado como baldíos los globos denominados 'Los Micos' o 'San Antonio' y 'Cucuana', por hechos concluyentes sobre la no existencia de propiedades y por las sanciones impuestas por la ley a los adjudicatarios que no cumplen con sus prescripciones, y cuyos globos tienen una cabida de más de *cuarenta mil hectáreas*".

La demanda de que se trata fue contestada por la mayoría de los demandados por medio de representantes, negando los hechos y el derecho alegados por la Nación, y proponiendo en su defensa la excepción perentoria de prescripción adquisitiva del dominio, tanto la ordinaria como la extraordinaria, conforme a las leyes españolas y a las de la República. Presentaron, además, algunos de ellos, los documentos siguientes a que se refiere el fallo de primera instancia:

1º La primera copia de la escritura número 167, otorgada en la Notaría del Chaparral el 11 de agosto de 1921 y registrada en el Libro número 1 el 18 de los propios mes y año, en la Oficina de Registro de aquel Circuito, por la cual Pacífico Oviedo G. vendió a Virginia Nieto, mujer casada con Antonio Quintana, y con expreso consentimiento de éste, la finca denominada "Providencia", con las mejoras que allí se especifican, la cual dijo haber adquirido el vendedor por adjudicación que se le hizo en la partición del globo comunero de "Los Micos" o "San Antonio", según aparece de la hijuela número 42 protocolizada por instrumento número 41, otorgado en la misma Notaría el día 28 de febrero de 1918.

2º El instrumento número 155 otorgado ante el Notario del Chaparral el 22 de abril de 1920 y registrado en el Libro número 1º el 14 de mayo del mismo año, por el cual Tomás Guzmán vendió a José Cruz un lotecito de terreno ubicado en el Municipio de San Antonio, con mejoras, alinderado especialmente y que hace parte del lote número 19 adjudicado al vendedor o tradente en la división de la comunidad de "Los Micos" o "San Antonio", ya mencionada.

3º El instrumento número 44 de la Notaría del Chaparral, fechado el 1º de febrero de 1919 y registrado en el Libro número 1º el 14 de noviembre de 1919, por el cual el doctor Teodoro Sánchez D. vendió a Pacífico Rodríguez, el lote número 28, con mejoras, de los en que fue dividida la comunidad de "Los Micos" o "San Antonio" y que adquirió a su vez el vendedor por instrumentos números 115 y 114 de 2 de junio de 1917.

4º El número 183 de la Notaría del Chaparral, fechado el 21 de mayo de 1920 y registrado en el Libro número 1º el 15 de junio del mismo año, por el cual Tomás Guzmán vendió a Víctor Manuel Fonseca el derecho de dominio en un lotecito de terreno ubicado en jurisdicción del Municipio de San Antonio, especialmente alinderado y que hace parte del lote número 19 que le fue adjudicado al vendedor en la partición del globo de "Los Micos" o "San Antonio".

5º El instrumento número 41 de la Notaría del Chaparral, fechado el 28 de febrero de 1918, que contiene la hijuela número 31, por la cual se adjudicaron a Napoleón Aguilar 63 hectáreas (9.200 metros cuadrados) en la partición del globo de "Los Micos" o "San Antonio", instrumento que está debidamente registrado.

6º El instrumento número 147 de la Notaría del Chaparral, fechado el 21 de abril de 1920 y regitrado en el Libro número 1 el 11 de mayo

del mismo año, por el cual Fermín Ospina G. vendió a Carlos E. Botero el derecho de dominio en una finca rural ubicada en jurisdicción del Municipio de San Antonio, lote marcado con el número 17, especialmente alinderado y que la adquirió por compra hecha al señor Ismael Rincón, según aparece de la escritura número 115, otorgada en el mismo Municipio el 26 de marzo del mismo año.

7º El instrumento número 261 de la Notaría del Chaparral, fechado el 19 de noviembre de 1918 y registrado en el Libro 1º el 20 del mismo mes y año, por el cual Pedro J. Ospina G. vendió a Rubén Castelblanco el derecho de dominio en una finca denominada "Los Andes", ubicada en jurisdicción del Municipio de San Antonio, lote marcado con el número 8, con una extensión de 338 hectáreas y especialmente alinderado, finca que adquirió por compra que hizo al señor Francisco Castro por instrumento número 8 fechado el 18 de enero de 1915.

8º El instrumento número 352 de la Notaría del Chaparral, fechado el 24 de octubre de 1919 y registrado en el Libro número 1º el 3 de noviembre del mismo año, por el cual Ana Julia Rivera de Chacón, mujer casada con Jorge Chacón, y con el expreso consentimiento de éste, vendió a Pedro Sánchez G. un lote de terreno ubicado en jurisdicción del Municipio del Guamo, alinderado especialmente. Que esta finca la adquirió por compra que hizo a Andrés Rocha por instrumento número 350 de fecha 21 de octubre de 1919. Que vende el terreno citado con todas sus anexidades, cercas de alambre y de madera y mejoras, consistentes en pastos artificiales.

9º El instrumento número 187 de la Notaría del Chaparral, fechado el 17 de noviembre de 1795, por el cual Jerónimo de Soria y Oviedo vendió a Ignacio Montealegre cuatro estancias de terreno del globo de "Los Micos", ubicadas en el Municipio de San Antonio, sin linderos determinados. No aparece registrado este instrumento. Las adquirió por herencia de su madre Lugarda de Oviedo.

10. El instrumento sin número de la Notaría del Chaparral, fechado el 3 de febrero de 1796, por el cual Gaspar de Soria vendió a Salvador de Aguiar un lote de tierras denominado "Cucuana", ubicado en el Municipio de San Antonio y alinderado especialmente, el que adquirió por herencia de su madre Lugarda de Oviedo. Esta escritura no aparece registrada.

11. El instrumento sin número de la Notaría del Chaparral, fechado el 2 de noviembre de 1797, por el cual don Jerónimo de Soria y Oviedo vendió a Antonio Vidales un globo de tierra que comprende cuatro estancias, en el sitio de "Los Micos"; alinderadas especialmente, con mejoras en pastos, ganado, etc. Este instrumento fue registrado en el Libro número 1 de 1913, al folio 132.

12. El instrumento sin número de la Notaría del Chaparral, fechado el 29 de agosto de 1803, por el cual Antonio Vidales vendió a José Ocasal un globo de tierras en el sitio de "Los Micos", que adquirió de Jerónimo de Soria por linderos determinados. Este instrumento no está registrado.

13. El instrumento número 152 de la Notaría del Chaparral, fechado el 2 de septiembre de 1912, por el cual Milciades Rincón vendió a Pedro Pablo Pinzón la tercera parte proindivisa de un lote de terreno que posee en el sitio denominado "La Lejía", lote que se halla alinderado especialmente, que lo adquirió por compra que hizo de él a Domingo Castilla G., por escritura número 130 de 15 de septiembre de 1907. Este instrumento fue registrado el 2 de septiembre de 1912.

14. El instrumento número 355 de la Notaría del Chaparral, fechado el 20 de mayo de 1897, por el cual Bárbara Aguiar vendió a Calixto Campos, Tomás Guzmán, Máximo Arroyave, David Aguiar, Esteban Lozano, Remigio Aguiar y Petronila Aguiar un globo de tierras situado en la fracción de "Los Micos", Municipio de San Antonio. Registrado en el Municipio del Guamo el 15 de junio de 1897 en el Libro número 1º, folios 335 y 336. Este terreno está alinderado especialmente y lo adquirió por la retroventa que le hizo el señor José Aristides Guzmán el 31 de octubre de 1896, bajo el número 1300.

15. El instrumento número 283 de la Notaría del Chaparral, fechado el 10 de diciembre de 1918, por el cual José María Guzmán vende a Teodoro Sánchez D. un lote de terreno que mide 18 hectáreas (3.600 metros), ubicado en jurisdicción de este mismo Municipio, marcado con el número 21, especialmente alinderado; lote que adquirió por adjudicación que le fue hecha en el juicio divisorio del globo de "Los Micos" o "San Antonio" como consta de la hijuela número 41 de 28 de febrero de 1918. Fue registrada la presente escritura el 22 de diciembre de 1918 en el Libro número 1º, folios 272 y 273 en Chaparral.

* * *

Por medio de sentencia de fecha diez de noviembre de mil novecientos treinta y ocho (1938) el Tribunal de la causa, falló ésta así:

"1º Absuélvese a los demandados de los cargos formulados en la demanda.

"2º Queda a salvo el derecho de la Nación en relación con las parcelas que en el globo de 'Los

Micos' y 'San Antonio' no están poseídas con explotación económica del suelo".

Ante esta Sala de Negocios Generales de la Corte subió el negocio por apelación interpuesta por el Fiscal en 12 de noviembre de 1938, y surtido aquí el trámite de rigor, se pasa al estudio y decisión de las cuestiones materia de la controversia.

Concepto del señor Procurador.

En su vista de febrero 7 de 1942, el señor Procurador Delegado en lo Civil dice, en síntesis: que la Ley 200 de 1936, sobre régimen de tierras, introdujo substanciales reformas sobre prueba de la propiedad privada de la tierra y la presunción de baldíos, que tradicionalmente se ha establecido a favor del Estado; transcribe, en seguida, los tres primeros artículos de la Ley 200 de 1936 y afirma que estas disposiciones, aplicables al presente litigio, han modificado radicalmente el régimen anterior de baldíos y de la propiedad superficial de la tierra en cuanto a la clase de pruebas directas con que se destruye la presunción de los baldíos —prueba indirecta— que favorece al Estado; que tales pruebas son: la explotación económica del suelo (artículo 1º) y la cadena de títulos inscritos (artículo 3º). Pero que en manera alguna se ha modificado el principio fundamental de la carga de la prueba en estas materias; y que de consiguiente sigue imperando la norma de derecho probatorio de que quien pretende destruir una presunción legal debe probar los hechos que legalmente pueden destruírla. Que esta presunción de que se viene hablando es de las llamadas *legales mixtas*, por cuanto si bien admiten prueba en contrario, sólo determinados hechos previstos por la ley pueden servir para destruírla, y que en este orden de ideas es preciso admitir que si quien pretende dominio privado no prueba alguna de las situaciones de hecho contempladas en los artículos 1º y 3º de la Ley en referencia, habrá que pronunciar la declaración de baldíos pedida por el Estado, de acuerdo con el artículo 2º, que es precisamente lo que acontece en este proceso, agrega. El Estado, continúa el señor Procurador, acogiéndose al artículo 2º de la Ley 200 de 1936, proclama ser baldíos los terrenos materia de la demanda, y pide que, judicialmente, se declare así. Por esto es por lo que a los demandados les corresponde probar algunos de los hechos previstos en los artículos 1º y 3º de la Ley citada. Pero no los han probado. Luego impera, frente a ellos, la presunción del artículo 2º. Que tal declaración está principalmente pedida, y que hecha tal declaración de baldíos hay que hacer las demás pedidas en el libelo (las de nulidad de los títulos mencionados en la demanda). Concluye pidiendo que se falle favorablemente la demanda de la Nación.

Consideraciones de la Corte.

Considera la Corte que no es procedente entrar en el examen de las cuestiones planteadas por el señor Procurador, porque en el estudio del presente negocio ha encontrado otras que, a su juicio, le imponen una solución preferente.

Tales cuestiones son las que se pasa a exponer a continuación:

1º No aparece en autos ninguna prueba en el sentido de que los terrenos denominados "Los Micos" y "Cucuana" constituyen un mismo terreno. Todo lo contrario: parece que se trata de dos terrenos distintos, con distintas procedencias; y si así es, aunque en el juicio se hubiera establecido la debida determinación e identificación de uno y otro terreno —lo que no se ha efectuado— la demanda adolece de ineptitud sustantiva, pues en ella aparecen mezcladas en unas mismas acciones peticiones que se refieren a cosas, a hechos y a personas diferentes por causas diferentes también.

2º La acción de dominio para recuperar los terrenos "Cucuana" y "Los Micos" se ha promovido conjunta y solidariamente contra muchas personas a la vez y no, contra cada una de ellas en particular, determinando por su cabida, situación y linderos el respectivo lote de que sea ocupante dentro de los globos de terreno "Los Micos" y "Cucuana" esa persona; luego por este aspecto la demanda también adolece de un defecto de fondo que la hace inepta, pues el fallador no conoce con certeza cuál es el cuerpo cierto sobre el cual debe recaer la orden de restitución a favor de la Nación por ser baldío el terreno o los terrenos de que trata la demanda.

3º En lo referente a la petición 8ª de la demanda —que han caducado las dos adjudicaciones hechas en 15 de marzo de 1881 a favor del señor Andrés Rocha, cada una por tres mil hectáreas en los globos de terreno de "Los Micos" y "Cucuana", porque el señor Rocha, según lo afirman los testigos David Casas y José Antonio Palomino (cuyas declaraciones se ratificaron en esta segunda instancia) no estableció ninguna industria agrícola ni pecuaria en tales terrenos— además de las que deja ya hechas en los párrafos precedentes, observa la Sala que los mismos testigos también aseveran que los terrenos a que se refieren tales adjudicaciones están ocupados por espacio de cinco, diez y treinta años por varios individuos "con casa de habitación y cultivos permanentes como cafetales, pastos artificiales, cañaverales y plataneras, en una extensión de cinco mil hectáreas más o menos" (cuaderno número 10, folios 32 a 33); y aunque es verdad que los mencionados testigos afirman que esos terrenos ("Cucuana" y "Los Micos") son de la Nación, a quien los expresados cultivadores re-

conocen como dueña, y como lo prueba la circunstancia de no pagar arriendo, en esta parte, las citadas declaraciones no pueden perjudicar a los ocupantes a quienes se refieren, pues no provienen de éstos ni aparecen comprobadas de otro modo en autos.

En tales circunstancias, obvio es que la demanda que se examina no puede prosperar.

Por todas estas razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla así la presente controversia:

1º No es el caso de hacer, y no se hacen, las declaraciones pedidas por la Nación en la demanda promovida por el señor Fiscal del Tribunal de Ibagué, por medio del libelo presentado el veinticuatro de noviembre de mil novecientos veintiuno.

2º Por las mismas razones que imponen la negativa a hacer las declaraciones pedidas por la Nación, la Corte declara que no es el caso de fallar sobre la excepción de prescripción adquisitiva del dominio, propuesta por algunos de los demandados.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en el próximo número de la *Gaceta* y devuélvase el expediente.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—El Secretario en propiedad, *Manuel Pineda Garrido.*

TERMINOS DE PRUEBA

De acuerdo con los artículos 327 y 746 del Código Judicial no sólo ninguna resolución, por regla general, produce efectos antes de haberse notificado legalmente a las partes, sino que los períodos ordinarios de prueba son comunes a las partes, lo que indica que los respectivos términos no pueden empezar a correr sino desde que la providencia de apertura a pruebas quede legalmente notificada a todas las personas que sean partes en el juicio. Si así no fuera, en el caso de que hubiera muchas partes en un juicio, y de que a éstas se les notificara en fechas distintas, las fechas del comienzo y vencimiento de tales períodos serían tantas como las de las respectivas notificaciones, lo que no sólo desvirtuaría el carácter de comunes a todas las partes de los términos señalados en el artículo 746 precitado, sino que sembraría en las actuaciones judiciales la inseguridad y la anarquía.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre veintiuno de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blancó Núñez).

En el juicio ordinario intentado por el señor Aníbal Ramírez contra el Departamento del Valle, ante el Tribunal Superior de Cali, con fecha once de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, se dictó la providencia por medio de la cual se abre a pruebas el juicio por el término legal de diez días para pedirlas. (Folio 58, cuaderno número 1).

Esta providencia fue notificada por *estado* el trece de mayo del mismo. Pero al señor Fiscal del Tribunal, en su condición de representante de la parte demandada, se le notificó personalmente el quince de los mismos mes y año.

Con fecha 26 de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, el demandante pidió al Tribunal que decretara las pruebas a que tenía derecho, y fue recibido su escrito por la Secretaría con fecha 27 de los mismos mes y año. (Folio 4 vuelto del cuaderno número 2).

Con fecha veintiocho de mayo, y fundándose en el informe de la Secretaría, el Magistrado sustanciador dictó auto por medio del cual negó la práctica de las pruebas por considerar que la petición se había hecho fuera de tiempo hábil.

Este auto fue declarado nulo por la Sala de Decisión por haber sido dictado solamente por el Magistrado ponente; pero luégo, por auto de diez de julio de 1942, la misma Sala decidió también que era extemporánea la aludida petición de pruebas.

Negada la reposición de esta providencia, se concedió la apelación interpuesta en subsidio; y es para decidir este recurso, por lo que el negocio se halla ante esta Superioridad, la que pasa a resolverlo mediante las siguientes consideraciones, después de haber oído al señor Procurador Delegado en lo Civil.

Cierto es, como lo afirma el Tribunal *a quo*, que de acuerdo con el artículo 307 del Código Judicial las notificaciones de las providencias judiciales tienen por objeto que las partes las conozcan y hagan uso de sus derechos, y cierto es, asimismo, que conforme al artículo 366, inciso 2º, del mismo Código, los términos empiezan a correr desde el día siguiente al de la notificación del auto que los concede; pero observa la Sala que de acuerdo con los artículos 327 y 746 ibidem, no sólo ningna resolución, por regla general, produce efectos antes de haberse notificado legalmente a las partes, sino que los períodos ordinarios de prueba son *comunes* a las partes, lo que indica que los respectivos términos no pueden empezar a correr sino desde que la providencia de apertura a pruebas quede legalmente notificada a todas las personas que sean partes en el juicio.

Si así no fuera, en el caso de que hubiera muchas partes en un juicio, y de que a éstas se les notificara en fechas distintas, las fechas de comienzo y vencimiento de tales períodos serían tantas como las de las respectivas notificaciones, lo que no sólo desvirtuaría el carácter de *comunes* a todas las partes de los términos señalados en el artículo 746 precitado, sino que sembraría en las actuaciones judiciales la inseguridad y la anarquía.

En atención a lo que queda expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, *revoca* el auto apelado.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Quiénes pueden pedir la nulidad de lo actuado en un juicio.

El interés jurídico de que una persona pueda ser titular con relación a un juicio no es lo que le da a esa persona el carácter de parte en ese juicio como tál, ni menos aún con alcance trascendental como el de impetrar, dentro del mismo juicio, la nulidad de todo lo actuado por no haber intervenido en él esa persona.

De acuerdo con el artículo 202 del Código Judicial sólo se llama parte el litigante o grupo de litigantes que sostiene en el juicio unas mismas pretensiones; luego no puede considerarse como partes en un juicio a quienes en éste no se ha admitido como tales, o no han figurado con ese carácter. De lo que se sigue claramente que como el derecho de hacer invalidar lo actuado en el caso del artículo 457 del Código Judicial sólo corresponde a la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, o que no estuvo debidamente representada en el juicio, claro es también que quienes no han figurado como partes en él no pueden hacer dentro de éste uso de tal derecho, menos aún si ya al juicio se le puso fin por medio de la correspondiente sentencia.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre veintiuno de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

La Tesorería General del Departamento de Nariño, folio 54, cuaderno número 1, tomando como base legal para ello la Resolución número 4, de agosto 17 de 1939, y la sentencia de 12 de diciembre del mismo año, respectivamente, de la Contraloría General, y del Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de dicho Departamento, dictó, en marzo 15 de 1940, orden de pago por la vía ejecutiva, a favor del Departamento de Nariño y en contra del señor Paulo Emilio Sánchez, por la cantidad de $ 2.651.50 moneda corriente, con sus intereses al 12% anual, desde que le fueron notificadas las providencias antes apuntadas hasta cuando se verifique el pago, más las costas del juicio.

El 5 de agosto del mismo año, por conducto del Juzgado Municipal de Sotomayor, lugar del domicilio del ejecutado, se le intimó a éste el auto ejecutivo e hizo entonces la manifestación de que no tenía bienes algunos que denunciar para la efectividad del pago e interpuso apelación contra el mencionado auto para ante el Tribunal Superior de Pasto, folio 57 vuelto, cuaderno número 1. Esta entidad, en noviembre 9 de 1940, confirmó el auto ejecutivo apelado, folio 60 vuelto, cuaderno número 1.

Confirmada por el Tribunal Superior de Pasto la providencia de que se viene hablando, la Tesorería General del Departamento decretó, en noviembre de 1940, el embargo, secuestro y avalúo de los bienes especialmente afectados al pago e hipotecados por medio de escritura número 305, de 14 de noviembre de 1936, de la Notaría 2ª de Túquerres, bienes de propiedad del señor Eliseo Eraso, fiador mancomunado y solidario del ejecutado, señor Paulo Emilio Sánchez, detallados en la cláusula 2ª del mencionado instrumento, que contiene la declaración expresa del señor Eraso de que acepta, en todas sus partes la escritura para garantizar al señor Sánchez en el manejo de la Agencia de Rentas de Sotomayor, a favor del Tesoro Departamental de Nariño y con hipoteca especial de los terrenos de propiedad del mencionado fiador, denominados "Tablón" y "Moquillo", folio 62, cuaderno número 1.

El 14 de febrero de 1941, por comisión que le confirió el señor Tesorero Departamental, el señor Juez Municipal de Túquerres procedió, de conformidad con las disposiciones legales respectivas, a llevar a término el embargo, secuestro y avalúo como lo dispuso aquel funcionario en su providencia de noviembre 18 de 1940, lo que tuvo lugar, pero el depósito de los bienes no se hizo en la persona nombrada para el efecto, sino en la del doctor Luis Eraso Sarasti, quien con la señora María Sarasti, así lo pidieron, aduciendo como fundamento que son terceros en el juicio y dueños de los fundos, materia del secuestro y que de tales terrenos tienen posesión por muchos años. El señor Juez comisionado aceptó las razones de estas personas y resolvió el asunto de acuerdo con lo pedido, folio 75, cuaderno número 1.

Por providencia de abril 9 de 1941, que obra a folio 81, cuaderno número 1, se ordenó llevar a cabo el remate de los bienes embargados, co-

sa que, después de la tramitación del caso, se verificó, según diligencia, de diciembre 1º del mismo año, que corre a folio 112, cuaderno número 1; y por providencia del 4 de diciembre mencionado, folio 113, cuaderno 1, se aprobó el mencionado remate, se ordenó la cancelación de embargos, hipotecas, etc., de los bienes, y se libró despacho al Juez Municipal de Túquerres para que entregara a los rematadores los tales bienes, lo que al verificarse fue motivo de intervención del doctor Eraso Sarasti, a nombre de Luz Angélica e Isabel Eraso Sarasti y en el de él, folio 117, cuaderno número 1, en su calidad de herederos de su padre Eliseo Eraso, manifestando que se oponía a la entrega real y material de los mismos y presentando la excepción de nulidad, que consiste —según él— en la falta de citación o emplazamiento al señor Eliseo Eraso.

Como el Juez comisionado se abstuvo de conocer de la excepción, llevando, por consiguiente, hasta su fin la entrega de los bienes, el doctor Eraso Sarasti apeló de la diligencia, folios 117 y 118 del cuaderno número 1. El doctor Eraso Sarasti acreditó, con copias expedidas por el Juzgado del Circuito Civil de Túquerres, su carácter de heredero de Eliseo Eraso, y con las mismas piezas se acreditó que Luz Angélica viuda de Eraso e Isabel Eraso Sarasti, son, respectivamente, cónyuge sobreviviente y heredera de Eliseo Eraso, folio 132 vuelto, cuaderno número 1.

Por medio de memorial de febrero 2 de 1942, el doctor Luis Eraso Sarasti pidió reposición de la providencia de enero 29 de 1942, folio 123 vuelto, cuaderno número 1, a fin de que se le concediera la apelación interpuesta para ante el Tribunal Superior, la que no se le resolvió por el señor Tesorero, y que en caso de negativa, para ocurrir de hecho al mismo Tribunal, solicitaba copias de las diligencias de 26 de enero, materia de la apelación, y del auto de 29 de enero con sus notificaciones, copia del memorial que presentó y del auto que recayere. El Tesorero negó la reposición y ordenó expedir las copias pedidas a fin de que el doctor Eraso pudiera interponer el recurso de hecho, el cual le fue concedido, según consta a folio 127, vuelto, cuaderno 1.

Se resolvió por el Tribunal en el sentido de revocar lo actuado por el señor Juez comisionado de Túquerres y admitir la excepción propuesta por el doctor Eraso Sarasti, la que se tramitó como articulación, folios 135 y siguientes.

El Tribunal resolvió declarar fundada esta excepción, invalidando, a partir del auto del 18 de noviembre de 1940, inclusive, fojas 62 del proceso, para adelante y disponiendo, en consecuencia que las cosas vuelvan al estado que tuvieron antes de originarse aquella nulidad, folio 152, cuaderno número 1.

De la providencia del Tribunal Superior, por manifestación que hizo el señor Agente del Ministerio Público al notificársele dicha providencia, se concedió el recurso de apelación para ante la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales—, en septiembre 28 de 1942, folio 157 vuelto, y es por ello por lo que el negocio ha llegado a esta Superioridad.

Tramitado el juicio dentro de los preceptos legales respectivos hasta su fin, se entra a resolver lo que fuere de ley.

El Tribunal, en auto que corre a folios 153 vuelto a 155 del cuaderno número 1, analizó la petición del reclamante, quien alegó:

a) Que el mandamiento ejecutivo fue librado únicamente contra el señor Pablo Emilio Sánchez y no contra el señor Eliseo Eraso;

b) Que por la condición de fiador del señor Eraso ha debido dictarse contra éste la orden de pago y las respectivas intimaciones;

c) Que habiendo fallecido el señor Eraso ha debido cumplirse con sus herederos lo que ordena el artículo 1434 del Código Civil. Y que, en consecuencia, como nada de eso se llevó a cabo, la actuación era nula, artículos 448 y 451 del Código Judicial, y que las cosas debían volver al estado en que estaban antes de producirse la nulidad.

El señor Fiscal estimó que la excepción envuelve un punto de puro derecho, que debe decidirse en favor del Departamento, porque dice: si se considera que el excepcionante es un tercero, la petición de excepción debe rechazarse, porque el artículo 457 del Código Judicial es taxativo y la gracia que allí se concede es para la parte que no fue legalmente citada o emplazada; y que si se considera o decide que el excepcionante fue y es parte, también debe rechazarse su pedimento de nulidad, porque la causal no puede invocarse por el doctor Eraso Sarasti, ya que él midió en el juicio, intervino oportunamente (folios 74 a 75 vuelto) de lo cual aparece tácitamente que asintió en lo actuado, desde que no se hizo reclamo alguno tendiente a obtener la declaración de nulidad, por falta de citación o emplazamiento legal, antes de que se dictara la correspondiente sentencia de pregón y remate.

Para desatar la controversia materia de este incidente —continúa el Tribunal— conviene decidir si sus actores, señores Eraso Sarasti, quienes han acreditado su calidad de causahabientes legítimos de Eliseo Eraso, son o nó partes en este negocio, y en las condiciones en que se encuentra este proceso. La respuesta es afirmativa. La respalda la ley.

En efecto, por un lado el señor Eliseo Eraso se constituyó fiador del señor Paulo Emilio Sánchez, con garantía hipotecaria, folios 8 a 16, escritura número 305 de noviembre 14 de 1936. Por consiguiente, el juicio ejecutivo no podía adelantarse contra el primero, sino cumpliendo los requisitos legales de la intimación, artículo 2373 del Código Civil, en armonía con el 2454 del mismo; que las diligencias de intimación anotadas antes no se efectúan sino notificando al señor Eraso, deudor, el correspondiente mandamiento ejecutivo y practicando las demás diligencias de que habla el artículo 999 del Código Judicial; que, por otro lado, los derechos y obligaciones de los fiadores se transmiten a sus herederos, artículos 2378 del Código Civil y 1155 del mismo. Hace el Tribunal algunas citas referentes al principio consagrado en el derecho francés: "le mort saisit le vif", para concluir que, si sobre los actores del incidente pesa la obligación accesoria mixta, como es la de la fianza e hipoteca, constituída por el causante, con ellos debieron surtirse las notificaciones del título ejecutivo, artículo 1434 del Código Civil, ya que la misma Ley los considera como partes; y que, además, con ellos debía cumplirse el lleno de las formalidades que se prescriben para la acción ejecutiva; que como se replicó que uno de los actores del incidente gestionó ya como parte en el juicio ejecutivo, y que no habiendo hecho gestión alguna tendiente al reclamo de sus derechos, le perjudicó la actuación progresiva del juicio, que terminó con el remate de los bienes hipotecados por el señor Eraso, a esto observa que si el doctor Luis Eraso Sarasti, con su señora madre, intervinieron en ese juicio a tiempo que se practicó el depósito y avalúo de los inmuebles rematados, por una parte, se presentaron como dueños exclusivos de esos fundos; y que por otra, no consta que contra ese derecho alegado se hubiera proferido decisión judicial. Que aunque la susodicha intervención en la dicha diligencia se la reputase como oposición al juicio, el ejecutante tenía la obligación imperativa del insistimiento, inciso 2º del artículo 1021 del Código Judicial, y tal cosa tampoco se hizo; y que, además, aunque se diese cabida a la objeción del señor Fiscal, sobre la referida intervención de dos de las personas que constituyen la parte que representa el doctor Eraso, como causahabiente, ello no obsta para que, el mismo doctor Eraso y su madre, en unión de los demás herederos, aleguen, fundados en título diverso, la causal de nulidad como excepción, propuesta a tiempo de la entrega de los referidos inmuebles. Que si ni con el finado señor Eraso, ni mucho menos con sus herederos se practicaron las debidas citaciones, emplazamientos e intimaciones prescritas por disposiciones que se dejan citadas, y llevándose de calle tales normas legales, se hizo el remate de bienes, indudablemente el ejecutivo del Departamento no sólo adolece de un vicio radical de nulidad, de parte de lo actuado, señalado en el numeral 3º del artículo 451 del Código Judicial, sino también se perjudica notoriamente a los causahabientes nombrados, y se viola el precepto constitucional acerca de que ninguno puede ser condenado sin haber sido oído ni vencido en juicio, observando la plenitud de forma que la acción requiere; y que así, pues, habiéndose propuesto, en vía de excepción, las causales de nulidad prealudidas, dentro del tiempo prescrito por el artículo 457 del Código Judicial, y con fundamento en esta disposición, es por demás de sobrado el motivo que asiste al Tribunal para acoger tal excepción, declarándola probada. Que las costas de la parte anulada del proceso corren únicamente a cargo del funcionario que decretó el auto de embargo, secuestro y avalúo de los bienes inmuebles, hipotecados por el finado Eliseo Eraso a favor del Departamento, pues que en esta providencia, inclusive, radican las causales de nulidad preanotadas, ya que ante todo debió endilgar la respectiva ejecución dictando el decreto del caso; y a falta de éste, contra sus legítimos herederos o causahabientes.

Por tanto, el Tribunal falló, declarando fundada la excepción de nulidad de parte de lo actuado, en la presente ejecución, invalida ésta a partir del auto de 18 de noviembre de 1940, inclusive, folio 62 del proceso, para adelante; dispone en consecuencia que las cosas vuelvan al estado que tuvieron antes de originarse aquella nulidad, y condena al funcionario responsable, señor Ricardo Gómez A., mayor y vecino de Pasto, al pago de las costas de la parte anulada de este proceso.

Concepto del señor Procurador.

Por su parte, el señor Procurador Delegado en lo Civil, en su vista de noviembre 18 de 1942, que obra a folio 3, cuaderno número 2, después de hacer una transcripción de la parte resolutiva de la providencia apelada, dice:

"Es manifiesta la ilegalidad de dicha providencia. Las excepciones alegables en juicio son tan sólo aquellas que se oponen a la *existencia* o a la actual *exigibilidad* de la obligación material de la demanda. Ni las *excepciones dilatorias* propiamente dichas, ni los incidentes de nulidad de lo actuado, pueden proponerse en la forma ni mediante el procedimiento reservado únicamente para las excepciones prerentorias en esta clase de juicios.

"Si en ellos ocurre alguna causal de nulidad, debe adoptarse y seguirse el procedimiento in-

cidental respectivo. Es contra toda técnica procesal alegar y fallar como excepción en juicio ejecutivo la *nulidad de lo actuado*. Máxime cuando esa nulidad es alegada por un tercero extraño al juicio, como sucede en el caso de autos."

El concepto de la Corte.

Para la Corte, las razones expuestas por el Tribunal sentenciador no son pertinentes en el presente juicio ejecutivo, el cual finalizó con el remate de los bienes hipotecados y embargados como de propiedad del fiador Eliseo Eraso y con la consiguiente aprobación de dicho remate, folio 113.

Parte de los actuales reclamantes, en el acto de efectuarse la entrega de los terrenos ya rematados, se opusieron a tal entrega, como representantes de la herencia del señor Eliseo Eraso, por la causal de nulidad —dijeron— de falta de citación o emplazamiento a este señor, y después del fallecimiento de él a sus herederos o causahabientes; mas se observa que si, como consta y se reconoce, ni el señor Eraso (padre) ni sus herederos fueron llamados al juicio ejecutivo, claro es que ellos no fueron *parte* en tal juicio, y que, de consiguiente, de acuerdo con los artículos 202 y 457 del Código Judicial, por no haber sido partes en tal juicio, los herederos del señor Eraso no pueden oponer como excepción, en el acto de la ejecución de la sentencia de remate, la causal consistente en no haber sido llamados al juicio. La vía es otra para ver de hacer efectivos los derechos que consideren tener; mas esa vía no es la de un incidente de nulidad de lo actuado, en el mismo juicio ejecutivo, al tratar de ejecutarse la sentencia de remate, entre otras razones porque si a los reclamantes no se les llamó al juicio, hay que considerarlos como terceros, y en tal caso el artículo 552 del Código Judicial indica claramente cómo debe obrarse si al tiempo de la entrega de la cosa materia de la sentencia se opone alguna persona que no sea de aquellas a quienes el fallo perjudique.

Lo dispuesto en los artículos 451 del Código Judicial y 1434 del Código Civil y las doctrinas de la Corte en relación con estos artículos, no tienen aquí aplicación —en concepto de la Corte— porque en el juicio ejecutivo seguido contra Paulo Emilio Sánchez no aparece como ejecutado el señor Eliseo Eraso, aunque es verdad que sobre los bienes que este señor hipotecó al Departamento como garantía del manejo de Sánchez, se trabó el correspondiente embargo y secuestro y se efectuó el remate.

El error del Tribunal sentenciador está en afirmar que en el presente caso los opositores Luis Eraso, Isabel y Luz Angélica Eraso, quienes han acreditado su carácter de causahabientes del finado Eliseo Eraso, y Beatriz Eraso Sarasti son *parte* en el juicio ejecutivo del Departamento contra Paulo Emilio Sánchez.

El Tribunal dice "que la respuesta es afirmativa por respaldarla la ley", mas no la encuentra así la Corte.

El interés jurídico de que una persona pueda ser titular con relación a un juicio no es lo que le da a esa persona el carácter de parte en tal juicio para intervenir en éste como tál, ni menos aún, con alcance tan trascendental como el de impetrar, dentro del mismo juicio, la nulidad de todo lo actuado por no haber intervenido en él tal persona.

De acuerdo con el artículo 202 del Código Judicial sólo se llama *parte* el litigante o grupo de litigantes que sostiene en el juicio unas mismas pretensiones, luego no puede considerarse como partes en un juicio a quienes en éste no se ha admitido como tales, o no han figurado con ese carácter. De lo que se sigue claramente que como el derecho de hacer invalidar lo actuado en el caso del artículo 457 del Código Judicial sólo puede hacer uso la *parte* que no fue legalmente notificada o emplazada, o no estuvo debidamente representada en el juicio, claro es también que quienes no han figurado como partes en un juicio no pueden hacer, dentro de éste, uso de tal derecho, menos aún si ya al juicio se le ha puesto fin por medio de la correspondiente sentencia.

Por todo lo que viene 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 improcedente el presente incidente de nulidad, propuesto y fallado como excepción.

Publíquese, notifíquese, insértese en el próximo número de la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

INCONDUCENCIA DE PRUEBAS

El problema de la inconducencia o ineficacia de una prueba, a que alude el artículo 596 del Código Judicial, envuelve una cuestión de fondo que no puede ser decidida a priori por el juzgador, sino en el momento de fallar, a menos que el carácter de inconducente o ineficaz de lo que se pide sea tan palmario o protuberante por su absoluta falta de conexión con el asunto materia de la decisión, que imponga su inmediato rechazo en guarda de la economía procesal. Lo contrario podría prestarse a abusos y a muy graves consecuencias para el reconocimiento del derecho de las partes y para la debida ilustración del fallador, fin de todo recto procedimiento judicial.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre veinticuatro de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

Por medio del anterior escrito, el doctor Gilberto Alzate Avendaño, como apoderado del señor Heriberto Schwartau Skildsen, pide que se deseche por inadmisible la siguiente petición de prueba hecha por el demandante doctor Alfonso Cifuentes y Gutiérrez:

"VIII. Que se pida al Ministerio de Gobierno el envío de los originales o de las copias auténticas de las pruebas que en concepto de las autoridades nacionales desvirtúan la nacionalidad colombiana de Heriberto Schwartau Skildsen."

Para resolver, se considera:

De acuerdo con el artículo 596 del Código Judicial, las pruebas deben ceñirse al asunto materia de la decisión y son inadmisibles las inconducentes y las legalmente ineficaces.

Pero el problema de la inconducencia o ineficacia de una prueba envuelve una cuestión de fondo que no puede ser decidida *a priori* por el juzgador, sino en el momento de fallar, a menos que el carácter de inconducente o ineficaz de lo que se pide sea tan palmario o protuberante por su absoluta falta de conexión con el asunto materia de la decisión, que imponga su inmediato rechazo en guarda de la economía procesal. Lo contrario podría prestarse a abusos y a muy graves consecuencias para el reconocimiento del derecho de las partes y para la debida ilustración del fallador, fin de todo recto procedimiento judicial.

En concepto de este Despacho, la información del Ministerio de Gobierno, que desea hacer llegar a los autos el doctor Cifuentes sí puede, en principio, tener relación con el asunto que es materia de este debate, pero si no la tuviere, o, si teniéndola, tal información no es idónea para ser apreciada en él como prueba, o no es suficiente para formar la necesaria convicción en el ánimo de la Sala, en relación con la cuestión que está sometida a su decisión en el presente juicio, eso se examinará y decidirá en el lugar y momento oportunos, mas no antes, porque induciría a prejuzgamiento en un problema que —se repite— no es meramente adjetivo, sino esencial o de fondo.

Por lo dicho, se resuelve: negar la aludida solicitud del doctor Alzate Avendaño, y ordenar que, con citación contraria y demás formalidades, se oficie al señor Ministro de Gobierno para que envíe a este Despacho en copia u originales los documentos mencionados en el punto VIII del escrito de pruebas del doctor Cifuentes.

Notifíquese.

José M. Blanco Núñez.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Se confirman los autos apelados.

Después de notificado el ejecutado de la sentencia de pregón y remate no cabe presentar excepciones ni incidentes de nulidad, conforme a los artículos 457 y 1025 del Código Judicial.

Pasada la ocasión de atacar oportunamente la sentencia de pregón y remate, sólo puede revisarse ésta por la vía ordinaria, según se desprende de los artículos 457, 1029 y 1030 del mismo Código.

La petición de que una finca embargada se divida en lotes para remate debe hacerse "por todas las partes", según el artículo 1042 del Código Judicial.

Aun cuando el juicio de sucesión no es, por sí mismo, de carácter contencioso, sí puede tomar este carácter cuando los herederos o causahabientes sostienen distintas u opuestas pretensiones.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre veintiocho de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

El siguiente es un resumen de los hechos de que da cuenta el presente juicio:

El Síndico Recaudador del Impuesto de Herencias, Asignaciones y Donaciones de Bogotá, libró en 20 de febrero de 1941 orden de pago por la vía ejecutiva por "total de impuestos y recargos en 6 de octubre de 1941 (cuaderno número 1, folios 4 y 5) a favor del Tesoro Nacional y en contra de la sucesión de *Joaquín Salazar Díaz*, representada por *Abigaíl Rondón, viuda de Salazar*, deudora solidaria, por la suma de doce mil quinientos noventa pesos con cuarenta y tres centavos ($ 12.590.43)." El auto ejecutivo precitado le fue notificado, con el carácter de apoderado de la ejecutada, al doctor Timoleón Moncada, quien presentó para el pago "una finca de la sucesión, situada en la calle 11, número 17-06, de esta ciudad, que antes llevaba el número 574, finca ubicada en el área de la población de esta ciudad, junto con el taller o fábrica de molduras de aserrío y de cepillar maderas denominada San Rafael, que está instalada y funciona dentro de la misma finca".

Decretado el embargo del bien denunciado para el pago, el funcionario ejecutor citó para sentencia de pregón y remate por medio de auto de fecha 25 de marzo de 1942, y por providencia de fecha 30 del mismo mes (folio 11) el mismo funcionario ordenó llevar adelante la ejecución con el remate del bien mencionado.

Esta última providencia les fue notificada tanto al doctor Timoleón Moncada, como apoderado de la ejecutada, como al doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola, "curador *ad litem* de la menor María Concepción Salazar" —así reza la diligencia de notificación—.

Por auto de 14 de marzo de 1942 se había señalado el día 23 del mismo mes para la diligencia de depósito, secuestro y avalúo de los bienes embargados, diligencia que se practicó el día 22 de marzo.

Con fecha 8 de abril de 1942, el doctor Moncada manifestó que "como se ha ordenado el remate de una finca de la sucesión es conveniente notificar esa sentencia a todos los herederos para evitar futuras reclamaciones", a lo cual accedió el funcionario ejecutor por medio de auto del 9 de abril.

En tal virtud, el mismo 9 de abril fueron notificados de esta providencia el doctor Moncada y el doctor Gutiérrez Anzola.

El mismo día fue notificada tanto de este auto como de la sentencia de pregón y remate del 30 de marzo la señora Abigaíl R. viuda de Salazar, quien manifestó que consentía tales providencias y renunciaba los términos de ejecutoria, y como el 11 de abril la señora Amalia Salazar, viuda de Ortega, se negara a firmar la notificación, manifestando que no lo hacía por no estar de acuerdo con los herederos, firmó por ella el testigo Luciano Gutiérrez M.

La mencionada señora Amalia Salazar, viuda de Ortega, con fecha 14 de abril de 1942 pidió al funcionario ejecutor, refiriéndose expresamente al juicio ejecutivo que éste adelantaba contra la sucesión de Joaquín Salazar Díaz, que suspendiera la ejecución mientras se fallaba en el Juzgado 1º del Circuito una articulación "sobre venta en pública subasta de un bien raíz de la sucesión" (una casa en la calle 5ª con la carrera 6ª), destinado, según parece, a que para el pago de las deudas de la sucesión se reemplazara por ese bien el de la calle 11, número

17-06, ofrecido para remate por el apoderado de Abigaíl Rondón, viuda de Salazar.

En el mismo escrito del 14 de abril manifestaba la señora Salazar, viuda de Ortega, que hacía tres días había sido notificada "del juicio de ejecución fiscal que se adelantaba en la Sindicatura", y agregaba: "cuando se han llevado a efecto diligencias en las cuales hubiera intervenido de modo efectivo para salvaguardiar los legítimos intereses de la sucesión de mi padre, señor Joaquín Salazar Díaz"..

Esa solicitud fue negada en auto de 15 de abril, manifestando el funcionario ejecutor para ello, y entre otras razones que expuso en tal auto, que ya se había dictado sentencia de pregón y remate, y por medio de providencia del 22 de abril (folio 20), que se notificó por estado el 24 del mismo mes, señaló el día 28 de mayo de 1942 para el remate de la finca de la calle 11, número 17-06.

Por medio de escrito presentado el 19 de mayo la señora Amalia Salazar, viuda de Ortega, le confirmó poder para que la representara en este juicio ejecutivo al doctor Luis Eduardo Gacharná, carácter de apoderado que se le reconoció a éste en auto del 22 del mismo.

El mismo 19 de mayo el doctor Gacharná presentó al Síndico un escrito en el cual hacía varias objeciones al procedimiento seguido hasta entonces en el juicio ejecutivo para el cobro del impuesto y para el remate, respecto del cual manifestó que se oponía.

En subsidio solicitaba, con cita del artículo 1042 del Código Judicial, que la finca cuyo remate se había decretado, se descompusiera o dividiera en dos bloques.

Por auto de 23 de mayo el Síndico Recaudador reconoció que hubo irregularidades en los avisos para el remate, señaló para éste nueva fecha —el 30 de junio de 1942—, pero negó las demás solicitudes del doctor Gacharná. Habiéndose notificado el 25 de mayo tanto esta providencia como la del veintidós del mismo mes, el doctor Gacharná, en escrito presentado el 27, manifestó que apelaba del auto que señalaba nuevo día para el remate, o sea *el de veintitrés de mayo*. Esta apelación le fue negada al apelante, en *auto de diez de julio de 1942* (folio 43), en el cual volvió a señalarse nuevo día para el remate, por haber dispuesto antes el Síndico que se señalara la verdadera cabida del lote que se había de rematar, por existir diferencias entre los herederos sobre la verdadera cabida del lote mencionado.

En virtud de la negativa a conceder la apelación, el doctor Gacharná pidió que en vista de la diferencia de cabida que de acuerdo con lo expuesto por los peritos había resultado en el lote embargado, se hiciera en éste un nuevo avalúo; pidió reposición del auto de 10 de julio, que había señalado el 4 de septiembre para la subasta, y del en que se le negó apelación. En subsidio, manifestó que interponía el recurso de hecho y pidió que se le expidieran las copias respectivas. Estas peticiones del doctor Gacharná fueron negadas por auto de 30 de julio de 1942 (folio 44 vuelto), pero se ordenó que se le expidieran las copias que había solicitado, señalando para ello el término de cinco días. Tal auto se notificó por estado número 35 el 3 de agosto de 1942, según certificación del Secretario.

Esta notificación fue objetada como ilegal por el doctor Gacharná en escrito presentado al Síndico el 10 de agosto, en el cual pidió, en subsidio, que se le prorrogara, en atención a estas circunstancias, el término de cinco días para la expedición de las copias, lo que le fue negado en auto de *catorce de agosto*. De este auto también apeló el doctor Gacharná y la apelación se le concedió el 25 del mismo mes, a pesar —dice el funcionario— de lo dispuesto en el artículo 492 del Código Judicial.

El 4 de septiembre, día señalado, se efectuó el remate de la finca por el señor Julio Ramírez Johns, y tal remate fue aprobado por el Síndico Recaudador en providencia de fecha 7 de septiembre de 1942, la cual fue apelada también por el doctor Gacharná.

Hasta aquí lo que aparece de autos.

* * *

El primer aspecto del problema jurídico lo plantea así en su alegato el señor apoderado de la recurrente:

"Se dice en la nota remisoria del negocio que éste sube a la Corte en apelación del auto de siete de septiembre último, por el cual se aprobó el remate. El señor Procurador así lo creyó, y ahí comenzó su equivocación, porque no se trata simplemente de la apelación de tal providencia sino de la concedida en auto de 25 de agosto, o sea la concerniente al auto de catorce de agosto, por el cual se niega el Síndico a ordenar que se haga en legal forma una notificación reclamada por mí y hecha en forma ilegal y sorpresiva, y se me niega la prórroga de un término. La Corte no tiene por qué limitar su intervención al tenor de las palabras empleadas por el Secretario del inferior cuando éste se equivoca sobre la misión que lleva el expediente ante el superior. Al folio 53 veréis claramente concedida la apelación del auto de catorce de agosto. No hay ninguna razón para que la Corte no decida sobre ella y, en mi sentir, habrá de ocuparse en ese recurso antes de entrar en el fondo de la segunda apelación, o sea la del auto aprobatorio del remate, porque

la suerte de la primera apelación influye en la última, hasta el punto de que puede ser definitiva su influencia. En efecto:

"Al folio 36 vuelto aparece una petición mía en que ejercito el derecho de que se parcele la finca que se trataba de rematar e instauro articulación de nulidad por vicios que anoté en el procedimiento; el señor Síndico me niega aquel derecho y me desconoce la facultad de introducir articulaciones. Pido reposición al folio 44 y subsidiariamente pido las copias conducentes al recurso de hecho; niega la reposición y ordena darme las copias en el término de cinco días. No se notifica legalmente ese auto; hago la reclamación consiguiente y subsidiariamente pido prórroga de los cinco días para compulsar la copia y el Síndico me niega la prórroga. Apelo de la negativa y aquel funcionario me concede la apelación.

"Por consiguiente, si se me reconoce por la Corte el derecho a que se rehaga la notificación ilegalmente hecha o se me concede la prórroga, vendrá a la honorable Corte un recurso de hecho contra el auto que me negó la división de la cosa rematada en dos lotes y si, en virtud de ese recurso, se ordena la parcelación de la cosa embargada, estará decidida la suerte del remate consumado ilegalmente.

"Debo referirme, en consecuencia, al recurso de hecho en primer término, y para ello censuro el auto que me negó la prórroga de los cinco días para sacar la copia conducente a ese recurso, o sea el mismo auto que se negó a ordenar que el auto de 30 de julio se notificara legalmente. Apenas es concebible que se me haya negado una prórroga que se concede siempre por los Jueces, y más raro resulta teniendo en cuenta lo siguiente:

"El auto por el cual el señor Síndico ordena que se me den las copias para el recurso de hecho es de 30 de julio; el primero de agosto estuve en la Secretaría y me informaron que el asunto estaba al despacho. Así lo dice el Secretario en la certificación del folio 47 vuelto. Hasta ese momento debía yo tener la seguridad de que no se había dictado tal auto y que su notificación no podría ser jamás antes del cinco de agosto puesto que el dos era domingo; a lo sumo saldría el auto el lunes tres de agosto; había que dejar correr un día natural, o sea el martes cuatro, y el cinco se podría notificar.

"Las cosas habrían ocurrido así, y yo tendría el término de cinco días para sacar mis copias, contados desde el seis de agosto; descontados los días inhábiles yo podría contar con un término hasta el once de agosto. Nadie dudará de que así habrían ocurrido las cosas, porque la cuestión se limita a contar días. Pero fui sorprendido con la noticia de que el auto se había notificado desde el tres de agosto, es decir, sin haber salido a la Secretaría y por lo tanto sin haber dejado transcurrir el día natural; fui a verlo cuando según los cálculos legales debía estar corriendo el primer día de los tres de la ejecutoria; inmediatamente protesté contra la notificación ilegalmente hecha; se me reconoce por el Secretario razón en que fui sorprendido con ella porque el auto no había salido a la Secretaría; pido que se ordene hacer la notificación en forma legal, y, en subsidio, que se me prorrogue el término de la copia por ser ya angustioso. El Síndico lo niega y yo digo que es de elemental justicia que se me conceda porque los términos llegaron a ser angustiosos para mi parte no por culpa mía sino por la anomalía del señor Síndico de sacar a la Secretaría autos ya notificados.

"Sin embargo, la razón que se me da para negarme la prórroga es que yo he debido probar que el término era suficiente, como si la prueba no estuviera en el expediente mismo, en que aparece que se me arrebataron tres días de los cinco que tenía. No sólo ha debido concederme la prórroga sino que ha debido desagraviarse a mi parte ordenando hacer la notificación en legal forma para que no parara en daño de sus intereses y de su derecho el procedimiento arbitrario de no haber permitido que corriera el día natural.

"Creo, pues, que la honorable Corte verá la razón que me asiste al pedir la mencionada prórroga, y verá que no sólo tenía derecho de pedirla sino que ha debido ordenarse hacer nuevamente la notificación por los motivos que puse en el memorial en que glosé la notificación: se citó en el estado el cuaderno número 40 sin existir; no se citó el folio y se pretermitió todo lo que la ley manda en el artículo 310 del Código Judicial.

"El Síndico me dijo que era raro que yo atacara la notificación cuando al reclamar el auto estaba demostrando que estaba notificado. Sí, pero notificado el día en que lo atacaba, no antes, porque la farsa no la conocía yo, como lo certificó el Secretario.

"Os pido, pues, con respeto, que reviséis el auto por el cual se me denegó la prórroga y hacer la notificación, y ordenéis que se haga en forma legal la notificación del auto de treinta de julio. Es de elemental justicia, y así lo espero de vuestra ecuanimidad y sabiduría. Si en ello consentís, aplazada quedará la cuestión de la aprobación del remate para cuando sepamos si debe o nó parcelarse la finca que ha rematado ilegalmente el señor Síndico:

Para resolver, la Corte considera:

Hase visto, por lo que se deja relatado precedentemente, que son los siguientes los autos contra los cuales se interpuso apelación por la parte que representa el doctor Gacharná:

1º El auto de veintitrés de mayo de 1942, por el cual se señaló nueva fecha para el remate de la finca de la calle 11 y se le negaron al doctor Gacharná varias peticiones, entre éstas la de que dicha finca se parcelara o dividiera en dos bloques;

2º El de catorce de agosto, por el cual se le negó que se hiciera una nueva notificación del auto de treinta de julio (que el doctor Gacharná calificaba de ilegalmente notificado), y en el cual, además, no se accedió a prorrogar el término para la expedición de las copias para el recurso de hecho, y se declaró que la notificación del auto de treinta de julio fue legal, entre otros motivos porque los defectos anotados por el doctor Gacharná —en la notificación de tal auto— en concepto del Síndico ejecutor "no alcanzan a producir nulidad alguna" (folio 50).

3º El de fecha siete de septiembre de 1942, por medio del cual se aprobó el remate de la finca embargada, por haber cumplido el rematador Julio Ramírez Johns con lo de su cargo.

Va, pues, la Corte a entrar a examinar los autos apelados, ya que de ellos se concedieron las correspondientes apelaciones por más que la nota remisoria se refiera solamente al auto de siete de septiembre; y para ello corresponde observar lo siguiente:

a) Después de notificada a la señora Amalia Salazar, viuda de Ortega, y ejecutoriada como quedó la providencia de pregón y remate de la finca de la calle once, en la forma decretada en esa providencia, no cabía ninguna excepción ni ningún incidente de nulidad (Código Judicial, artículos 457 y 1025). Si tal providencia hubiera sido apelada por la señora de Ortega, este hecho no sólo habría determinado ante la Corte el estudio de la legalidad de tal providencia, sino la del mismo mandamiento ejecutivo, que no le había sido notificado a dicha señora.

Pasada esta ocasión —la de atacar oportunamente la sentencia de pregón y remate— sólo puede revisarse ésta por la vía ordinaria, según se desprende claramente de los artículos 457, 1029 y 1030 del mismo Código.

b) En lo que se relaciona con la petición de que el bien embargado se dividiera en dos lotes para el remate, tampoco podía despacharse de acuerdo con lo pedido, porque esta petición solamente la hizo la señora Salazar de Ortega.

De acuerdo con el artículo 1042 ibídem, esta solicitud debe ser hecha por "todas las partes", y aunque el juicio de sucesión no es, por sí mismo, de carácter contencioso, sí puede tomar este carácter cuando —como aquí es el caso— los herederos o causahabientes sostienen distintas u opuestas pretensiones.

A la página cuarta de su alegato dice lo siguiente el señor apoderado de la recurrente:

"Notificado el mandamiento ejecutivo a todos los herederos, como ha debido hacerse en vez de acudir al sistema farisaico de notificarle una sentencia definitiva que cerraba la puerta a la defensa, mi parte hubiera podido proponer excepciones; habría dicho que como no se ha notificado la última liquidación del impuesto la ejecución es prematura; habría sostenido que la solidaridad establecida por la Ley 63 no significa lo que el Síndico ha entendido al respecto; habría tenido el derecho de denunciar bienes y dar fiador de saneamiento para evitar que se sacrificara el inmueble más importante de la sucesión; habría protestado contra la injusticia de considerar la fábrica de madera del señor Salazar como un conjunto de tornos y cepilladora sin el carácter de empresa, y de muy valiosa empresa, que tenía: se habría podido pagar el impuesto que a cada cual correspondía, y, en fin, se habrían podido ejercitar todas las defensas que la ley confiere en casos como el que se está contemplando.

"Omitida la notificación del mandamiento ejecutivo, y restringida la acción de los herederos a lo que puede hacerse por un ejecutado que está bajo el peso de una sentencia de pregón y remate, la situación creada es en la que me encuentro, o sea la de atacar un remate sin aludir para nada a las injusticias de fondo que se están consumando, porque la obligación no la puedo ni la pude discutir. A mi cliente se le llamó al juicio cuando las puertas de la defensa estaban totalmente cerradas. Confío que la Corte encontrará justificable la censura que hago al incorrecto proceder de que ha sido víctima la parte que represento en el presente negocio."

Es consecuencia de lo expuesto en los puntos a) y b) que preceden y por el mismo distinguido abogado que representa a la recurrente, que después de ejecutoriado, como quedó, el auto de citación para sentencia de pregón y remate del bien embargado, no pueden prosperar, dentro del mismo juicio ejecutivo, los recursos y objeciones contra las providencias que posteriormente se dictaron por el funcionario ejecutor, entre ellas las de los autos de 23 de mayo de 1942, en que se señaló nuevo día para el remate, y la de siete de septiembre, en virtud de la cual fue aprobado este remate, pues estas providencias no eran más que la consecuencia de haber

quedado en firme o como ley del proceso la orden de subastar la finca embargada.

Las irregularidades alegadas por el señor apoderado de la recurrente no pueden ser ya materia de examen ante la Corte dentro del mismo juicio ejecutivo, porque —se repite— ya se había consentido por la recurrente el auto de citación para sentencia de pregón y remate. Fuera de que, como dicho queda también, la solicitud de parcelación de la finca materia del remate en dos lotes, no podía despacharse favorablemente porque sólo estaba suscrita por una de las partes en el juicio, lo que habría sido contrario a lo dispuesto en el artículo 1042 del Código Judicial, que dispone que una petición de esta clase debe ser hecha por todas las partes.

Todo lo anteriormente expuesto lleva a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, a confirmar, como confirma, los autos que han sido objeto de las apelaciones interpuestas.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Incompetencia de jurisdicción de la Corte para el conocimiento de asuntos estrictamente administrativos.

Teniendo, como tiene, el crédito cuya efectividad se persigue su base u origen en un acto administrativo —en una ordenanza departamental anulada— no corresponde a la justicia ordinaria, sino a la de lo contencioso-administrativo examinar lo relativo al restablecimiento del derecho lesionado o a la efectividad de las prestaciones de que sea titular el agraviado por el acto ilegal.

No consta que la ordenanza a que alude el proceso haya sido anulada y, de consiguiente, hay que considerarla en vigor; pero aunque así no fuera, tampoco la Sala tiene competencia para pronunciar una decisión con relación a ella, porque ni está dentro de sus atribuciones investigar y fallar acerca de su legalidad, ni las prestaciones que tanto de ella como de la sentencia del Consejo de Estado pudieron emanar en favor del Municipio ejecutante pueden ser materia de esa decisión ante la Corte, por tratarse de actos de carácter esencialmente administrativo, cuyo conocimiento está sometido a otra jurisdicción por expresa disposición de la ley. (Artículos 33, 85 y 68 del Código Contencioso Administrativo). Las decisiones que la Corte ha proferido en estas materias en los casos que cita el apoderado del Municipio ejecutante son anteriores a la vigencia de dicho Código, que reserva para la justicia de lo contencioso-administrativo el conocimiento y decisión de los actos que en él se expresan, uno de los cuales es el de que aquí se trata.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

El Municipio de Siachoque, por medio de apoderado, pidió que se requiriera al Departamento de Boyacá para que pagara inmediatamente al Municipio demandante la suma de seiscientos treinta pesos con noventa y dos centavos ($ 630.92) que dicho Municipio, según certificación del Contralor Departamental, había entregado al Departamento por concepto del 7% de sus rentas para dar cumplimiento a los artículos 6º, inciso primero, y 7º y parágrafo de la Ordenanza número 18 de 1937 de la Asamblea de Boyacá, disposiciones que obligaban a los Municipios a destinar el siete por ciento de su presupuesto para construcciones escolares, y se proveía lo conveniente para la efectividad de tal ordenamiento.

La petición del Municipio de Siachoque, que se funda, principalmente, en que el Consejo de Estado declaró nulas las precitadas disposiciones de la Ordenanza número 18 de 1937, en la aludida certificación del Contralor General, y en la Ordenanza número 38 de 1940 de la Asamblea de Boyacá, "por la cual se dictan algunas disposiciones sobre fondo de construcciones escolares", el Tribunal Superior de Tunja, en providencia de 28 de agosto de 1942, previo el correspondiente requerimiento a los señores Gobernador del Departamento y Fiscal del Tribunal, no accedió a librar contra el Departamento de Boyacá la solicitada orden de pago por la vía ejecutiva.

De tal providencia, que lleva fecha 29 de octubre de 1942, apeló para ante esta Superioridad el apoderado del Municipio de Siachoque, y tramitado aquí el recurso en la forma de rigor, se procede a decidirlo, mediante las siguientes consideraciones:

Cuestión de competencia.

Tanto el Tribunal *a quo*, en la providencia del 29 de octubre de 1942, que es materia de la presente alzada, como el señor Procurador Delegado en lo Civil en su vista de 9 de febrero de 1943, se limitan a establecer como razones para el rechazo de la acción ejecutiva promovida ante la justicia ordinaria, que de los documentos exhibidos como títulos fundamentales de esta clase de acción contra el Departamento de Boyacá (la sentencia del Consejo de Estado sobre nulidad de los artículos 6º, inciso primero, y 7º de la Ordenanza número 38 de 1940 y el certificado de la Contraloría Departamental) no se configura una obligación clara, nítida y actualmente exigible de pagar una suma de dinero ni constituyen plena prueba contra dicho Departamento.

En cambio, la Corte considera y resolverá el presente asunto, contemplándolo por el siguiente aspecto:

Consta que la demanda que sirve de base al presente juicio ejecutivo fue presentada el veintidós de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, o sea cuando ya estaba en vigencia el actual Código de lo Contencioso Administrativo, cuyos artículos 83 y 85 dicen así, respectivamente:

"Artículo 83. La acción de nulidad de un acto administrativo puede ejercitarse en cualquier tiempo, a partir de su expedición o después de su publicación, si necesita de este requisito para entrar a regir."

"Artículo 85. Si la acción intentada es la de nulidad de un acto administrativo, se individualizará éste con toda precisión; y si se demanda el restablecimiento de un derecho, deberán indicarse las prestaciones que se pretenden, ya se trate de indemnizaciones o de modificación o reforma del acto demandado o del hecho u operación administrativa que causa la demanda."

Teniendo, como tiene, el crédito cuya efectividad se persigue, su base u origen en un acto administrativo —en una ordenanza departamental anulada— no corresponde a la justicia ordinaria, sino a la de lo contencioso-administrativo, examinar lo relativo al restablecimiento del derecho lesionado o a la efectividad de las prestaciones de que sea titular el agraviado por el acto ilegal.

En el presente caso, esto es tanto más así cuanto consta también que después de la sentencia del Consejo de Estado sobre anulación de las disposiciones acusadas de la Ordenanza 18 de 1937 de Boyacá, la Asamblea de este Departamento expidió la Ordenanza número 38 de 1940, en cuyos artículos 1º, 2º, 3º y 4º se dijo lo siguiente:

"Artículo 1º El Tesorero del Departamento devolverá a los Municipios cuyas construcciones escolares aún no haya iniciado por virtud de la Ordenanza 18 de 1937, las cantidades que hayan consignado al Departamento por concepto del 7% a que se refieren los artículos 6º y 7º de dicho estatuto. La devolución se hará por los respectivos Recaudadores de Rentas Departamentales, quienes entregarán a los Tesoreros, de las entradas de cada mes, una doceava parte del total de la deuda hasta cancelarla completamente. Esta devolución empezará a hacerse desde el mes de julio del presente año en adelante, y el Gobierno, si la Asamblea no ha hecho la apropiación correspondiente, abrirá los créditos necesarios en el presupuesto de gastos.

"Artículo 2º Los Recaudadores de Rentas Departamentales se abstendrán de seguir exigiendo a los Municipios la consignación de 7% para construcciones escolares y deberán devolverles íntegramente las participaciones que les hayan retenido con motivo del cumplimiento de las disposiciones que establecían dichos porcentajes.

"Artículo 3º Los Municipios a los cuales se les haya construido o se les estén construyendo edificios de fondo creado por la Ordenanza 18 de 1937, seguirán aportando el 7% del total de sus rentas con destino a la amortización de valor comercial de dichas construcciones, deducción hecha de las sumas que correspondan a los auxilios nacionales y departamentales para las mismas.

"Parágrafo. El valor comercial de que trata este artículo será fijado por dos peritos nombrados, uno por el Gobierno Departamental y el otro por el Municipio; en caso de discordia decidirá un tercer perito nombrado por los dos anteriores.

"Artículo 4º Para el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1º, el Administrador General de Rentas Departamentales pasará a los Recaudadores de los respectivos Municipios, antes del mes de julio del presente año, una información del total de las cantidades que deben devolverse a cada uno de ellos, con indicación sobre la forma como deben ir pagándolas por doceavas partes, de las rentas que ellos recauden."

No consta que esta Ordenanza haya sido anulada, y, de consiguiente, hay que considerarla en vigor; pero aunque así no fuera, tampoco la Sala tiene competencia para pronunciarse con relación a ella, porque ni está dentro de sus atribuciones investigar y fallar acerca de su legalidad, ni las prestaciones que tanto de ella como de la sentencia del Consejo de Estado pudieron emanar en favor del Municipio ejecutante pueden ser materia de esa decisión ante la Corte, por tratarse de actos de carácter esencialmente administrativo, cuyo conocimiento está sometido a otra jurisdicción por expresa disposición de la ley. Véase, además de los artículos 83 y 85 del Código de lo Contencioso Administrativo, ya citados, el 68 del mismo.

Las decisiones que la Corte ha proferido en estas materias en los casos que cita el apoderado del Municipio ejecutante son anteriores a la vigencia de dicho Código, que reserva para la justicia de lo contencioso-administrativo el conocimiento y decisión de los actos que en él se expresan, uno de los cuales es el de que aquí se trata.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, *decide* que ni ella ni el Tribunal Superior de Tunja son competentes para conocer de la ejecución de que se trata.

Notifíquese, cópiese, publíquese 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 por jurisdicción coactiva.

Ya ha dicho la Corte, y reitera ahora esa doctrina, que "en los juicios 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.**

Existe una diferencia sustancial entre los juicios ejecutivos que adelanta la Nación por impuestos y los que sigue la misma entidad despues del previo juicio de cuentas contra los funcionarios de manejo. En el primero no existe la controversia administrativa que se menciona en el resumen de la doctrina arriba transcrita. Estarían en extremo limitados los medios de defensa de que gozan los contribuyentes, si cuando se les ejecuta no pudieran aducir como hechos exceptivos todos aquellos que contribuyen a demostrar los vicios o deficiencias de la formación del título que ha originado el juicio. En las controversias sobre cuentas existe un proceso administrativo anterior a la ejecución, que debe adelantarse ante las autoridades de control, y luégo los recursos que ante los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado establece el nuevo Código de la materia. En los juicios por impuestos el solo reconocimiento de los Recaudadores de Hacienda Nacional forma el título que presta mérito para la ejecución, y los mismos funcionarios recaudadores están investidos de jurisdicción coactiva para llevar adelante la acción correspondiente. No existe, pues, en estos últimos el largo proceso que antecede a la formación del título para los juicios de cuentas, y sería injusto aplicarles en las excepciones el mismo criterio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veintinueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Anibal Cardoso Gaitán).

La Recaudación de Hacienda Nacional de Gigante, con fundamento en la copia auténtica del reconocimiento número 13 de fecha 5 de septiembre de 1941, libró orden de pago por la vía ejecutiva contra el señor Manuel Antonio Trujillo y a favor de la Nación, por la suma de novecientos ochenta y ocho pesos con setenta y dos centavos ($ 988.72), valor del impuesto sobre la renta y patrimonio correspondiente al año de 1940 y del recargo del ciento por ciento (100%) por no haber denunciado oportunamente. Dentro del término legal el ejecutado propuso excepciones que han subido al conocimiento de esta Sala de la Corte, incidente que se tramitó totalmente, por lo cual ha llegado el momento de decidirlo.

* * *

Según el acta de aforo, que en copia auténtica obra en el expediente, la suma por la cual se adelanta la ejecución se descompone así:

"Le pagó el Ministerio de Guerra por transportes (Información número 33)	$	12.150.51
"Vendió 65 reses, por		2.525.00
"Renta gravable	$	14.675.51
"Impuesto ... ... $ 487.96		
"Patrimonio: Bienes raíces ...	$	13.400.00
"Semovientes estimados		3.000.00
"Patrimonio gravable	$	16.400.00
"Impuesto ... ... $ 6.40		
"Resumen: Impuesto sobre la renta	$	487.96
"Impuesto sobre el patrimonio...		6.40
"Recargo del 100% por no haber denunciado		494.36
"Total del impuesto	$	988 72"

* * *

Consideraciones de la Sala:

Impuesto sobre la renta:

Para hacer la liquidación que acaba de transcribirse, la Administración de Hacienda se basó en informaciones obtenidas por ella en vista de que el contribuyente no hizo el denuncio respectivo. De esas informaciones aparece que el ejecutado recibió del Ministerio de Guerra la suma de $ 12.225.51, y del señor Aníbal Gutiérrez la de $ 2.525.00 por venta de unas reses.

El excepcionante ataca la primera de las partidas del reconocimiento con fundamento en que el contrato de transportes que tenía celebrado con el Ministerio de Guerra lo había cedido a la Empresa de Transportes del Huila y Caquetá, Limitada, sociedad que fue la que en realidad recibió la suma que se hace figurar en el reconocimiento, y pagó los impuestos correspondientes a esa entrada.

Para demostrar esta afirmación resume los siguientes hechos, que se resumen así:

1º Un certificado del señor Auditor de Impuestos Nacionales de Neiva, en el cual consta que "examinados los libros de la citada Compañía se encontró que dentro de esa suma (la denunciada como renta bruta) está incluida la partida de $ 20.868.57, y no de $ 12.150.61, como renta recibida del Ministerio de Guerra, y que la Compañía aludida pagó el impuesto correspondiente hallándose a paz y salvo".

2º Declaración del señor Lino Arturo Gutiérrez, en su calidad de Gerente de la citada empresa, quien afirma que sí existió la cesión del contrato y que la empresa recibió de aquél (el ejecutado) las cuentas debidamente legalizadas, obteniendo la empresa todas las sumas del contrato cedido, del mencionado Ministerio.

3º Declaración del señor Antonio Vega Lara sobre el hecho de haberse celebrado el contrato de cesión entre el ejecutado y la empresa, hecho que afirma el declarante por haber sido testigo de tal contrato. Afirma además este declarante que el contrato era por un poco más de $ 20.000.00, pero que el Ministerio solamente pagó a la Compañía una suma algo mayor de $ 12.000.00, quedando a deber aproximadamente $ 8.000.00.

La otra partida correspondiente al impuesto sobre la renta es atacada afirmando que con ella se atendió al pago de unas obligaciones que Trujillo tenía pendientes con el señor Javier Sánchez y con la Caja de Crédito Agrario e Industrial de Garzón.

Para demostrar estas afirmaciones presentó debidamente cancelado un documento a favor de Sánchez por la suma de $ 1.000.00, y una certificación del señor Gerente de la Caja Agraria de Garzón, en la que consta que Trujillo "pagó a la Agencia.... de Garzón, por concepto de intereses y derechos de avalúo de obligaciones a su cargo, en 1940, la suma de ciento treinta y dos pesos noventa y siete centavos ($ 132.97), y por concepto de capital de las mismas obligaciones en el año de 1940, la suma de dos mil doscientos sesenta y cinco pesos ($ 2.265.00). El documento a favor de Sánchez está debidamente cancelado.

Para la Sala está demostrada la cesión que el ejecutado hizo a la Empresa de Transportes del Huila y Caquetá del contrato que tenía celebrado con el Ministerio de Guerra, mediante las declaraciones del Gerente de la mencionada Compañía y del testigo Vega Lara. Igualmente están acreditados los hechos aducidos para demostrar que durante el año de 1940 canceló al señor Javier Sánchez una obligación por valor de $ 1.000.00, y a la Caja Agraria de Garzón la de $ 2.265.00. Estas circunstancias indican que para el año de 1940 no poseía renta gravable, o al menos que no se le podía hacer una liquidación de ella con base en las partidas que contempla el acta de aforo.

La declaración por el Gerente de la Empresa del Huila y Caquetá, Limitada, de que esta Compañía recibió todas las sumas del contrato que había celebrado Trujillo con el Ministerio de Guerra y la certificación de la Administración de Hacienda Nacional del Huila, en la que consta "que la aludida Compañía pagó el impuesto correspondiente hallándose a paz y salvo", son circunstancias que no sólo indican claramente que el ejecutado no recibió la suma de que se trata, y por tanto no debe pagar el impuesto correspondiente a ella, sino que éste ingresó ya al Tesoro Nacional.

Impuesto sobre el capital.

Como se vio arriba, figuran en el acta de aforo dos partidas correspondientes al impuesto sobre el capital; la primera por la suma de $ 13.400.00, por bienes raíces, y la segunda por $ 3.000.00, correspondiente a semovientes estimados.

La defensa del ejecutado consiste en alegar que no posee bienes raíces por el valor dicho, y en afirmar que no es dueño de semovientes.

Para demostrar la primera aseveración aduce un certificado del señor Tesorero Municipal de Gigante, en el que consta que Trujillo figuraba

en los cuadros del impuesto predial del año de 1940 con bienes raíces por un total de $ 10.000.00. También trae con el mismo objeto un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de esa ciudad, en el que consta que "hasta el día 31 de diciembre de 1940 el señor Manuel Antonio Trujillo era poseedor inscrito de bienes raíces, por valor de mil ciento ocho pesos"

Según reciente doctrina de la Corte (ejecutivo de la Nación contra José María Citeli) —27 de agosto de 1943—, para decidir cuestiones como la aquí planteada es necesario tener en cuenta la técnica probatoria admitida por nuestra legislación en el artículo 595 del Código de Procedimiento Civil cuando se trata de una proposición negativa indefinida que no puede ser demostrada por medio de pruebas.

En el fallo mencionado dijo la Sala:

"En los casos de una controversia sobre la liquidación de los impuestos sí le corresponde al Estado demostrarles a los particulares las bases que sirven para hacer dicha liquidación, pues de lo contrario,.... se verían aquéllos en circunstancias difíciles para defenderse. A lo que no está obligado el Estado es a probar los títulos de propiedad como tampoco a demostrar su saneamiento."

Corresponde pues al Estado comprobar que Trujillo tiene un capital gravable y que ese capital consiste en fincas raíces y semovientes. Mientras el ejecutado niegue que posee un capital superior a diez mil pesos ($ 10.000.00) —sin que se le pruebe lo contrario— no podrá prosperar la ejecución por impuesto sobre el capital.

De los autos no se desprende nada que pueda conducir a probar lo que acaba de anotarse. El acta de aforo, como ya se dijo, se basó en informaciones obtenidas por el señor Recaudador de Hacienda, pero no se sabe cuáles fueron esas informaciones ni qué fundamento tienen. Los demás elementos de juicio tienden a demostrar precisamente lo contrario: que el ejecutado no posee un capital que pueda ser gravado: estos elementos son el certificado del Tesorero Municipal de Gigante, en el que consta que los bienes raíces de Trujillo sólo alcanzan a $ 10.000.00; y el del Registrador de la misma ciudad, del que aparece que Trujillo es solamente poseedor de bienes por un valor de $ 2.108.00. Cualquiera de las dos partidas que se acepte excluye al contribuyente de este impuesto, al tenor de lo establecido en el artículo 25 de la Ley 78 de 1935.

El concepto del señor Procurador.

El señor Procurador Delegado en lo Civil expresa que alegaciones como las que acaban de analizarse quizá podrían dar base para un juicio ordinario, pero que no puede aceptarse que "en casos como el de autos el trámite de excepciones dentro del juicio ejecutivo pueda reemplazar al debate que ha debido plantearse ante la autoridad administrativa correspondiente". Para sustentar este punto de vista cita algunas doctrinas de esta Sala, aplicadas en los juicios de cuentas.

Se considera:

La doctrina de la Corte no tiene el alcance que le da el señor Procurador. Así está resumido el pensamiento de la Sala en la providencia que puso fin al juicio que adelantaba el Departamento de Cundinamarca contra el señor Luis Mallarino Child, fallado el 18 de junio pasado:

"Esta Sala de la Corte claramente ha reiterado su doctrina y jurisprudencia de que en los juicios 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, 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."

Existe una diferencia sustancial entre los juicios ejecutivos que adelanta la Nación por impuestos, y los que sigue la misma entidad después del previo juicio de cuentas contra los funcionarios de manejo. En el primero no existe la controversia administrativa que se menciona en el resumen de la doctrina arriba transcrita. Estarían en extremo limitados los medios de defensa de que gozan los contribuyentes si cuando se les ejecuta no pueden aducir como hechos excéptivos todos aquellos que contribuyan a demostrar los vicios o deficiencias de la formación del título que ha originado el juicio. En las controversias sobre cuentas existe un proceso administrativo anterior a la ejecución, que debe adelantarse ante las autoridades de control, y luégo los recursos que ante los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado establece el nuevo Código de la materia. En los juicios ejecutivos por impuestos el solo reconocimiento de los Recaudadores de Hacienda Nacional forma el título que presta mérito para la ejecución, y los mismos funcionarios recaudado-

res están investidos de jurisdicción coactiva para llevar adelante la acción correspondiente. No existe pues, en estos últimos el largo proceso que antecede a la formación del título para los juicios de cuentas, y sería injusto aplicarles en las excepciones el mismo criterio.

* * *

Lo anterior pone de presente que han de declararse fundadas las excepciones propuestas por Manuel Antonio Trujillo y suspenderse la ejecución.

* * *

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *declara* probadas las excepciones propuestas por el ejecutado.

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

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Se confirma el auto recurrido.

Es contrario a la técnica procesal atacar una providencia valiéndose de pruebas presentadas después de la fecha de su pronunciamiento y de la notificación a cualquiera de los litigantes y que, por otra parte, no se han traído a los autos del modo y en el momento y lugar preestablecidos en el Código de Procedimiento Civil.

No debe confundirse la fecha del pronunciamiento de una decisión judicial con la de su notificación. Ella se dicta basada en los factores o elementos que obran ante el Juez en el momento en que la profiere. Lo contrario induciría a darle cabida a una retroactividad determinante de inseguridad en la secuela de los juicios y de muy posibles perjuicios para las partes.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre cinco de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

En apelación interpuesta por la Richmond Petroleum Company of Colombia contra el auto de 10 de abril de 1942, del Tribunal Superior de Bogotá, ha llegado a la Corte el presente negocio, que lo constituye una demanda ordinaria presentada contra dicha Compañía por el doctor Antonio José Pantoja como apoderado de la señora Victoria Peralta Mantilla viuda de Ibáñez para que se declare que a la sucesión ilíquida de Pedro Peralta Mantilla le corresponde el dominio en el suelo y subsuelo del globo de tierra mencionado en dicha demanda.

Tramitado aquí el asunto, previa la decisión de la Sala Dual en el sentido de que es inadmisible el impedimento que el suscrito Magistrado ponente manifestó para conocer del presente negocio, tanto por amistad íntima con el doctor Antonio José Pantoja como por haber sido en años pasados abogado consultor de la Compañía demandada, se pasa a resolver lo pertinente, después de oído el señor Procurador Delegado en lo civil, quien se expresó así:

"Para este Despacho son absolutamente legales las razones que el Tribunal *a quo* expuso en la providencia que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el auto de la referencia, y que figura al folio 52 del cuaderno principal. Por tanto no se entra a hacer alegaciones alrededor de la cuestión debatida, dejando en todo caso al recto e ilustrado criterio de los señores Magistrados la decisión definitiva del punto discutido."

El auto apelado se refiere: a la admisión de la demanda, a la orden de traslado de ésta a la Compañía demandada, al reconocimiento del doctor Pantoja como apoderado de la actora y a la inscripción de la demanda a tenor de los artículos 740 del Código Judicial y 42 de la Ley 57 de 1887.

El problema que se presenta ante la Corte tiene, pues, estos aspectos:

1º El de la admisión de la demanda. En esta parte, el auto de fecha 10 de abril de 1942, que admitió la demanda, es de simple sustanciación, y, por tanto, no es apelable.

2º También es de simple sustanciación ese auto, en cuanto ordena correr el traslado de tal demanda, y, por consiguiente, tampoco es apelable dicho auto en esta parte, y

3º En cuanto el mismo auto reconoce al doctor Antonio J. Pantoja el carácter de apoderado que le confirió la señora Peralta Mantilla de Ibáñez.

Por este último aspecto la providencia de que se trata sí envuelve una cuestión esencial o de fondo que debe revisarse por la Corte.

El señor apoderado de la Compañía demandada, doctor Pedro M. Carreño, manifiesta lo siguiente en su escrito presentado ante esta Superioridad con fecha tres de abril del presente año:

"El Tribunal Superior, en auto de 9 de julio de 1942, no accedió a revocar el antedicho de 10 de abril, pero concedió la apelación interpuesta *'contra las decisiones contenidas en los apartes de ese proveído de que se habló en la parte motiva'*.

"Las decisiones a que se refiere el Tribunal en esa parte son: a) el reconocimiento de la personería del doctor Pantoja; y b) la orden de inscripción de la demanda.

"Sin perjuicio de hacer al fin ciertas observaciones tocantes a la admisión de la demanda y al traslado de la misma a los demandados, me refiero ahora a los dos puntos a) y b):

"a) El Tribunal declara en este punto: *'Al tenor de lo prescrito en el artículo 264 del Código Judicial, es incuestionable que el mandato conferido al doctor Pantoja terminó con la muerte de la poderdante señora Peralta viuda de Ibáñez, toda vez que cuando acaeció este hecho no había sido notificada aún la parte demandada.'*

"Con esta sola razón el Tribunal ha debido revocar, al menos en los puntos indicados, el auto recurrido, con lo cual la parte resolutoria habría quedado de acuerdo con la parte motiva de la decisión.

"Como se limitó a conceder la apelación, la fundo en las siguientes razones:

"La poderdante señora Peralta de Ibáñez murió antes de haberse notificado la demanda, según se dijo y está probado en autos.

"Se trata, pues, de un hecho, no *posterior* sino *anterior* al auto materia de este recurso. En tales condiciones no pudo trabarse litis alguna entre la difunta y la Richmond Petroleum Company of Colombia, ni a nombre de aquélla pudo actuar legalmente como apoderado el doctor Antonio J. Pantoja, porque el mandato de éste había terminado con anterioridad a la notificación de la demanda. Los artículos 2189, numeral 5º, del Código Civil, y 264 del Código Judicial, son inequívocos a este respecto.

"b) En consecuencia no podría inscribirse una demanda propuesta por un apoderado cuyo mandato había expirado antes de la notificación de tal demanda, y dado el fallecimiento, anterior a esa notificación, del actor poderdante.

"¿Cómo se justificaría el que, cuando el mandante está muerto, y el mandatario anterior ya no puede actuar válidamente como tál, éste pudiera poner fuera del comercio los bienes de un tercero a quien se pensó demandar y a quien nunca en vida del pretendido actor se le notificó personalmente la demanda?

"Registrada ésta, ¿contra quién procedería a defenderse el demandado, si no hay actor, ni apoderado que lo represente?

"Y esa situación anómala, que de seguro no ha querido crear el legislador, se prolongaría con grave perjuicio del demandado, con la circunstancia agravante de que no habría vínculo procedente de una *litis contestatio* que sería imposible entre un vivo y un muerto.

"En lo concerniente a la admisión de la demanda y al traslado de la misma a los demandados, me permito hacer ciertos reparos que quizás no estén fuera de lugar.

"El 448, numeral 2º, del Código Judicial, dice: 'Son causas de nulidad en todos los juicios:.... 2º La ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante.'

"En la hipótesis de que en este caso hubiera juicio (en mi opinión no lo hay por imposibilidad física), la personería de la señora Peralta de Ibáñez no existía cuando se notificó la demanda, y por eso mismo no existía la personería del doctor Pantoja. En tal virtud la actuación que se persiguiera, bien con el nombre de la finada, bien con el del doctor Pantoja, violaría claras disposiciones legales y daría lugar a un juicio imaginario, sin actor viviente y en perjuicio real del demandado.

"Creo que en tal caso la nulidad es patente.

"Se observará sin embargo, que para alegar la ilegitimidad de la personería, o la nulidad de lo actuado, están las excepciones dilatorias o la articulación correspondiente; pero por otro lado es evidente que el hecho de la muerte de la expresada señora, anterior a la notificación de la demanda, está probado plenamente. Ante eso, no se ve la razón legal ni la necesidad de la justicia, de adelantar un proceso viciado desde su origen.

"En vista de las consideraciones expuestas os pido atentamente que revoquéis el auto apelado. Subsidiariamente solicito la revocación en cuanto a los puntos a) y b) arriba tratados, o sea en lo concerniente a la personería del doctor Pantoja y de la inscripción de la demanda."

Se considera para resolver:

a) Consta en autos que la misma actora presentó personalmente el ocho de abril de 1942 el poder que le había conferido al doctor Antonio J. Pantoja;

b) Que viva aún la señora Peralta Mantilla de Ibáñez, el doctor Pantoja elaboró la demanda; la presentó ante el Tribunal el mismo día ocho

de abril de 1942 y que fue repartida el día nueve;

c) Que viva todavía dicha señora, esa demanda fue admitida por auto del diez de abril de 1942; reconocido al doctor Pantoja el carácter de apoderado de aquélla y notificado de tal auto el doctor Pantoja.

¿Por qué han de ser ineficaces tales actos?

Se arguye que por la circunstancia de haber sido notificada la providencia de que se trata el 26 de junio de 1942, cuando ya había fallecido la señora Peralta Mantilla de Ibáñez; y para ver de alcanzar la reposición del auto del diez de abril de 1942, la Compañía demandada presentó, junto con el escrito de 30 de junio de 1942, en que pedía su reposición y la apelación en subsidio, una certificación notarial, en la que se lee que la demandante había fallecido el 29 de mayo de 1942, o sea antes del 26 de junio de ese año, día de la notificación de tal auto a dicha Compañía.

Pero la Corte observa que es contrario a la técnica procesal atacar una providencia valiéndose de pruebas presentadas con posterioridad a la fecha de su pronunciamiento y a la notificación a cualquiera de los litigantes, y que, por otra parte, no se han traído a los autos del modo y en el momento y lugar preestablecidos en el Código de Procedimiento Civil.

No debe confundirse la fecha del pronunciamiento de una decisión judicial con la de su notificación. Ella se dicta con base en los factores o elementos que obran ante el Juez en el momento en que la profiere. Lo contrario induciría a darle cabida a una retroactividad determinante de inseguridad en la secuela de los juicios y de muy posibles perjuicios para las partes.

En el caso de autos, cuando se dictó la providencia que se censura no existía ninguna razón legal que pudiera paralizar la actividad del Tribunal por el motivo expuesto posteriormente —la alegada defunción de la señora demandante— y, por tanto, el Tribunal procedió correctamente al pronunciarlo.

En la presente alzada hay que concretarse al examen del auto apelado considerándolo, exclusivamente, frente a los factores que existían y que sirvieron de base en el momento en que se dictó, y como tales fundamentos estaban debidamente respaldados en el expediente cuando tal auto se dictó, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, lo *confirma* en las partes en que lo ha considerado apelable, según lo que se deja expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

Notifíquese, cópiese, publíquese en el próximo número de la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Objeciones a un dictamen pericial.

El hecho de que los peritos hayan dicho que no pueden afirmar a quién pertenece el lote de terreno objeto de una pregunta a ellos propuesta, no significa que hubiesen incurrido en error; la deducción sobre pertenencia de la propiedad solamente resultará del juicio que haga el fallador al momento de apreciar los distintos elementos de prueba agregados al expediente, entre ellos la propia declaración de los expertos, en cuanto eluden contestar categóricamente a la pregunta en mención.

Si el croquis hecho por los peritos no tiene en concepto del reclamante un diseño triangular de la figura que encierra el lote examinado, y en la escritura respectiva se dijo que sí lo tenía, ello tampoco implica que el dictamen esté errado, porque los peritos no estaban obligados a sujetar su parecer a lo afirmado en una escritura de compraventa.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre siete de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

En el juicio ordinario de Pacífico Pérez contra Raimundo Moreno, en que se hizo denuncia del pleito al Departamento de Antioquia, se practicó por el Juez Segundo del Circuito Civil de Medellín, como comisionado de esta Sala de la Corte, una diligencia de inspección ocular y pericial, el día 1º de septiembre de 1942, y los peritos que en ella tomaron parte rindieron posteriormente su dictamen. En el término de tres días que para ponerlo en conocimiento de las partes se señaló, se hizo valer un memorial de objeciones formulado por el señor Raimundo Moreno V., al cual se le dio el trámite de una articulación que está para decidirse por medio de la presente diligencia.

Las objeciones comprenden dos partes: la una en que se señalan irregularidades en que se dice se incurrió al practicar la diligencia, y la otra que se refiere al contenido del experticio.

* * *

Respecto a lo primero dice el memorial lo que sigue:

"Esa diligencia se practicó por el señor Juez Segundo en lo Civil de este Circuito. Concurrieron al acto como peritos el señor César Maya, nombrado por quien solicitó la práctica de esa prueba; Jaime Tobón Obregón, nombrado por el Juez indicado; y, además, varios testigos buscados *ad hoc* por el mismo señor Pérez. De esta suerte ni el Departamento de Antioquia, ni su representante legal, ni el suscrito tuvimos en ese acto participación ni representación alguna. El señor César Maya, perito del señor Pérez, estaba incapacitado para prestar ese servicio: es propietario de una finca propia o de sus hijos que limita, por uno de sus costados, con la quebrada 'Miserengo'. La fijación del nacimiento de este arroyo —de lo que más adelante trataré— y la dirección que se le fijó, vienen directamente en favor de los intereses del perito, porque si se aceptan esos detalles, ese inmueble se duplicará en extensión y cabida. El perito nombrado por el Juzgado que desempeñó la comisión es un joven que acaba de salir del colegio, inexperto en el ramo. No conoce más fincas que el solar de su propia casa."

Se hace a la diligencia de inspección ocular un reparo que carece por completo de fundamento: el de que el Departamento de Antioquia y su representante no tuvieron representación ni participación en ella, como tampoco el demandado. Un examen somero de los autos convence de que la verdad es muy otra.

Solicitada y decretada la inspección ocular, para cuya práctica se comisionó al funcionario mencionado, el señor Procurador Delegado en lo Civil (folio 5, cuaderno 5) solicitó a la Corte que designara ella el perito por parte del Departamento o que facultara al Juez comisionado para que hiciera esa designación. Este, por auto de 25 de agosto de 1942, dijo: "y como el Juzgado está facultado para designar el perito por parte del Departamento de Antioquia, se designa al doctor Jaime Tobón Obregón". Además el mismo auto del Juzgado dispuso: "Para dar principio a la diligencia de inspección ocular se señala la hora de las 10 a. m. del día primero de septiembre venidero." (Folio 12, cua-

derno 5). De suerte pues que el Departamento de Antioquia sí tuvo intervención, por su representante legal, el señor Procurador Delegado en lo Civil, en la designación del perito; y si el reclamante no estuvo presente en la diligencia, tal omisión no se debe a informalidad alguna del juicio, porque habían sido debidamente notificadas las providencias de la Corte sobre pruebas y comisión al Juzgado de Medellín y porque el auto de este último también lo fue de igual modo, como así consta al pie de esa decisión, por lo cual el demandado pudo tener conocimiento oportuno de la diligencia que iba a practicarse y estar presente en ella.

En cuanto a la tacha que se formula contra el perito señor Maya, por falta de imparcialidad, debió también hacerla el reclamante dentro del término legal, señalado por el artículo 709 del Código Judicial, o sea dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto de nombramiento, lo que no hizo el peticionario, por lo cual el Juez procedió legalmente a la práctica de la inspección ocular el día en que ella se llevó a efecto. El auto que señaló fecha para realizarla fue del 25 de agosto, como ya se expresó, y se notificó por estado el día 27; la solicitud sobre tacha que ahora se considera se propuso el día 15 de septiembre siguiente.

Lo propio puede decirse respecto a la tacha que asimismo formula el reclamante a los testigos actuarios en la diligencia, que dice fueron buscados *ad hoc* por el señor Pérez en cooperación con el señor Maya. La tacha como se propuso fue extemporánea.

* * *

Las objeciones al dictamen pericial en sí mismo, en su contenido, las expresa así su autor:

"Sin embargo, en el cuerpo del dictamen de los peritos mencionados, éstos afirman que no es posible decir o resolver a quién pertenece el lote de terreno que les mostraron, y de allí, seguramente, el croquis desacertado que agregaron a su exposición. La propiedad que el Departamento de Antioquia transmitió por venta al señor Pérez es de figura *triangular*, y la figura que resulta del croquis mentado acredita todo lo contrario: la hipotenusa del triángulo aparece en el croquis un buche o bolsa exageradamente crecido hasta salir de los límites de la fracción San Sebastián a que pertenece ese inmueble; no es una línea rectangular, como puede observarse estudiándolo de frente; es una porción de terreno, repito, de gran extensión, que los mismos peritos no supieron expresar a quién pertenece, como lo tengo dicho arriba. Por consiguiente, no puede decirse que haya sido identificada la finca que el Departamento de Antioquia le transmitió al demandante. El punto señalado en la diligencia que tacho de absurda y de completamente ilegal como nacimiento de la quebrada 'Miserengo' es distinto al que mostró el mismo señor Pérez al Magistrado del Tribunal Superior a quien correspondió la sustanciación del juicio. Como en esos terrenos y sus contornos, por ser tan inclinados, la tierra es deleznable, se forman aquí, allá y acullá distintos deslizamientos, y los peritos optaron por determinar el que más convenía a los intereses del señor Maya, uno de esos deslizamientos como 'El Volcán', de que hablan las escrituras como fuente inicial del arroyo o quebrada 'Miserengo'. Por los motivos expresados, objeto el dictamen pericial a que vengo refiriéndome por desacertado, por oscuro, por deficiente e irregularmente practicado (sic), al tenor del artículo 719 del Código Judicial."

Ya en la tramitación del incidente la Sala resolvió que él se abriera, no obstante los términos en que lo pidió el peticionario y que acaban de transcribirse, entendiendo, con criterio de amplitud que lo que aquél presentó no fue una solicitud de aclaración de los puntos oscuros del dictamen, a lo cual se refiere el artículo 719 por él citado, sino una objeción de las contempladas en el artículo 720, por error grave del peritazgo.

* * *

Examinado ahora el memorial de objeciones, que en lo principal se ha transcrito, resulta que la objeción carece de fundamento, porque los reparos formulados —si no estuviesen probados—, no alcanzarían a constituir lo que se llama en derecho probatorio error grave. En efecto, que los peritos digan que no pueden afirmar a quién pertenece el lote de terreno objeto de una pregunta a ellos propuesta, no significa que los peritos hubiesen incurrido en error; la deducción sobre pertenencia de la propiedad solamente resultará del juicio que haga el fallador al momento de apreciar los distintos elementos de prueba agregados al expediente, entre ellos la propia declaración de los expertos, en cuanto eluden contestar categóricamente a la pregunta en mención. Si el croquis hecho por los peritos no tiene en concepto del reclamante un diseño triangular de la figura que encierra el lote examinado, y en la escritura de venta del Departamento al señor Pérez se dijo que lo tenía, ello tampoco implica que el dictamen esté errado, porque los peritos no estaban obligados a sujetar su parecer a lo afirmado en una escritura de compraventa. Y por estas mismas consideraciones aparece visible la sinrazón del reclamante al afirmar que por las llamadas deficiencias los peritos no identificaron la finca que el Departamento de Antioquia le vendió al

demandante; los peritos recorrieron el predio, examinaron cuidadosamente los puntos de referencia y sentaron sus conclusiones, todo lo cual forma la identificación que se echa de menos. Que el punto señalado en la diligencia como nacimiento de la quebrada "Miserengo" es distinto al que mostró el señor Pérez al señor Magistrado del Tribunal, tampoco implica error o desacierto en su localización por los peritos. La discrepancia podrá ser objeto de comentarios en el momento que los autos se den a las partes para alegar de conclusión; y lo mismo ocurre con los demás reparos ya vistos. Todos ellos pueden merecer la crítica del reclamante, y las razones en que la apoye podrán tener su debida consideración en el momento de fallar.

La Sala no compromete su concepto sobre la fundamentación del dictamen en ninguno de los puntos que comprende, pues su juicio en el particular se lo reserva para la sentencia. Lo que sí afirma, y le ha de servir para la decisión del incidente, es que, por los motivos expuestos, el peritazgo no adoleció de error grave.

* * *

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia *niega* las declaraciones pedidas en el memorial de reparos y objeciones a la diligencia de inspección ocular practicada por el Juez Segundo del Circuito Civil de Medellín el 1º de septiembre de 1942 y que dieron origen al incidente.

Notifíquese, e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Aníbal Cardoso Gaitán.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Reposición parcial del auto de fecha 24 de septiembre último.

1.—En el caso de autos no se trata propiamente del "desglose" a que se refiere el artículo 363 del Código Judicial, porque los documentos de que se trata no se van a entregar al peticionario, como lo dice ese artículo, sino a la Corte, y por orden de ésta, dentro de un término probatorio —el del presente juicio— y, si el envío de tales documentos originales no fuere posible, por alguna razón, por lo menos, no se puede negar al demandado o a su representante, reconocido en el juicio, el derecho de hacerlos venir a éste en copias debidamente certificadas, como lo preceptúan los artículos 361, 632 y 636 del mismo Código, pues como bien lo dice el doctor Antonio Rocha en su tratado de "La Prueba en Derecho", refiriéndose a que "son las partes las más llamadas a conocer y aducir sus medios de defensa y de escoger, ellas que conocen el negocio y sú historia, los medios más probables de demostrar los hechos", "es mejor darles a las partes la mayor amplitud en el ataque y defensa, y sería muy peligroso y grave para ellas el festinar una cuestión de fondo que, además, puede traer una lamentable y no subsanable equivocación, como sería rechazar una prueba".

2.—Como ya lo dijo la Corte en otra ocasión, "el problema de la inconducencia o ineficacia de una prueba envuelve una cuestión de fondo que no puede ser decidida a priori por el juzgador, sino en el momento de fallar, a menos que el carácter de inconducente o ineficaz de lo que se pide sea tan palmario o protuberante por su absoluta falta de conexión con el asunto materia de la decisión, que imponga su inmediato rechazo en guarda de la economía procesal. Lo contrario podría prestarse a abusos y a muy graves consecuencias para el reconocimiento del derecho de las partes y para la debida ilustración del fallador, fin de todo recto procedimiento judicial".

3.—El principio y procedimiento que consagra el artículo 679 del Código Judicial puede extenderse al caso presente, en que se solicita el testimonio escrito y fotográfico que puedan suministrar los documentos que se han mencionado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre catorce de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

En escrito del 28 de septiembre último, el señor Procurador Delegado en lo Civil pide reposición de algunas partes del auto de 24 del mismo mes, por medio del cual este Despacho decretó la práctica de algunas pruebas pedidas por el apoderado de Heriberto Schwartau Skildsen en el presente juicio.

Las observaciones del señor Procurador al auto de que se trata son las referentes a los ordinales I, IV, V, VI, XIII, XIII bis, XVI y XVIII, y se contestan en el mismo orden en que se han enumerado:

I

Reparos al numeral I.—Dice al respecto el señor Procurador que como lo que en este ordinal se pidió y decreta es un *desglose* de unos documentos obrantes en la Dirección de la Policía Nacional, tal desglose puede decretarse sólo por el funcionario ante quien se presentaron esos documentos y a petición de quien los presentó; pero falta agregar que en el ordinal que se cita del auto reclamado se dijo, porque así también lo pidió el apoderado del demandado, que si el Director de la Policía "tuviere impedimentos de orden legal para enviar los documentos originales, *remita copia autenticada de tales documentos*, certificando que los dichos originales se encuentran en su poder...."

Si, como lo ha dicho ya la Corte en precedente ocasión (casación XLIX, números 1955 y 1956, abril 9 de 1940, página 229), aun tratándose de una *demanda* el juzgador de instancia está en la obligación de examinar la verdadera *intención* de la demanda, revelada en sus peticiones y en los hechos propuestos para fundarlas, más que en la denominación que se le dé a la acción, y en las disposiciones civiles invocadas, considera este Despacho que la razón es idéntica cuando en una petición de prueba, como aquí, aparece claramente revelada la intención del peticionario acerca de lo que se propone probar con los documentos que quiere hacer llegar al juicio, y acerca de que éstos vengan

originales, o subsidiariamente, en copia debidamente certificada, al juicio en que deben obrar como prueba.

El señor Procurador manifiesta que un desglose sólo puede decretarse, llenando ciertas formalidades, a petición de quien haya presentado el documento y por orden del funcionario ante quien se presentó, pero considera este Despacho que no se trata propiamente del "desglose" a que se refiere el artículo 363 del Código Judicial, porque los documentos de que se trata no se van a entregar al peticionario, como lo dice ese artículo, sino a la Corte, y por orden de ésta, dentro de un término probatorio —el del presente juicio— y, si el envío de tales documentos *originales* no fuere posible, por alguna razón, por lo menos, no se puede negar al demandado o a su representante, reconocido en el juicio, el derecho de hacerlos venir a éste en copias debidamente certificadas, como lo preceptúan los artículos 361, 632 y 636 del mismo Código, pues como bien lo dice el doctor Antonio Rocha en su trabajo de *"La Prueba en Derecho"*, refiriéndose a que "son las partes las más llamadas a conocer y aducir sus medios de defensa y de escoger, ellas que conocen el negocio y su historia, los medios más probables de demostrar los hechos", "es mejor darles a las partes la mayor amplitud en el ataque y defensa, y sería muy peligroso y grave para ellas el festinar una cuestión de fondo que además puede traer una lamentable y no subsanable equivocación, como sería rechazar una prueba".

Dentro de este orden de ideas y aplicando este mismo criterio de amplitud y de igualdad a que deben sujetarse todas las partes en un proceso para que se haga la necesaria luz, según puede verse al folio 4 vuelto del cuaderno número 2, este Despacho, en auto fechado también el 24 de septiembre del presente año, no accedió a rechazar, como el mismo apoderado de Schwartau, doctor Alzate Avendaño, lo pidió, alegando que se trataba de pruebas vagas, "incógnitas, inciertas, producidas al amaño de un tercero que no tiene especiales prerrogativas en el juicio, aunque se trate de funcionario tan eminente como el Ministro de Gobierno", la solicitud que con el carácter de prueba hizo el demandante doctor Cifuentes y Gutiérrez, para "que se pida al Ministerio de Gobierno el envío de los originales o de las copias auténticas de las pruebas que en concepto de las autoridades nacionales desvirtúan la nacionalidad colombiana de Heriberto Schwartau Skildsen".

En ese auto, que no ha sido objetado por ninguno de los interesados en el presente juicio y que, por tanto, se encuentra ejecutoriado, dijo este Despacho lo siguiente, que conviene volver a recordar en el presente, en presencia de los actuales reparos del señor Procurador con respecto a la providencia de la misma fecha, dictada para resolver las solicitudes de pruebas hechas por el apoderado del demandado:

"De acuerdo con el artículo 596 del Código Judicial, las pruebas deben ceñirse al asunto materia de la decisión y son inadmisibles las inconducentes y las legalmente ineficaces.

"Pero el problema de la inconducencia o ineficacia de una prueba envuelve una cuestión de fondo que no puede ser decidida *a priori* por el juzgador, sino en el momento de fallar, a menos que el carácter de inconducente o ineficaz de lo que se pide sea tan palmario o protuberante por su absoluta falta de conexión con el asunto materia de la decisión, que imponga su inmediato rechazo en guarda de la economía procesal. Lo contrario podría prestarse a abusos y a muy graves consecuencias para el reconocimiento del derecho de las partes y para la debida ilustración del fallador, fin de todo recto procedimiento judicial."

En sentir de este Despacho, por las razones que se dejan expuestas arriba, lo dispuesto por él en el ordinal primero del auto de 24 de septiembre no estaría en oposición ni con el artículo 363 del Código Judicial, menos aún con los artículos 361, 632 y 636 del mismo Código. Por consiguiente, no es el caso de acceder a reponer lo dispuesto en este ordinal del mencionado auto.

II

Los reparos a los ordinales IV, V y VI.—Dice el señor Procurador que lo dispuesto en estos ordinales implica el ejercicio de una acción exhibitoria "vistos a la luz de las correspondientes peticiones", que el peticionario debe expresar con claridad los hechos que se propone demostrar; acreditar plenamente, en oportunidad, que el documento está en poder de quien se exige, y que la respectiva articulación debe tramitarse con audiencia del poseedor o tenedor del documento; y que finalmente el Juez, al decretar la exhibición, debe señalar fecha, hora y lugar para hacerla.

Se hace necesario recordar a qué cuestiones se refieren los ordinales precitados:

Por el IV se pidió lo siguiente por el apoderado del demandado:

"Que se decrete la exhibición de los prontuarios de Juan y Heriberto Schwartau, en el Departamento de Extranjeros, y del expediente de expulsión de Heriberto Schwartau, en el Departamento de Investigación de la Policía Nacional, para establecer los hechos enumerados en los postulados II y III de este memorial de pruebas. Debe tenerse en cuenta que la Nación es

parte en el juicio, y que los certificados podrían ser negados o suministrados fragmentariamente."

Las peticiones de los numerales II y III del memorial de pruebas a que se hace referencia, peticiones a las cuales se accedió en el auto del 24 de septiembre, y sobre las cuales no ha hecho ningún reparo el señor Procurador, son suficientemente claras. Se limitan a que la Corte ordene a la Sección o Departamento de Extranjeros de la Policía Nacional que *certifique* sobre los varios hechos que se enumeran en tales numerales; por manera que cuando en el ordinal IV reclamado pide el mismo apoderado "que se decrete la exhibición de los prontuarios de Juan y Heriberto Schwartau, en el Departamento de Extranjeros, y del expediente de expulsión de Heriberto Schwartau, en el Departamento de Investigación de la Policía Nacional", no puede alegarse que el peticionario no ha expresado con claridad los hechos que se propone acreditar, pues ahí mismo se lee que esta solicitud la hace "para establecer los hechos enumerados en los postulados II y III de este memorial de pruebas" (folio 4 vuelto, cuaderno número 3).

Dados estos antecedentes y lo ya expuesto en la primera parte de esta providencia, acerca de que en las solicitudes de las partes debe atenderse más que a lo literal de las denominaciones a la verdadera intención de ellas, revelada en sus peticiones, consideró este Despacho, y considera aún, que lo pedido por el apoderado del demandado en el punto IV de su escrito de pruebas, no es propiamente la acción de exhibición a que se refieren los artículos 297 y siguientes del Código Judicial sino el examen o reconocimiento, por medio de una inspección ocular, de los documentos a que se refiere, examen que no se podría llevar a cabo sino por medio de la *presentación* o *exhibición,* en ese acto, de dichos documentos.

De ahí que se dijera en el auto de 24 de septiembre que una vez ejecutoriado este auto, volviera el asunto a este Despacho para señalar fecha y hora para la práctica de la diligencia de que se trata.

Este reparo del señor Procurador también es infundado.

III

Los reparos a los ordinales V y VI.—Les cabe lo que queda expuesto para el que precede, con la adición de que de la misma solicitud del apoderado del demandado se desprende que el examen grafológico que pide sólo se efectuará si el señor Ministro de España accede *voluntariamente* a que se presenten "los libros de registro civil del Consulado alemán de Barranquilla", con el fin que allí se indica. Más aún: de acuerdo con el artículo 679 del Código Judicial, "Cuando se necesite el testimonio de un Ministro o Agente Diplomático de nación extranjera, o de una persona de su comitiva o familia, se le pasa al Ministro o Agente, con nota suplicatoria, copia de lo conducente para que, si él lo tiene a bien, declare por medio de certificación jurada, o permita declarar en la misma forma a la dicha persona. La nota se dirige por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores...."

No se trata aquí de un testimonio oral, pero no encuentra este Despacho razón alguna para que el principio y el procedimiento que consagran tal artículo no se extiendan al caso presente, en que se solicita el testimonio escrito y fotográfico que puedan suministrar los documentos que arriba se mencionan: "los libros de registro civil del Consulado alemán de Barranquilla".

No se expresó en el auto del 24 de septiembre que la nota suplicatoria respectiva se envíe al señor Ministro de España por conducto del señor Ministro de Relaciones Exteriores, pero en esta forma se hará por la Secretaría de esta Sala al darle cumplimiento a lo ordenado en dicho auto, como lo preceptúa el citado artículo 679 del Código de Procedimiento Civil. Lo mismo hará la Secretaría con respecto a la nota suplicatoria a que se refiere el ordinal XV del memorial de pruebas.

Los reparos al ordinal XIII.—En concepto de este Despacho no es vaga e imprecisa la petición que se hace en este ordinal del escrito de pruebas, pues tratándose de funcionarios públicos, y expresándose que son los que ejercían los cargos de "Presidente, Vicepresidente y Secretario del Jurado Electoral de Ulloa en septiembre y octubre de 1938", necesariamente debe existir constancia en esa oficina acerca de los nombres de las personas que en tal época desempeñaron tales cargos e intervinieron en los hechos puntualizados en el interrogatorio formulado en este ordinal del memorial de pruebas.

IV

El reparo al ordinal XIII bis.—Este reparo del señor Procurador sí lo encuentra fundado este Despacho, pues no refiriéndose esta solicitud a funcionarios púbicos que hayan obrado en determinada época por razón de sus cargos, sino a *testigos* que el Alcalde de Ulloa haga declarar para que luégo éste, con apoyo en esos testimonios, certifique sobre los hechos a que se refiere este ordinal, tal certificación sería opuesta a lo que preceptúa el artículo 632 del Código Judicial, ya que ella no se referiría a hechos que hayan pasado ante el citado Alcalde en ejer-

cicio de sus funciones, sino a hechos de que habrían de dar cuenta personas extrañas a él y a sus funciones de tál.

El reparo al ordinal XVI.—El hecho de que se pida a un particular "el suministro del original o una copia firmada del contrato a que se refiere el punto XVI del memorial de pruebas", en vez de que esta petición se haga y se decrete por la vía de la exhibición de que tratan los artículos 297 y siguientes del Código Judicial, tampoco es razón para desechar *prima facie* esta solicitud, pues el mérito de las pruebas aportadas por las partes se aprecia en el lugar correspondiente del juicio, como ya se dijo por este Despacho en la citada providencia de fecha 24 de septiembre (cuaderno número 2, folio 4 vuelto).

El reparo al ordinal XVIII.—Es también fundado este reparo del señor Procurador, y, por tanto, el auto reclamado debe reponerse en el sentido de negar lo pedido en este ordinal del escrito de pruebas del apoderado del demandado, pues omitiendo, como omitió éste, acompañar la declaración o una copia de la que se dice haber rendido el doctor Arturo F. Manotas ante el Alcalde de Barranquilla "sobre nacimiento de Heriberto Schwartau" por comisión del Departamento de Investigación de la Policía Nacional, e ignorándose, por otra parte, qué fue lo declarado por el citado doctor en relación con ese hecho, no hay base para obtener la ratificación de un testimonio cuyos términos se desconocen en el presente juicio.

En virtud de todo lo que queda expuesto se resuelve:

a) Repónese lo dispuesto en el auto de este Despacho del 24 de septiembre del presente año en lo relacionado con los ordinales trece bis (XIII bis) y diez y ocho (XVIII) del escrito de pruebas del apoderado de Heriberto Schwartau Skildsen, y, en consecuencia, niégase lo proveído en dichos ordinales;

b) No se accede a la reposición pedida por el señor Procurador con respecto a los demás ordinales de dicho auto mencionados en su escrito de reposición y en la presente providencia, por las razones expuestas en la parte motiva de ella;

c) Aunque en este caso también el suscrito Magistrado considera que el auto del 24 de septiembre es de simple sustanciación en cuanto se limita solamente a *admitir* pruebas (Código Judicial, artículo 466, ordinal 2º) en su deseo de que en la tramitación y decisión del presente negocio se consiga la mayor suma de acierto posible, decide que pase el expediente a sus colegas de la Sala Dual para que ellos resuelvan lo que fuere legal en relación con el recurso de súplica que también interpone el señor Procurador en escrito separado.

Notifíquese.

José M. Blanco Núñez.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Oposición a una propuesta sobre exploración y explotación de petróleo.

En asuntos referentes a propuestas sobre exploración y explotación de petróleos, o mejor dicho, en las oposiciones a éstas, es obligación del opositor demostrar en el juicio la ubicación efectiva sobre el terreno de las tierras cuyo dominio pretende. Sin esa demostración, es decir, sin poner en relación, como tántas veces ha dicho la Corte en otras casos semejantes, la enunciación teórica del título con la realidad práctica de los terrenos comprendidos en él, es arbitrario que el juzgador admita como postulados indiscutibles las afirmaciones unilaterales de las partes interesadas encaminadas a que se acepte que el título se extiende hasta donde ellas digan, sin que importen las discordancias manifiestas de linderos existentes entre el título y los terrenos designados, o la falta de datos acerca de antiguos alindamientos. Por eso la Corte, en sentencia del 5 de agosto de 1942, volvió a insistir en una idea que para ella es fundamental en el estudio de las titulaciones antiguas; esto es, que una cosa es la validez de un título y otra muy distinta la legitimidad de la extensión de las tierras que en un momento dado posea una persona con base en él; y que el dictamen favorable sobre el valor legal de unos títulos no lo es, por sí solo y necesariamente, respecto del área determinada con la cual dichos títulos pretenden relacionarse. Sobre el particular puede verse lo que sobre eso dijo la Corte más ampliamente, en la aludida sentencia, que aparece publicada en el número 1987 de la Gaceta Judicial, página 900. También puede consultarse sobre este punto la doctrina sentada por la Corte en sentencia del 27 de junio de 1942, publicada en el número 1983 de la misma Gaceta, página 183.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre quince de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Por Resolución del 16 de mayo del año de 1940 el Ministerio de la Economía Nacional —Departamento de Petróleos— admitió la propuesta de contrato de exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional presentada al Gobierno por el señor Alberto Isaza, propuesta relativa a un globo de terreno de 49.770 hectáreas de extensión, ubicado en el Municipio de Puerto Wilches, del Departamento de Santander, y en los Municipios de Aguachica y Río de Oro, del Departamento del Magdalena, por los linderos descritos en la propuesta y según los planos y proyectos exhibidos por el proponente.

De conformidad con los artículos 5º de la Ley 160 de 1936 y 72 del Decreto ejecutivo número 1270 de 1931 se hicieron las publicaciones ordenadas en esos preceptos, durante las cuales se presentaron dos oposiciones, a saber:

1ª La de la Compañía del Lebrija, sociedad anónima, domiciliada en la ciudad de Medellín, la cual por medio de apoderado formuló oposición contra la propuesta del señor Isaza en el concepto de que dicha propuesta cubre, en una parte considerable, el lote de terreno denominado *Téllez*, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Aguachica y Loma de Corredor, Departamento del Magdalena, "terreno éste —dice la demanda de oposición— que es de la exclusiva propiedad de la Compañía del Lebrija tanto en el suelo como en el subsuelo, con el petróleo contenido en éste por haber salido su dominio del patrimonio del Estado con mucha anterioridad al año de 1873 y no haber vuelto a dicho patrimonio".

El terreno de *Téllez* según la demanda está deslindado así:

"Desde el paso y vado de la quebrada de Las Guaduas, en el camino que viene del corral de Simanca para Los Angeles; de este punto, linea recta al suroeste, hasta encontrar la quebrada de Tisquirama, lindando en esta parte con terrenos de Samuel Gómez; y por esta quebrada abajo hasta su desembocadura en la Ciénaga de Doña María; de aquí tomando por el camino de Limoncito hasta salir al río Lebrija; y por éste aguas abajo hasta el caño de Corredor, continuando por éste abajo hasta su desembocadura en la quebrada de Las Guaduas y por ésta aguas arriba, hasta encontrarse con el paso de la quebrada fijada como primer lindero."

La Compañía presentó ante el Ministerio los comprobantes de su constitución y representación, lo mismo que todos los documentos en que estima fundado su derecho a la propiedad particular del lote descrito, con origen en la época colonial.

2ª La oposición de la sociedad colectiva de comercio denominada "Ujueta Hermanos", domiciliada en Ocaña, de la cual son únicos socios los señores Manuel Julián Ujueta y doctor Antonio Ujueta, oposición formulada en el concepto de que la propuesta de contrato del señor Alberto Isaza cubre, en una parte muy considerable, el lote de terreno denominado *Román*, situado en jurisdicción del Municipio de Río de Oro, Departamento del Magdalena, terreno éste sobre el cual alega la propiedad exclusiva la mencionada sociedad, "tanto en el suelo como en el subsuelo —dice la demanda— con el petróleo contenido en éstos por haber salido su dominio del patrimonio del Estado con mucha anterioridad al año de 1873 y no haber vuelto a dicho patrimonio".

El terreno de *Román* está deslindado así según la demanda:

"Desde la quebrada de Tisquirama, tomando por el camino llamado Caimán hasta llegar a la boca de Caimancito, donde se junta con la quebrada del Caimán; de aquí se sigue línea recta hasta la quebrada de La Raya, en un punto que se llama el Puerto de La Barqueta, y aguas abajo por la quebrada de La Raya hasta el río Lebrija, aguas abajo por dicho río hasta llegar a la boca del Caño, frente a Cascajal, siguiendo este caño a salir a la Ciénaga de Doña María, buscando en línea recta por Cañohondo a la quebrada de Tisquirama, y por ésta aguas arriba hasta el camino de Caimán, que es el primer lindero."

La sociedad "Ujueta Hermanos" presentó ante el Ministerio los comprobantes de su constitución y representación, lo mismo que todos los documentos de donde deduce la propiedad particular del lote descrito denominado *Román*, con origen dicha propiedad en la época colonial.

En vista de las oposiciones descritas el Ministerio remitió a la Corte el expediente con el objeto de que aquí se les diera el trámite y las soluciones previstas en la ley.

Como el negocio está preparado para recibir el fallo de la Corte, a ello se procede en seguida.

* * *

CAPITULO I

En qué se fundan las oposiciones.

El abogado ante la Corte, de la Compañía del Lebrija, asegura en el hecho 5º de la demanda de oposición, que es el fundamental, lo siguiente:

"Los expresados terrenos de *Téllez* salieron del patrimonio del Estado en virtud de las mercedes otorgadas en la época colonial al Gobernador don Juan Marrufo Negrón, entre los años de 1707 y 1722, y a don Miguel Francisco de los Ríos Redondo, Cristóbal Vallejo y Poseph Naranjo, en los años de 1742 y 1743, y también por las mercedes hechas al Capitán Juan López de Arenis en 1626, y al Capitán Juan Moñino en los años de 1617 y 1626. Los expresados terrenos de *Téllez* nunca volvieron al patrimonio del Estado después de haber salido de él."

Refiriéndose al terreno de *Téllez* dice también la demanda:

"El dominio de lo que se conoce por tierras del Río del Pescado tiene origen en las mercedes reales hechas a Juan Marrufo Negrón, Francisco de los Ríos Redondo, Joseph Naranjo y Cristóbal Vallejo, y en la adjudicación de *sobras* al mismo Ríos Redondo. Don Antonio José del Rincón adquirió los terrenos del *Río del Pescado* y otras tierras, por remate hecho el 16 de abril de 1768 en la parroquia de Cácota de Suratá, en la sucesión del presbítero Bartolomé Sánchez de Molleda, quien las adquirió a su vez por compra al Marqués de Santa Coa. Las referidas tierras del *Río del Pescado* fueron adquiridas por Juan de Dios Vargas Parra por compra a los herederos de Antonio José del Rincón y a Antonia Moreno. Vargas Parra vendió una parte de las tierras al señor Ulpiano Valenzuela. Otra parte vendió a Pedro José Diéguez y otra a Samuel Gómez. En esta última venta tiene origen la titulación de *Téllez*."

Y según la demanda del abogado de los señores Ujueta Hermanos, "los expresados terrenos de *Román* salieron del patrimonio del Estado, parte conforme a la adjudicación hecha el 5 de julio de 1704 por don Alonso de Valera, Gobernador y Capitán General de la ciudad de Santa Marta y sus Provincias, a don Francisco Alberto Silvio de Aguilar, y el resto por formar parte de una adjudicación de mayor extensión, en virtud de las mercedes otorgadas en la época colonial al Gobernador don Juan Marrufo y Negrón, entre los años de 1707 y 1722, y a don Miguel Francisco de los Ríos Redondo, Cristóbal Vallejo y Joseph Naranjo, en los años de 1742 y 1743. Los expresados terrenos de *Román* nunca volvieron al patrimonio del Estado después de haber salido de él, y han sido materia de una posesión particular no interrumpida."

En otro párrafo afirma la demanda:

"El dominio de lo que se conoce por tierras del Río del Pescado tiene origen en las mercedes reales hechas a Juan Marrufo y Negrón, Francisco de los Ríos Redondo, Joseph Naranjo y

Cristóbal Vallejo, en la adjudicación de *sobras* al mismo Ríos Redondo y en la capellanía constituida por la viuda doña Angela Rodríguez de León, documentos de los cuales acompaño copias auténticas a esta demanda. Don Antonio José del Rincón adquirió los terrenos del Río del Pescado y otras tierras por remate hecho el 16 de abril de 1768, en la parroquia de Cácota de Suratá, en la sucesión del presbítero Bartolomé Sánchez de Molleda, quien las adquirió a su vez por compra al Marqués de Santa Coa. Las referidas tierras del Río del Pescado fueron adquiridas por Juan de Dios Vargas Parra, en la forma que se menciona en otra parte de esta demanda, por compra a los herederos de Antonio José del Rincón y a Antonia Moreno. Por escritura pública número 208 de 10 de septiembre de 1856 Vargas Parra le vendió parte de los terrenos al señor Ulpiano Valenzuela. Otras partes vendió a los señores Samuel Gómez y Manuel José Diéguez. Por escritura número 43 otorgada en Bucaramanga el 24 de enero de 1873, el citado Vargas Parra le vendió a la sociedad de comercio Ujueta Hermanos una parte del terreno denominado Río del Pescado conocida con el nombre de 'Sabanas de Román', según los linderos descritos arriba."

Para saber hasta dónde es fundada la pretensión de los opositores debe la Corte acometer el estudio de los llamados títulos originarios, empezando por la adjudicación hecha al Gobernador Juan Marrufo y Negrón y las mercedes otorgadas a Francisco Ríos Redondo, Cristóbal Vallejo y Joseph Naranjo, adjudicación y mercedes cuya invocación es común en las dos oposiciones.

CAPITULO II

A

Adjudicación al Gobernador don Juan Marrufo y Negrón.

A principios del año de 1707 el señor Miguel Jerónimo González, como apoderado del señor Juan Marrufo y Negrón, se dirigió al Presidente y Capitán General del Reino pidiéndole "se sirva de acerle mrd *de unas tierras y dos caballerías en ellas en el sitio que llaman la quebrada de La Mona jurisdicción de la ciudad de Pamplona, corriendo río avajo de Cachirí asta dar en el río de la Magdalena respecto a que dicha tierra está despoblada, baldía y eriaza....*"

La merced se concedió en título librado en Santa Fe el 2 de diciembre del año referido, título concebido así en lo pertinente:

"....en nombre del Rey Ntro. Señor y en virtud de la facultad que suya tengo ago merced a vos el gobernador don Juan Marrufo y Negrón de las tierras y estancias contenidas en vro. pedimento incluzo en atención aberse hecho las diligencias que así mismo van inclusas *devajo de los límites y linderos que señalais* y en ellas se expresan para que las tengais, poseais y cultibeis como cosa vra. propia etc. etc...."

El 22 de junio de 1708 se le dio posesión a Marrufo de las tierras de la merced. La diligencia respectiva reza en lo pertinente:

"En el sitio de la quebrada de La Mona y sitio de Vaga-Loma..... terminos y jurisdicción de la ciudad de Pamplona.... en veintidos dias del mes de junio de mil setecientos y ocho años yo dho. juez aviendo llegado a dho. sitio en compañía del Governador don Juan Marrufo y Negrón para efecto de darle la Posesión de las tierras contenidas en este Real titulo y en presencia de los testigos que me acompañaron le mandé a dho. apoderado la tomase quien en su conformidad arrancó diferentes matas, quebró diferentes palos y se Revocó en dhas. tierras y amojonó con piedras sus linderos por lo que toca a la frente de dichas tierras comenzando el primero *desde dicha quebrada de la Mona arriba* con declaranzn. que no se tendió cabuya y se ejecutó lo referido Devajo de los linderos pedidos por dho. Governador y dados por el señor General de la Artillería Don Diego de Córdoba Lago de la Vega del Concejo de Su Majestad su Presidente Gobern. y Capitán General de este Nuebo Reyno de Granada y el dho, apoderado en nombre de su parte dijo que aceptaba dha. posesión y como cosa suya avida y adquirida con justo titulo la Defendería en todas Instancias, etc. etc...."

Los señores Diego Galán, Mateo y Lucas Esteban presentaron escrito impugnando la posesión anterior. El funcionario dispuso agregar el memorial al expediente y devolver éste a Santa Fe haciendo saber a los opositores que debían ocurrir ante las autoridades superiores a hacer valer sus derechos. Como transcurrieran más de dos años sin que ninguno de los opositores nombrados ni otro alguno se hubiera presentado a hacer reclamo, el Juez privativo de tierras, en providencia de 3 de noviembre de 1710, confirmó la merced que se le había dado a Negrón en los siguientes términos: "apruébase y confirmase la anrd. echa al Governador don Juan Marrufo Negrón vesino de esta ciudad por el Govierno Superior de este reino *de las tierras y estancias que llaman la quebrada de la Mona de la jurisdicción de la Ciudad de Pamplona corriendo Río avajo de Cachirí asta dar en el grande de la Magdalena* por constar echas las Diligencias conbenientes y estar pagado su Magestad del interés equibalente...."

En el año de 1717 la Audiencia Real del Virreinato amparó al señor Marrufo y Negrón en la posesión de las tierras de la merced contra Diego Galán, ordenando librar despacho al Alcalde Mayor de las Minas de Veta de Pamplona para que llevara a cabo el amparo solicitado. En tal virtud el referido Alcalde ejecutó el amparo según diligencia fechada el 16 de abril de 1722 en el sitio de Vaga-Loma; y en los siguientes términos:

"....En virtud de lo mandado di posesión a Egirio Jaimes de las tierras que constan en dhos. autos y en señal de dha. Posesión arrancó yerbas, mudó piedras y demás ceremonias acostumbradas. La cual posesión fue en nombre del governador don Juan Marrufo Negrón en virtud del poder presentado civil...."

En el año de 1735, muerto ya el Gobernador Marrufo y Negrón, su hija y heredera única doña Margarita Marrufo, viudad de don Juan de la Peñuela, vendió las tierras comprendidas en la merced hecha a su padre al maestro don Juan Ignacio Salgado y a don Isidro Vásquez Santos Gil, por escritura de 14 de agosto del referido año.

B

Adjudicación a don Miguel Francisco de los Ríos Redondo a Xpval Ballejo y a Joseph Naranjo.

En el mes de abril de 1742, es decir veinte años después de la última entrega hecha al Gobernador Marrufo y Negrón, el señor don Miguel Francisco de los Ríos Redondo por medio de apoderado se dirigió al Juez privativo de tierras pidiéndole que le hiciera merced de unas tierras realengas en términos del valle de Cácota de Suratá en jurisdicción de Pamplona, que llaman Cachirí; de la solicitud se toma lo siguiente, donde aparece la determinación de las tierras:

"....que dhas. *tierras de que así pido merd. se contienen y tienen por linderos, la pte. donde se junta la quebrada de Cachirí con el Río del Pescado; dhas. juntas, y Río del Pescado arriba pr. uno y otro lado asta dar a dos serros qe. están frente uno de otro qe. llama, el uno Serro de Santiago, el otro del Manzano.....*"

Por auto de 27 de abril de 1742 el Juez de Tierras comisionó al Juez del Distrito correspondiente, para que "proceda a hacer *vista de ojos* de las tierras que en este escrito se expresan, recibiendo información con testigos de ciencia y conciencia que declaren si estas tierras están baldías o nó, si se halla alguno o algunas personas en posesión con título o sin él, qué linderos tienen y qué distancias abrá midiéndolas, etc."

El comisionado procedió a verificar las diligencias del caso, para lo cual se le hizo "saber a Isidro Vasquez Santos Gil residente en este Balle quien tiene tierras contiguas a las que se piden...."

Santos Gil se opuso ante el funcionario así:

"....diligencias las cuales contradigo una, dos y tres veces, y las más que el dcho. no permita porque las dichas tierras son mías y de los herederos del Bachiller don Juan Ignacio Salgado, pues entre él y yo las compramos a doña Margarita Marrufo, hija y heredera del Gobernador don Juan Marrufo y Negrón, a quien su Magd. hizo merced de dhas. tierras a tiempo de treinta y cinco años cuyos limites y linderos son a *lo largo desde el rio Cachirí al rio grande de la Magdalena como consta por los titulos* que presento con la solemnidad necesaria (y pido se me buelvan originales para en guarda de mi dcho. y ocurrir donde me convenga) y siendo así *que el dho. rio del Pescado atraviesa las dichas mis tierras* se falsifica ser baldías las orillas y vegas que por dho. río arriba ay, pues se incluyen en mis titulos; pues se ve que la dicha pretención es surreptisia y maliciosa assi por lo dicho como porque el dho. don Miguel Redondo me ha tratado de comprar las dhas. tierras, y por su voca confiesa aberles escrito a los herederos del dho. Bachiller Juan Ignacio Salgado pretendiendo le vendan la parte que tienen, luego nos reconoce por dueños y se verifica no ser valdías como representa en su pedimento y tambien se ve que no ignora que las dhas. tierras tienen dueño, porque veinte y ocho años a que fue Tgo. como consta por su firma en mis instrumentos de que a pedimtº del dho. Gobernador don Juan Marrufo se lanzó de ellas a Diego Galan persona que estaba poblada en ellas y como vesino de este valle no ignora tampoco que son nuestras y que con nuestra licencia tienen tres o cuatro vesinos cultivadas sus estancias de cacao...."

El 26 de julio del mismo año de 1742 el funcionario comisionado se trasladó al sitio de Cachirí, y acompañado de varios testigos a los cuales interrogó, practicó una vista ocular y conceptuó que no había lugar a la oposición de Vásquez Santos Gil.

Ríos Redondo, contestando a la oposición hecha por Vásquez Santos Gil, dice que su pedimento no perjudica la merced que se le dio al Gobernador don Juan Marrufo y Negrón, de la cual deriva su derecho el oponente, como consta de los títulos y merced que Vásquez presenta "son sus tierras *en la quebrada de la Mona, y rio de Cahirí, y dos lomas de sabana donde se hizo lansamiento a Diego Galan en tirando quebrada abaxo de Cachiri a dar al Rio Grande*

de la Magdalena, y las de mi pedimento son mui dsitintas por coger el *rio del Pescado arriba de una banda y otra asta rematar con las tierras de Cáchira de Texada y camino real de Ocaña con las aguas y birtientes q. a dho. rio dentran....*"

De las diligencias practicadas por el Juez comisionado aparece que en vista de las dificultades para medir las tierras del pedimento de Ríos Redondo se procedió a *regularlas,* habiendo declarado los reguladores que dentro de los linderos expresados por Ríos Redondo *"habrá doce estancias de ganado mayor a nuestro legal saber y entender";* que dichas estancias fueron avaluadas a diez pesos cada una y que se hicieron los pregones de ellas.

Cumplidas las diligencias anteriores, el Juez comisionado las remitió al Juez privativo de Tierras, con un concepto en que manifiesta que no hay inconveniente en conceder la merced que se pide "devajo de los limites y linderos que demarcan las dose estancias reguladas y *son desde donde se junta la quebrada de Cachirí con el Rio del Pescado dho. rio arriba, de una banda y otra hasta dar al serro del Manzano y otro llamado de Santiago, en que se incluyen todas las quebradas q. a dho. rio del Pescado entran,* en cuya demarcación según la vista ocular allo no perjudicar, ni ser daphificado sujeto ninguno, y que no obstante la contradicción que consta en las dilixencias que remito y otro cualquier ynforme que se puede hazer sobre el dro. que se pretende puedo justificar lo contrario."

Llegadas las diligencias a conocimiento del Juez privativo de tierras, los sucesores del Gobernador Marrufo y Negrón insistieron ante él en sus puntos de vista, presentando sus títulos e informaciones de testigos. Del memorial respectivo se destacan estos pasos:

"....por le cual tenemos el derecho a ellas (las tierras concedidas a Marrufo Negrón) y labrándolas y arrendándolas a las personas que constan de la información que solemnemente presentamos, por donde se evidencia, así el dolo con que ha procedido dho. Dn. Miguel Redondo, de querer presisar a los testigos para que declarasen a su complacensia, maltratandolos de obra y palabra como se expresa en sus declaraciones, y con ellas pretender derecho a lo que es nuestro, según sus linderos que son *de la quebrada de la Mona rio avajo de Cachiri, a dar al rio de la Magdalena en cuio continente se halla el rio que llaman del Pescado, y porque sus vegas son altas;* y únicamente fértiles para hasiendas de cacao y otros frutos pretende que dhas. vegas se excluyan de los términos de los linderos, *porque se expresa el primer titulo dos caballerías, siendo asi que se le ampara en dhos. titulos al primer poseedor en toto el continente de la tierra que siñen los dos linderos;*" y no haviendosele concedido ad mensuram. sino ad corpus, ayga más, o menos de dhas. cavallerias, toda la tierra que comprenhenden los linderos dever ser nuestra...."

El Juez privativo de tierras, contra lo pedido por los sucesores del Gobernador Marrufo y Negrón, declaró en auto de 24 de octubre de 1742 *"por realengas las doce estancias que constan reguladas* por los peritos que nombró don Andrés González y Quirós, en cuya atención y a lo que resulta de las diligencias, presidiendo el que la parte de Dn. Franco de los Rios Redondo exiva en reales cajas cien patacones cantidad correspondiente a *dies estancias según el abaluo se le hase merced de ellas de que se le despachará titulo cumpliendo con la exsivición* sin perjuicios de naturales y de otro tercero que mejor derecho tenga, y respecto a que *Joseph Naranjo y Xptobal Ballejo descubrieron, cultibaron y desmontaron el camino y tierra donde se hallan onse años a en posesión desde luego su Señoría les admite y admitió a moderada composición en dos estancias que se regulan* en diez y seis patacones lo que exivirán de por mitad en estas reales cajas a cuyo favor constando por certificación de oficiales reales el entero dr les despachará ygualmente Titulo...."

De ahí en adelante siguió un largo litigio de réplicas y contrarréplicas entre Ríos Redondo y los causahabientes de Marrufo y Negrón, que fue decidido por la Real Audiencia de Santa Fé en providencia de 16 de noviembre de 1742 así:

"Vistos librese despacho para que *precediendo deslinde y medida de las dos caballerías que constan de la mersed hecha a don Juan Marrufo y Negrón en doze de diziembre del año pasado de setecientos y siete, la merzed a don Miguel Franco. de los Ríos Redondo se entienda en sobras."*

En desarrollo de la providencia anterior de la Real Audiencia, el Juez privativo de tierras dictó la de fecha 8 de enero de 1743, disponiendo que Ríos Redondo consignara en las reales cajas cien patacones más y que se le despachara el título *"en sobras de las dos caballerías contenidas en la merzed hecha a don Juan Marrufo Negrón* con calidad de traer conformización."

En vista de lo anterior, los sucesores de Marrufo presentaron nuevo memorial solicitando que se declarara que la merced hecha a aquél era en tierras *útiles* y que los gastos que se ocasionaran para medirlas y separarlas de las *sobras* que debían corresponder a Ríos Redondo, debían ser de cargo de ambas partes y, al efecto, manifestaron que presentaban el mapa de los

terrenos comprendidos en la petición de Marrufo. De ese mapa se le dio traslado al apoderado de Ríos Redondo, quien manifestó que los cien patacones más que había ofrecido abonar fue sobre la base de que se mantuviera la merced que a Ríos Redondo se le había hecho en la providencia de 24 de octubre de 1742.

El Juez privativo de tierras, en providencia de 18 de febrero de 1743, ordenó que cumpliera lo mandado consignando Ríos Redondo los cien patacones más que se le exigían para la expedición del título, consignación que hizo el señor Francisco de Vergara en nombre de Ríos Redondo.

El apoderado de Petronila Zubieta, sucesora de Ignacio Salgado, e Isidro Vásquez Santos Gil pidieron a la Real Audiencia dispusiera que el costo del deslinde para determinar las sobras, fuera de cargo de ambas partes; así lo ordenó la Real Audiencia en providencia de 9 de marzo de 1743, de la cual pidió revocatoria el apoderado de Ríos Redondo, y le fue negada. La providencia principal dice así en lo pertinente:

"Vistos.—Declárase que el deslinde y medidas de las dos caballerías de tierras deben costearse de por mitad para que se verifiquen las sobras y *que las dhas dos caballerías vajo de los linderos expresados en la merzed que se hizo a Dn. Jun. Marrufo Negrón, deve entenderse en tierras útiles, y en caso de haverlas o que no alcancen en las ynutiles sin salir de los límites y linderos contenidos en la expresada merzed y en caso de que haya pobladas algunas personas se les sitara para el deslinde y medida, y sin despojarlas de la posesión el Juez oirá a las partes en justizia....*"

No hay constancia de que las medidas y el deslinde ordenados en el auto anterior se hubiesen llevado a cabo. Después de lo dispuesto por la Real Audiencia sigue apenas una corta actuación referente a la recusación que propuso el apoderado de Ríos Redondo contra la persona designada para ejecutar las medidas. Ahí termina la documentación relacionada con la adjudicación a Ríos Redondo.

C

Capellanía otorgada por doña Angela Rodríguez de León v. de don Miguel Francisco de los Ríos Redondo sobre las tierras del río Pescado.

Esta capellanía fue otorgada en el año de 1752, cerca de nueve años después de la última diligencia que aparece en el expediente de las adjudicaciones coloniales de que se acaba de hablar.

Los documentos relativos a dicha capellanía se han presentado como un eslabón de las adjudicaciones que, asegúrase, armoniza e interpreta muy bien el alcance de las mercedes otorgadas anteriormente.

Ya para el año de 1752, en que se otorgó la capellanía, había muerto don Miguel Francisco de los Ríos Redondo, dejando por sucesores a su hijo Agustín de los Ríos Redondo y a su cónyuge doña Angela Rodríguez de León. Para constituir la capellanía se surtieron previamente las diligencias judiciales, encaminadas a obtener información sobre los bienes que poseía la otorgante y su difunto marido, así como para avaluar los bienes, con el fin de comprobar, de acuerdo con las normas legales vigentes entonces, que doña Angela estaba en capacidad legal de constituir la citada capellanía.

Entre los documentos que figuran en las respectivas diligencias conviene citar lo pertinente de las declaraciones de los testigos que declararon sobre los bienes que poseía doña Angela:

Don Joseph Franco Freile dijo:

".....que es puco. y notorio no solamte. en esta Parroquia, sino en otros lugares y provinces. la considerable porsión de hacienda que dexó el difunto Dn. Miguel Franc. de los Ríos Redondo, esposo de la parte que le presenta el cual fue adqurido con ygual agencia de ambos consortes, y que a oydo decir notoria y pucamte. que el principal fue de mil ps. poco más o menos siendo los quinientos, de la dote de la citada doña Angela y los demás del susodicho Dn. Miguel; y que assi mismo las tierras que tiene en sus haciendas de San Xavier de Báchega, Cáchira, Río del Pescado, Ciagá y Pueblo de Cácota son quantiosas assi en su número como en su vondad, aperadas todas de arboledas de cacao, trapiches, esclavos, y de todos los ganados con sus casas competentes, y especial la de Báchega por ser toda ella, y sus oficinas de tapia, y teja con más otra que tiene en esta parrohcia de paja;...."

Don Joseph Bermúdez:

"....qe. Da. Angela Rodríguez de León viuda de Dn. Franco. de los Ríos Redondo, es conocidisimo el copioso caudal que tiene, y que no ha oído decir tenga ningún grabamen, y que este se compone de gran numo. de tierras qe. tiene todas frutíferas en sus haciendas de San Xavier de Báchega, Ciagá, Cácota, Cáchira y el río del Pescado, en esta última bastante numo. de arboleda de cacao nuebo con todos sus aperos, y en las demás de todos ganados aparejados con casas de abitcn. y un razonable número de esclavos...."

Don Isidro Vásquez Santos Gil, el mismo que había sido opositor anteriormente a la adjudicación de tierras a Ríos Redondo, dijo:

"....q. le consta de cieñcia cierta pr. la estreches que ha tenido y tuvo con la pte. que le presenta, y su difunto esposo Dn. Miguel Franco. de los Ríos Redondo el que quando contrajeron matrimonio trajo en dote Da. Angela Rodriguez quinientos patacs. y otros tantos más o menos el sitado Dn. Miguel, con cuyo principal aumentaron con su personal trabaxo copioso caudal, el cual se halla en gran numo. de tierras, compradas unas a diversos sujetos, y otras adquiridas pr. merced, más de quarenta piesas de esclavos, cinco haciendas con las sitadas tierras llamadas Báchega, Ciagá, tierras del Pbo. de Cácota, Cáchira y río del Pescado todas las cuales se hallan fructificando, unas trigo, otras varios viveres pr. su cultivo, y otras cacagual con crecido número de árboles, todas las cuales se hallan guarnecidas de lo necesario según su calidad de ellas, con calidad de todos ganados, erramientas, trapiche, y demás aperos con dos molinos de pan, uno en Cáchira, y otro en Báchega, dos fraguas, una de platería y otra de arra, con todo lo hà ello correspondiente de tal suerte que todo está sirviendo, y assi mismo en cada una de ellas tiene sus casas de abitacn. bien dispuestas de lo necesso.... y assimismo sabe se hallan los vienes de la pte. que le presenta libres de cualesquiera grabamen que pueda impedir de cualquier fundo;...."

La diligencia de avalúo de bienes dice en lo pertinente:

"Los habaluadores nombrados pr. Doña Angela Rodriguez de León, y la rreal Justicia, haviendo visto todos los vienes rayses, y muebles de la expresada Da. Angela, y que (sic) de lo su difunto esposo, los cuales emos reconocido las mencionadas fincas no solo en el presente caso, sino muchos tiemps. antes, con cuia ciencia baxo del Juramt. que tenemos fho. hazemos el abalúo de hellas en la forma y manera siguiente:.... Iten.... veinte y siete estancias de tierra en el rio del Pescado; fuera de las tierras de sobras en dos mill y setecientos ps. ó 2.700 ps. Iten. tres casas de vivienda de bahareque, y palma en sesenta ps. 000-0 ps..—Iten en las sitadas tierras dose mil árboles de cacao nuebos y frutales en dose mil ps. con las erramientas necesarias que tiene 12.000 ps.—Iten. Nueve estancias de pan y ganado mayor en el balle de Cáchira y de la Carrera en mill ps. 0.1.000 ps...."

Por último, en la escritura de capellanía dijo doña Angela:

"....funda, establece e instituie la ya espresada Capellania con la mencionada cantidad de cuatro mil ps. Los quales sitúa, carga y impone sobre las tierras, arboleda de cacao, erramta. y casas de vivienda de su *hacienda denominada rio del Pescado,* que se halla en esta jurisdicción *la qual se compone de veinte y siete estancias de ganado maior las cuales dentraron en su dominio, las dose por mrd. a que su difunto marido le hizo su Mgd., siete que compró el mensionado Dn. Miguel* a los herederos del Bachiller Dn. Ignacio Salgado, y *ocho* que se han comprado después a Dn. Ysidro Vasqs. sinenbargo de otra que a hella se une que se compró a Chxistoval Ballejos, y *las sobras que ay desde el último lindero de estas asta dar al rio de la Magdalena* que no se an medido pr. no haver necessidad como todo consta por titulos de merzedes, escripturas, y más instrumentos pertenecientes; assi a la pocesión, como a la propiedad (que ante mi dho. Jues manifestó) que tiene en su poder *cuyas tierras lindan por la una parte con la de Dn. Ysidro Vasqs.; y por la otra, por lo arriba mencionado* (se sobras y la otra estancia que no sabe el número de tierra por su inmensidad, y montañas por lo que no se abaluó) con el rio de la Magdalena...."

D

Examen de los títulos anteriores.

Leyendo y comparando unos con otros los datos que suministran los documentos anteriores, teniendo a la vista los mapas y planos que figuran en el expediente, especialmente el "mapa de la región comprendida entre los ríos Pescado y Lebrija, tomado del mapa oficial del Departamento de Santander de la Oficina de Longitudes", y las copias del plano presentado por los opositores, del ingeniero Julio Echavarría, tendiente a mostrar cómo la propuesta de concesión de Alberto Isaza se superpone sobre los lotes de tierras de Téllez y Román, reputados como de propiedad particular, fácilmente se concluye, sin mayor esfuerzo, que ninguno de dichos documentos, ni interpretados con toda la amplitud que se quiera, alcanzan a amparar las zonas de tierra de Téllez y Román, que se afirma estar invadidas por las demarcaciones de la propuesta de Isaza.

En efecto. A los terrenos de *Téllez* y de *Román* se les asigna por límite occidental el río Lebrija; *Román* queda entre las quebradas de La Raya y la de Tisquirama, ambas tributarias del Lebrija; y *Téllez* queda entre la mencionada quebrada de Tisquirama y la quebrada Guaduas, la cual, según el mapa oficial, reunida a la quebrada Peralonso, vierten ambas sus aguas en uno de los brazos que el río Lebrija forma antes de su desembocadura en el río Magdalena.

Véase ahora cuán distintos son los datos geográficos que suministran las mercedes otorgadas a Marrufo y Negrón y a Francisco de los Ríos Redondo.

A Marrufo se le concedieron *"unas tierras y dos caballerías en ellas"* en el sitio llamado de la quebrada de la Mona, *"corriendo río abajo de Cachirí hasta dar al río de la Magdalena"*.

Por la resolución de la Real Audiencia de 9 de marzo de 1743, en que se declaró que el deslinde de las tierras de la merced concedida a Marrufo debía costearse por iguales partes entre los herederos de éste y Ríos Redondo, se llega al conocimiento de que la dicha merced se limitaba a dos caballerías en tierras útiles *"y en caso de no haberlas o que no alcancen, en las inútiles, sin salir de los límites y linderos contenidos en la expresada merced."*

Este auto sirve para explicar el sentido y alcance de la merced al Gobernador, y es por lo tanto su necesario complemento. Y aclara que el Gobernador tenía el derecho de escoger en la región que se le señaló una extensión equivalente a dos caballerías en tierras *útiles*, y de no alcanzar éstas en las *inútiles*. La elección naturalmente podía hacerse en lotes distintos; eso tenía que depender de la ubicación de las tierras *útiles* en la región asignada.

¿Y cuál fue la región asignada? El documento primitivo de 1707 lo dice: *quebrada de la Mona, corriendo abajo de Cachirí hasta dar en el río de la Magdalena.* Por el mapa oficial del Departamento de Santander se sabe que la quebrada de La Mona desemboca en el río Cachirí, el cual después de recibir otras corrientes, desemboca a su vez en el llamado río Cáchira o también río Pescado. Este último río es tributario del río Lebrija, bien arriba de la desembocadura de éste en el Magdalena.

La merced no mencionó el río Lebrija. De donde surge el siguiente interrogante, que no aclara ninguno de los documentos de origen colonial presentados en este juicio: para llegar al río Magdalena ¿qué línea debía seguirse? ¿El curso del río Lebrija, o una zona indeterminada que partiendo de la desembocadura del río Pescado en el Lebrija terminara en el río Magdalena, sin seguir el curso del río Lebrija?

Como base de discusión, la Sala párte de la hipótesis de que la línea del Lebrija sea la indicada para llegar al Magdalena, ora porque talvez el río Pescado o Cáchira le diera también su nombre al Lebrija en una gran extensión, o por la natural práctica seguida en la época colonial de conceder las tierras en las márgenes de los ríos, por ser entonces las de más fácil acceso y mejor situadas para establecer cultivos.

De manera que podría aceptarse —en gracia de discusión— que la merced concedida al Gobernador Marrufo se otorgó por dos caballerías, elegibles en lotes continuos o discontinuos, según la utilidad de las tierras, sobre la quebrada de la Mona, río Cachirí, río Cáchira o Pescado, y río Lebrija hasta el Magdalena.

En realidad la región asignada al Gobernador, en donde él o sus sucesores tenían el derecho de escoger una extensión hasta de dos caballerías, no se alinderó. Porque no es alinderación señalar únicamente el curso de un río. Esto será apenas una línea divisoria. Tierra adentro a partir del curso del río, queda imprecisa la anchura de la zona, y por lo mismo el perímetro cierto y determinado que ella encierra.

Así pues, los datos que arroja la merced al Gobernador Marrufo son insuficientes para establecer que las tierras de *Téllez* y de *Román* dejaron de ser realengas por dicha merced, pues aun cuando los opositores las extienden hasta el río Lebrija, no está acreditado que por allí el Gobernador o sus causahabientes hubieran hecho la elección de sus tierras y cuáles fueron las porciones precisas y determinadas que escogieron en las márgenes de aquel río.

Da menos luz todavía la adjudicación hecha a Ríos Redondo, Cristóbal Vallejo y José Naranjo.

Ríos Redondo pidió en adjudicación *"la parte donde se junta la quebrada de Cachirí con el río del Pescado arriba por una y otra banda hasta dar a dos cerros que están frente uno de otro que llaman el uno cerro de Santiago y el otro del Manzano"*.

Contestando Ríos Redondo al opositor Ignacio Vásquez Santos Gil, quien como sucesor de los derechos del Gobernador Marrufo alegaba que el pedimento de tierras de Ríos Redondo comprendía tierras concedidas al Gobernador, decía que las de su pedimento eran muy distintas *"por coger el río del Pescado ARRIBA de una y otra banda asta rematar con las tierras de Cáchira de Tejada y camino real de Ocaña con las aguas y birtientes que a dicho río entran"*.

Según los mapas oficiales, el río Pescado o Cáchira desemboca en el Lebrija a grandísima distancia de las tierras de *Téllez* y de *Román*, pues a ésta se le señala como lindero la quebrada de La Raya, y hay que ver que entre esta quebrada y el río Pescado existen otros ríos y otras quebradas como afluentes del Lebrija, que desembocan en éste a distancias considerables también uno de otros.

El pedimento de Ríos Redondo comprendió las *dos bandas* del río Pescado, *río arriba*, hasta dar a dos cerros situados uno enfrente del otro, y llamados el uno *Santiago* y el otro *Manzano*.

En el expediente no se identificaron ni dieron a conocer los cerros de Santiago y Manzano.

Esos cerros tenían que estar situados en las proximidades del río Pescado, puesto que según el memorial de Ríos Redondo las tierras que él solicitaba quedaban río arriba del Pescado hasta encontrar dichos cerros.

Tampoco se identificaron las tierras de Cáchira de Texada ni se sabe por dónde pasaba el antiguo camino real de Ocaña, puntos de referencia que también citó Ríos Redondo en el memorial en que contestó la oposición de Santos Gil y que con los cerros de Santiago y el Manzano son parajes hasta los cuales debían llegar, según él, las tierras solicitadas.

Según el mapa oficial del Departamento de Santander levantado por la Oficina de Longitudes, segunda edición, año de 1941, el río Pescado se compone de la reunión de varias corrientes de agua llamadas así: quebradas Agua Caliente, del Negro, Romerito y La Mona; y ríos del Playón, Escatalá y Cachirí. Corrientes todas que nacen en la llamada cordillera de La Lora.

Pues bien: esta cordillera se ve separada de las tierras de *Téllez* y *Román* por otras cordilleras y hoyas hidrográficas; se trata de consiguiente de regiones completamente distintas. La hoya del río Pescado, sobre la cual versó el pedimento de Ríos Redondo, termina sobre el Lebrija, frente a la actual línea del ferrocarril que une a Puerto Wilches con Bucaramanga. En tanto que los terrenos de *Téllez* y *Román* están situados en la región de lo que podría llamarse el bajo Lebrija. Basta una mirada a los mapas oficiales para comprobar cuán alejadas están estas dos regiones.

A Ríos Redondo ordenóse otorgarle la merced, según auto de la Real Audiencia de 16 de noviembre de 1742, y del Juez privativo de tierras, de 8 de enero de 1743, *"en sobras de las dos caballerías* contenidas en la merced hecha a don Juan Marrufo Negrón".

Se desprende de los antecedentes de dichas providencias que con ello quería significar que medidas las dos caballerías de tierras otorgadas a don Juan Marrufo, en tierras *útiles,* hasta donde alcanzara, y en lo que no alcanzara en las *inútiles,* el sobrante de las tierras que quedaran en la hoya del río Pescado debía otorgarse a Ríos Redondo.

De consiguiente, la merced de Ríos Redondo siempre debía vincularse a tierras del río Pescado, según las indicaciones que él dio.

* * *

Ahora, por lo que respecta a los documentos de la capellanía otorgada por doña Angela Rodríguez de León en el año de 1752, ningún elemento aporta que dé luz en el sentido de acreditar que en alguna forma los títulos que se dejaron examinados pudieran comprender en todo o en parte las tierras de Ujueta Hermanos y de la Compañía del Lebrija.

Doña Angela constituyó su capellanía sobre su hacienda denominada *Río del Pescado,* compuesta de 27 estancias de ganado mayor, las cuales dice que adquirió así: 12 por merced "que a su difunto marido (Ríos Redondo) le hizo su Mgd."; 7 que compró el mencionado don Miguel a los herederos del bachiller Ignacio Salgado; 8 que ella compró a don Isidro Vásquez; otra que compró a Cristóbal Vallejo. A más de las estancias, la hacienda comprendía *"las sobras que hay desde el último lindero hasta dar al río de la Magdalena".*

La hacienda de doña Angela estaba, pues, situada en el río Pescado.

Las llamadas *sobras* hasta el río Magdalena, probablemente se dedujeron de la merced a Ríos Redondo, que debía otorgarse en *sobras* de las dos caballerías concedidas a Marrufo y Negrón.

Pero está visto que Ríos Redondo pidió su adjudicación en tierras del río Pescado, por lo cual la respectiva merced, se repite, tenía que darse en la región indicada por el interesado, y no en otras tierras.

Sin embargo, aun aceptando, en gracia de discusión, que las llamadas *sobras* comprendían también los territorios de la margen derecha del río Lebrija hasta su desembocadura en el Magdalena, quedaría todavía por averiguar cuál fue la extensión cierta y determinada que bajo el concepto expresado enajenó el Estado colonial al señor Marrufo o a Francisco Ríos Redondo. El título de Marrufo, único que menciona el río Magdalena, omitiendo el río Lebrija, señala como lindero de la respectiva merced una sola dirección: *corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el río de la Magdalena.* Esta dirección bien podría ser la que mira directamente al Magdalena, sin tener en cuenta el río Lebrija; o también la que siguiendo las sinuosidades de la corriente del río Lebrija termina en el río Magdalena.

Con la segunda hipótesis, que es la más favorable a la pretensión de los opositores, puesto que los terrenos de *Téllez* y *Román* se hacen llegar hasta el río Lebrija, nada se gana en beneficio de la propiedad particular del subsuelo de tales terrenos. Pues todavía sería necesario establecer lo más esencial: cuál fue el perímetro enajenado por las autoridades coloniales. Ese perímetro se dejó indeterminado, comoquiera que apenas está señalado por una línea: la que señala el curso del río Lebrija. Pues bien: una enajenación de tierras así no puede por la naturaleza misma de las cosas tener efectividad.

La Corte en ocasiones semejantes les ha negado mérito probatorio a títulos con alinderaciones tan incompletas. En sentencia de fecha

23 de junio del corriente año, dictada en el juicio sumario sobre la propiedad del subsuelo petrolífero de las tierras de Cocorná, Sacamujer y El Rebozo, situadas en jurisdicción de los Municipios de Sonsón, San Luis y Cocorná, en el Departamento de Antioquia, esta Sala dijo lo siguiente, refiriéndose a un título en que sólo constaba un lindero:

"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 señálanse 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 entendiendo 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 de la línea del fondo, porque con este procedimiento se cerraría caprichosamente el polígono; y ello es arbitrario e injurídico."

En consecuencia, lo expuesto acredita de manera completa que los documentos relativos a las mercedes del Gobernador Marrufo y Negrón y Ríos Redondo carecen de toda relación con las tierras de los opositores Ujueta Hermanos y Compañía del Lebrija. Dichos documentos están lejos de comprobar que los terrenos de *Téllez* y *Román* pasaron desde entonces a ser propiedad particular por enajenación que de ellos hicieran las autoridades de la Colonia.

CAPITULO III

A

El título originario otorgado a Dn. Francisco Alberto Silvio de Aguilar.

Los opositores señores Ujueta Hermanos, además de apoyarse en las mercedes otorgadas al Gobernador Juan Marrufo y Negrón y a don Miguel Francisco de los Ríos Redondo, Cristóbal Vallejo y José Naranjo, presentan otro título colonial distinto e independiente del anterior, para comprobar que los terrenos de *Román* a que se refiere su oposición salieron del patrimonio del Estado, conforme a la adjudicación hecha el 5 de julio de 1704 por don Alonso de Valera, Gobernador y Capitán General de la ciudad de Santa Marta y sus Provincias, a don Francisco Alberto Silvio de Aguilar. Pretenden, pues, los señores Ujuetas, que si el título de Marrufo y Ríos Redondo examinado atrás, es insuficiente en orden a establecer que las tierras de *Román* salieron del patrimonio del Estado en la época de las mercedes expresadas, la adjudicación hecha por el Gobernador Valera en 1704 acredita plenamente por sí sola el traspaso que el Estado español hizo del lote de *Román* al patrimonio particular de Aguilar.

Por lo tanto se impone el examen del título en referencia.

Se trata de un título de composición de *diez fanegas* otorgado el 5 de julio de 1704 por don Alonso Valera en el carácter que se dejó expresado, y que en lo pertinente dice:

"....En cuya virtud pareció el capitán don Francisco Alberto Silvio de Aguilar, vecino de esta ciudad, hizo presentación de cierto testimonio de autos signados de Andrés Fernández Montejo escribano público i del Cabildo de ella, en que por ello consta como el susodicho tiene fundadas unas haciendas en términos de la jurisdicción de esta ciudad i en tierras compuestas con su Magestad, i de ellas pagados los reales derechos, que las referidas se componen de arboledas de cacao i piezas de esclavos para su cultivo i que le fue señalado por resguardo en los títulos que se despacharon la *Sabana que llaman de Román* i que en ella tienen pastan algunos ganados vacunos para el sustento i mantenimiento de dichas sus haciendas i esclavos, i que en atención a que dicha Sabana se la señalaron por dicho resguardo a dichas sus tierras por hallarse como se hallan vacas y realengas desde luego componia con su Magestad, *diez fanegas de tierra en dicha Sabana* para el pasto de dicho su ganado i que estas se habían de entender *desde la sabaneta de dicha su hacienda cogiendo la Sabana abajo, hasta dar a las orillas del monte que llaman San Lorenzo, por los costados con dos quebradas que llaman del Pozo y Platanal, que es adonde beben los dichos ganados en los veranos;....* En nombre del Rei Nuestro Señor i en virtud de los reales poderes que como tal su Gobernador y Capitán General me tiene concedidos, usando de ellos, doi *por título en propiedad para siempre jamás al dicho Capitán don Francisco Alberto* para el susodicho, sus herederos y sucesores i para quien de todos tuviera voz i recurso, de las dichas diez fanegas de tierra declaradas i alinderadas en el término i jurisdicción de esta dicha ciudad.... firmado Dn. Alonso de Valera."

Los traspasos sucesivos de la propiedad de *Román* son los siguientes, hasta llegar a la sociedad Ujueta Hermanos en el año de 1872:

El 14 de marzo de 1705 y por ante Escribano Público, Francisco Alberto Silvio de Aguilar adjudicatario de los terrenos de *Román,* otorgó testamento. En él declara como bien suyo *"las tierras que llaman de Román compuestas con su Magestad* y pagados sus reales derechos, según que constará de sus títulos". También hace en ese testamento institución de herederos a favor de sus hijos legítimos allí determinados por sus nombres. Declara que está casado con María del Barco y Quirós, hija legítima de Jácome Molineri y María del Barco y Quirós.

En la división de bienes de doña María Jácome Molineri, ocurrida en Ocaña en 1727, le adjudicaron a Juan Martín Pacheco, a título de acreedor de dicha señora, las *tierras de Román.* En la actuación levantada para adjudicar las tierras a Pacheco se reconoce que éstas eran de doña María, esposa de Francisco Silvio de Aguilar, primitivo dueño de la propiedad, o de su hijo Miguel Alberto.

Juan Martín Pacheco vendió a Juan García Castellón las tierras de la *Sabana de Román,* según documento de fecha 3 de agosto de 1729. Pero en el mismo documento consta que los otorgantes declararon resuelto el contrato, por lo cual las mencionadas tierras de *Román* volvieron al patrimonio de Juan Martín Pacheco.

En el testamento otorgado por don Juan Martín Pacheco y su esposa doña María Jácome Molineri, en Ocaña, en el mes de junio del año de 1742, se dice:

"....y hemos dejado de coger las tierras que llaman de Aguachica con sus títulos por donde consta las que son, respecto al ningun valor que tienen. Y *otras diez fanegas de ganados pastal en las sabanas de Román,* por las mismas circunstancias. Y queremos y es nuestra voluntad queden de cuenta de nuestros hijos para que si en algún tiempo se vendieren partan por iguales partes, y si alguno de ellos las quisiere dé a sus hermanos lo que les tocare, según la estimación que entonces tengan...."

En escritura otorgada en Ocaña en el mes de septiembre de 1799 consta la venta que Cecilio de Castro y Gutiérrez hizo a José Francisco Mendoza de unas tierras. Dice así la escritura: *"Unas tierras en el paraje denominado Román, sabanas de tierra caliente de esta jurisdicción,* las cuales pertenecían a su legítimo abuelo don Juan Martín Pacheco en propiedad según así lo manifestaban los títulos que puso a la vista *librados por el señor sargento mayor Alonso Valera,* caballero de la orden de Santiago, gobernador y capitán general de la ciudad de Santa Marta, en cinco días del mes de julio del año pasado de 1704. Y según el amparo real que por juez competente se le hizo y demás diligencias que en su seguridad constan en dicho título, sin duda correspondía a su servidumbre al citado don Juan Martín Pacheco, que por el fallecimiento de éste ha ido recayendo la propiedad de las mencionadas tierras en sus descendientes legítimos hasta que sucedióle el citado don Cecilio, y bajo de este supuesto verifica la venta por la cantidad de...."

Las tierras de *Román* pasaron a poder de María Elena de Mendoza, hija de José Francisco Mendoza. El 18 de octubre de 1834, ante el Notario de Ocaña otorgó su testamento María Elena de Mendoza. En él declara que es hija legítima de José Francisco de Mendoza; que fue casada con Juan Nepomuceno Jiménez, de cuyo matrimonio tuvo y procreó como hijos legítimos a José Vicente y José Justo; que en segundas nupcias se casó con José Gregorio Medina. Agrega que aportó al primer matrimonio entre otros bienes *"once fanegas de tierra tituladas en las Sabanas de Román en los llanos de tierra caliente* de este cantón, y en la dicha sabana casa y cocina con todos sus ajuares de amaños y servidumbres.... Item declaro que en las segundas nupcias introduje los bienes siguientes: primeramente la dicha casa, *las once fanegas de tierra* en los términos que están expresadas."

Las "once fanegas" de tierra en las Sabanas de *Román,* pasaron luégo a poder de José Vicente y José Justo Jiménez, como herederos de María Elena Mendoza por ser sus hijos legítimos, en el año de 1835. En las diligencias de la sucesión de Elena Mendoza figura en el inventario de sus bienes: "por las tierras que comprende esta posesión por sus linderos según consta de los referidos títulos que apreciaron en cien pesos."

Y en la hijuela de José Vicente Jiménez se dice:

"Por el *valor de la mitad de las tierras de Román* que son cincuenta (50) pesos."

Y en la hijuela de José Justo Jiménez se lee: "Por el valor de *la mitad de las tierras de Román* que son cincuenta (50) pesos."

Por escritura pública número 31 de 4 de junio de 1868, otorgada en Río de Oro, Federico Quintero, obrando como apoderado de Pedro Mesa y Dionisia Jiménez, esposos entre sí, vendió al presbítero José Tomás Pineda *el terreno denominado Sabanas de Román,* situado en el Distrito de Los Angeles, Départamento del Magdalena. La señora Dionisia Jiménez vendió la propiedad como heredera de su padre legítimo Vicente Jiménez. La venta se hizo por estos linderos:

"Desde la quebrada *Tisquirama,* siguiendo el camino de *Caimán* hasta llegar a la boca de la quebrada de Caimancito, donde se junta con la

quebrada de *Caimán,* cogiendo aguas abajo hasta llegar al río Lebrija, y allí aguas abajo hasta la boca del *Caño,* frente a Cascajal, siguiendo por el mismo Caño a dar a Cañohondo, y de allí quebrada Tisquirama arriba, lindando con la sabana de San Lorenzo hasta llegar al primer lindero."

El 31 de diciembre de 1869, por escritura número 276, otorgada en Ocaña, el presbítero José Tomás Pineda vendió a Manuel María Ujueta las tierras de *Román,* por los mismos linderos de la venta hecha por Dionisia Jiménez.

El 30 de diciembre de 1872, por escritura otorgada en Ocaña bajo el número 601, los señores Manuel María Ujueta y Manuel José Ujueta constituyeron una sociedad regular colectiva de comercio con la razón social de "Ujueta Hermanos", a la cual aportó Manuel María Ujueta la hacienda de *Román.*

Esta es la titulación anterior al año de 1873 de la hacienda de *Román* de propiedad hoy día de la sociedad colectiva de Ujueta Hermanos, de la cual actualmente son únicos socios los señores Manuel Julián Ujueta y Antonio Ujueta.

* * *

B

Examen de la titulación anterior.

A juzgar por la titulación posterior al título originario, y que se ha dejado detallada, las diez fanegas, por los linderos expresados, se fueron transmitiendo entre particulares hasta llegar al año de 1868. En este año Dionisia Jiménez transmite al presbítero José Tomás Pineda las tierras de *Román,* por linderos distintos de los de la adjudicación o por lo menos con puntos de referencia no mencionados antes.

En efecto, ninguno de los títulos posteriores a la adjudicación y correspondientes a la época colonial vuelve a precisar los linderos ni a determinarlos. De consiguiente hay que entender que cuando se traspasaban las diez *fanegas* el traspaso se hacía naturalmente por los linderos conocidos. Estos linderos contenían dos líneas arcifinias definidas representadas por las quebradas denominadas Pozo y Platanal. En los mapas oficiales no figuran estas quebradas. Pero en el término de prueba del juicio el abogado de los opositores Ujuetas allegó declaraciones de testigos según los cuales las quebradas de Pozo y Platanal hoy día son conocidas con los nombres de Tisquirama y Caimán, respectivamente. En los mapas oficiales sí aparecen las quebradas de Tisquirama y Caimán como afluentes del río Lebrija. De manera que de acuerdo con la demostración dada se pueden identificar actualmente las quebradas del Pozo y Platanal a que se refiere la adjudicación. Por tanto, el lindero contenido en el título de Aguilar puede repetirse así, con el cambio de nombre que han sufrido las quebradas de Pozo y Platanal: *desde la sabaneta de la hacienda de Aguilar, hasta dar a las orillas del monte de San Lorenzo,* y por los costados con las quebradas denominadas Tisquirama y Caimán.

Nótese que en los linderos de la adjudicación no se menciona el río Lebrija como límite de las tierras concedidas a Aguilar. Era obvio que si esas tierras se daban hasta el Lebrija, el Lebrija ha debido figurar como lindero en vez de designarse otra línea. Las once fanegadas se encierran dentro de un perímetro constituído en dos de sus costados por las quebradas de Tisquirama y Caimán y en los otros dos costados por la sabaneta de la hacienda y el monte de San Lorenzo. Estos dos últimos extremos del lote no se identificaron. Por ello es incierta la ubicación del terreno dentro de las dos quebradas.

Observando el plano presentado en el juicio "que demuestra la propuesta de concesión del señor Alberto Isaza superpuesta sobre terrenos privados con títulos anteriores al año de 1873", la superposición sobre el lote de *Román* abarca un área aproximada de 7.153 hectáreas con 8.490 metros, colocadas precisamente sobre la margen derecha del río Lebrija y entre las quebradas de Tisquirama y la desembocadura de la quebrada de La Raya, quebrada esta última que desemboca sobre el Lebrija, arriba de la desembocadura de la quebrada Caimán.

En primer lugar es notorio que la oposición de Ujueta Hermanos se refiere también a tierras que en ninguna forma puede amparar el título de Aguilar, como son las situadas entre las quebradas de Caimán y la quebrada de La Raya, pues ni siquiera en el año de 1868, en la venta de Dionisia Jiménez al presbítero José Tomás Pineda, se mencionó la quebrada de La Raya como posible límite de las tierras de *Román.* En esa venta se señaló la quebrada de Caimán.

En segundo lugar y por lo que respecta a las tierras que abarca la propuesta de Alberto Isaza, colocadas entre la quebrada de Tisquirama, el río Lebrija, la quebrada de Caimán y una recta entre las dos mencionadas quebradas, para la Corte no hay ninguna prueba, ni siquiera indiciaria, en el expediente, que acredite que la zona superpuesta fue efectivamente la comprendida por el título de Aguilar. Sobre el particular no hay más elemento de información que el dicho de los opositores, representados por su abogado, quien discurriendo alrededor de ese título edifica sus deducciones sobre la base indemostrada de que la adjudicación concedida a Aguilar avanza hasta el río Lebrija. Base cuya demostración era esencial para estar en capacidad de

asegurar que la propuesta de Alberto Isaza se superpone en una extensión determinada sobre las tierras de los señores Ujueta, amparadas por el título de Aguilar.

No estando acreditado, y al contrario, siendo evidente que la concesión otorgada a Aguilar no llegaba hasta el río Lebrija, sino que tenía por lindero otra línea distinta del río Lebrija, que no se ha identificado, como es el llamado monte de San Lorenzo, la aspiración de los opositores a que se declare de propiedad privada el subsuelo de las tierras colocadas sobre el río Lebrija es completamente infundada.

Para los opositores era obligación demostrar en el juicio la ubicación efectiva sobre el terreno de las *diez fanegas* contenidas en el título de Aguilar. Sin esa demostración, es decir, sin poner en relación, como tántas veces ha dicho la Corte en otros casos semejantes, la enunciación teórica del título con la realidad práctica de los terrenos comprendidos en él es arbitrario que el juzgador admita como postulados indiscutibles las afirmaciones unilaterales de las partes interesadas encaminadas a que se acepte que el título se extiende hasta donde ellas digan, sin importar las discordancias manifiestas de linderos existentes entre el título y los terrenos designados, o la falta de datos acerca de antiguas alinderaciones. Por eso la Corte, en sentencia de 5 de agosto de 1942, volvió a insistir en una idea que para ella es fundamental en el estudio de las titulaciones antiguas; esto es que una cosa es la validez de un título y otra muy distinta la *legitimidad* de la extensión de las tierras que en un momento dado posea una persona con base en él; y que el dictamen favorable sobre el valor legal de unos títulos no lo es, por sí solo y necesariamente, respecto al área determinada con la cual dichos títulos pretenden relacionarse. Y agrega la sentencia:

"Es pues esencial, a la luz de los principios jurídicos y del derecho positivo, la determinación del objeto sobre que recae el acto de enajenación y adjudicación por parte del Estado, de tierras que en virtud de ese acto pasan al patrimonio de los particulares.

"Como las adjudicaciones se hacen con el fin de traspasar y de adquirir porciones de tierra, es indispensable, para que el acto de la autoridad produzca efectos, que la extensión territorial se determine o concrete.

"Tal determinación se ha hecho siempre, a través de toda la historia, por medio de medidas que señalan el objeto de la declaración de voluntad, o por medio de linderos que encierran el área a que se refiere el mismo objeto. O señalándose por medidas la cabida o contenido de la adjudicación; o señalándose dicho contenido u objeto mediante linderos que fijen el perímetro de lo adjudicado.

"Al interpretar y aplicar actualmente las titulaciones de épocas remotas a casos concretos, ocurre a veces que se halla en los títulos una determinación completa de su contenido, hecha en medidas o que resulta de alindamientos precisos. Entonces no hay problema ni dificultad para deducir cuál es el área que naturalmente corresponde a aquellas titulaciones.

"En otros casos, por no existir medidas en los títulos ni datos que sirvan para hacer el alindamiento de las tierras, la determinación del área a que se refieren los títulos se hace muy difícil y en ocasiones imposible." (*Gaceta Judicial*, tomo LIII, número 1987, página 900).

En el título de Aguilar se determina el terreno por una cabida y por linderos. Pero ni la cabida se estableció, ni hay ningún dato acerca de dos de las líneas que se necesitan para cerrar el polígono, dentro del cual deben encontrarse las "diez fanegas" cedidas por el Estado.

Sólo hasta el año de 1868 en la venta de Dionisia Jiménez al presbítero José Tomás Pineda se viene a mencionar el río Lebrija como límite de las tierras vendidas. Pero como el título originario no menciona el río Lebrija, es claro que esa venta, en que no intervino el Estado carece de fuerza para comprometerlo. De manera que el lindero señalado en 1868 por el río Lebrija carece de virtud para complementar el título originario, pues se repite no existe ningún elemento en el proceso que haga verosímil que la adjudicación a Aguilar hiciérase hasta el río Lebrija.

Los opositores presentaron en el juicio el plano de la hacienda de *Román*, levantado por el ingeniero Abel Vargas. (Se observa que los opositores no hicieron el menor esfuerzo por acreditar la autenticidad y veracidad del plano. Sin embargo la Sala párte del supuesto de que él traduzca la realidad). En ese plano no se encuentra el monte de San Lorenzo, que era uno de los linderos de la adjudicación a Aguilar. Está marcada sí la "sabaneta" de la hacienda de *Román* hacia el extremo occidental de la hacienda. De acuerdo con la posición que se le asigna a la "sabaneta" el monte de San Lorenzo indicado en el título originario tenía que cerrar entonces el perímetro de las diez fanegas por el costado oriental del lote adjudicado, entre las quebradas de Tisquirama y Caimán. Desde 1868 se prescinde sin saber por qué del monte de San Lorenzo y se menciona como lindero oriental el curso del río Lebrija. En el plano del doctor Vargas figura un monte de San Lorenzo, pero

del otro lado de la quebrada de Tisquirama, al en que se hizo la adjudicación de las tierras. Por tal causa es imposible tener ese monte de San Lorenzo como el lindero señalado en la adjudicación, el cual debe encontrarse necesariamente entre las quebradas de Pozo y Platanal, según el auto de composición de las tierras de *Román.*

En suma identificáronse las quebradas de Pozo y Platanal. Pero falta la identificación de los linderos occidental y oriental contenidos en el título originario. Por lo cual no se puede conocer hoy día, con el solo dato teórico de los títulos, en qué parte, entre las quebradas Tisquirama y Caimán, están ubicadas las once fanegas, ni asegurar que la porción de terreno de *Román* que se da como invadida por la propuesta de Alberto Isaza, esté ciertamente comprendida por el título original.

Por último, la indeterminación actual de los terrenos de *Román,* enajenados por el Estado en el año de 1704 hace inútil e injurídico hablar de que con el mismo título de Aguilar y los demás que se otorgaron en el mismo siglo, se acredita la explotación económica de las respectivas tierras, para los efectos de conseguir mediante esa prueba la declaración de una prescripción según el régimen de la legislación española, pues careciendo de relación práctica los títulos con los terrenos que se dicen invadidos con la propuesta de Alberto Isaza la pretendida explotación económica consecuencialmente tampoco tiene respaldo.

Por lo tanto, los opositores señores Ujueta Hermanos no comprobaron que la propuesta de Alberto Isaza, en cuanto abarca terrenos ubicados en la margen izquierda del río Lebrija, entre las quebradas de Tisquirama, Caimán y La Raya, esté afectando subsuelo de propiedad particular, por haber salido el respectivo terreno, en alguna época, antes del año de 1873, del patrimonio del Estado.

CAPITULO IV

A

Las mercedes hechas a López de Arenis y al Capitán Juan Moñino.

La Compañía del Lebrija dueña de los terrenos de *Téllez,* dice que los expresados terrenos "salieron del patrimonio del Estado en virtud de las mercedes otorgadas en la época colonial al Gobernador don Juan Marrufo y Negrón entre los años de 1707 y 1722, y a don Miguel Francisco de los Ríos Redondo, Cristóbal Vallejo y José Naranjo, en los años de 1742 y 1743, también por las mercedes hechas al Capitán Juan López de Arenis en 1626 y al Capitán Juan Moñino en los años de 1617 y 1626".

Ya se estudió precedentemente la ineficacia del título otorgado a Juan Marrufo Negrón y Miguel de los Ríos Redondo, Cristóbal Vallejo y José Naranjo, en cuanto se refiere a los terrenos de Sabanas de Lázaro y Téllez. Sólo falta de consiguiente el estudio de las mercedes de Juan López de Arenis y Juan Moñino, que se presentan como título distinto e independiente de los anteriores, y en las cuales se intenta fundar también el hecho de que los terrenos de *Téllez* salieron del patrimonio del Estado por virtud de las mercedes expresadas.

Merced hecha al Capitán Juan López de Arenis.

Según consta en el expediente relacionado con el pleito sobre tierras, entre Antonio García de Bonilla y el Capitán López de Arenis (copia expedida por el Jefe del Archivo Histórico Nacional el 12 de septiembre del año de 1940) el último solicitó en 31 de julio de 1623 al Cabildo de Ocaña:

"....Vuestra Merced me haga merced de proveerme *por título de propiedad en la quebrada que llaman de Tisquirama, cuatro caballerías de tierras de una banda y otra de la dicha quebrada, donde mejor comodidad hubiere,* y que se entienda luégo *como en la dicha quebrada entra en los llanos....*"

Teniendo en cuenta lo pedido, el Cabildo concedió "al susodicho *las cuatro caballerías de tierra* que pide en su petición", según consta del testimonio del Escribano Pedro de León que en el mismo expediente aparece.

El día 21 de agosto de 1623 se le dio posesión al Capitán de las tierras solicitadas en merced. El acta respectiva dice en lo pertinente:

"....luego hoy veinte y uno de agosto de mil y seiscientos veinte y tres años, en virtud de la merced fecha, el dicho teniente de gobernador tomó por la mano al dicho capitán Juan López de Arenis, y *le metió en una vega de montaña que está en la dicha quebrada de Tisquirama,* y le mandó que en señal de posesión hiciese una cruz y la clavase en la dicha vega, y cortare unas ramas, y el dicho capitán Juan López de Arenis en su cumplimiento hizo la dicha cruz y la hincó, y cortó las dichas ramas, lo cual dijo hacía é hizo en señal de posesión, y la tomaba en *todas cuatro caballerías* de que se le hizo merced...."

Con fecha 18 de abril de 1626 el Gobernador y Capitán General de Santa Marta ratificó la merced hecha a López de Arenis de las cuatro caballerías.

B

Examen del título.

La merced otorgóse, pues, por *cuatro* caballerías de tierra, a una y otra banda de la quebra-

da de Tisquirama, "donde mejor comodidad hubiere", y que se entienda "luego como la dicha quebrada entra en los llanos".

El título limitóse a indicar la región en donde debían ubicarse las cuatro caballerías, las que no aparece se hubieran medido. Según la expresión subrayada el favorecido tenía el derecho a que se le dieran las caballerías en los sitios más cómodos para él. Estos sitios no se sabe dónde quedaron ni dónde se eligieron. La diligencia de posesión no suministra ninguna luz, al decir que el Gobernador tomó de la mano al Capitán López de Arenis, "y le metió en una vega de montaña que está en la dicha quebrada de Tisquirama". Ignórase la situación de dicha vega, lo mismo que la región en donde la quebrada de Tisquirama entra en los llanos. Por la imprecisión y vaguedad con que se alude a los puntos en referencia, aun sobre el terreno mismo será muy difícil indentificarlos. De consiguiente, ¿cómo es posible que se intente una identificación ideal, con la mera base de lo que se expresa en el título?

C

Mercedes concedidas al Capitán Juan Moñino.

Primera merced.—El 20 de noviembre de 1617, el Gobernador de la Provincia de Santa Marta hizo merced de *seis caballerías de tierra* al Capitán Juan Moñino, las cuales, según el decreto del Gobernador que en copia se ha presentado por el opositor, estaban situadas en jurisdicción de Ocaña *"en los llanos de las Aguadas, desde el sitio donde Hernán Sánchez de Rodrigo hizo unos corrales, yendo por el camino de Puerto Viejo sobre mano izquierda y mano derecha, y a donde Gaspar de los Reyes descubrió unas vegas y sabanas y arcabucos a confitar (sic) y correr a la cordillera y sierra, que va cerca y a la visde de la dicha Ocaña, por la parte de arriba del dicho pueblo, y en la parte y lugar que más lé convengan las dichas seis caballerías al dho. su parte* y me pidió y suplicó le hiciese merced de las *dichas seis caballerías en parte y debajo de los linderos* suso declarados...."

El acta de posesión de las precitadas seis caballerías, que lleva fecha 11 de marzo de 1618 dice que ellas *"comienzan desde una vega de sabana que está a mano izquierda, como van al hato de Miguel Sepido, corriendo la quebrada arriba, donde Hernán Sanchez de Rodrigo hizo un corral para el ganado vacuno que trajo a estos llanos,* y el dicho Antonio García (apoderado de Moñino) en el dicho nombre tomó la posesión.... y dijo la tomaba así mismo *en otra vega grande que está junto a ellas, y parte una quebrada que está en medio, con más todas las vegas que hubiere de sabana y montaña corriendo el río arriba de las Guaduas, de una banda y otra del dicho río de las Guaduas, hasta llegar al pie de la sierra en ancho y largo lo que perteneciere a las dichas seis caballerías."*

Ante el Escribano de Ocaña el día 2 de enero de 1620, Moñino traspasó la merced de las *seis caballerías* a Antonio García de Bonilla.

Segunda merced.—El 12 de abril de 1626 el Gobernador de la Provincia de Santa Marta hizo merced al mismo Capitán de *nueve caballerías* de tierra bajo las indicaciones contenidas en la respectiva petición así: *"la una caballería en el camino que el teniente Gil de Valdéz mandó abrir por la quebrada de Santa Inés, en todas las vegas y monte y sabanas que hubiese en la dicha quebrada de Santa Inés, y las ocho caballerías en Torcoroma y quebrada de las Guaduas, corriendo la quebrada a la mano izquierda, que sale a una quebrada a la mano izquierda, pasada la sabana del puerto a la otra banda, que cae a una quebrada, que se dice Tisqueroma,* las cuales dichas caballerías habría de tomar que más a su derecho convenga...."

Aparece en el expediente donde corren copiadas las anteriores piezas un recibo en que Moñino hace constar que recibió de Antón García de Bonilla "cincuenta pesos de plata corriente" por las nueve caballerías de que se trata.

C

Examen de las dos mercedes.

Las mercedes anteriores adolecen del mismo defecto de imprecisión y vaguedad anotado al título de López de Arenis. Las mercedes a Juan Moñino se otorgaron también por caballerías con indicación de los sitios en donde se debían medir. Se trató en la primera merced de seis caballerías "en los llanos de las Aguadas", etc. Pero ¿dónde están los demás linderos señalados para que dentro de ellos se eligieran y midieran las caballerías? ¿Cómo sería posible identificar hoy el sitio donde Hernán Sánchez hizo unos corrales; los llanos de las Aguadas; el sitio donde Gaspar de los Reyes descubrió unas vegas; o cualquiera de los demás puntos señalados con imprecisión semejante? Esas identificaciones, después de corridos tántos años, son imposibles aun sobre el terreno. Mayormente con la sola versión de los títulos.

Se trató en la segunda merced de *nueve caballerías:* una sobre un camino que un Teniente Gil mandó abrir en la quebrada de Santa Inés, en todas las vegas y montes y sabanas que hubiese en la dicha quebrada de Santa Inés; y las ocho restantes en Torcoroma y quebrada de las Guaduas, siguiendo los demás puntos señalados, los cuales se conocen en el papel, pero ignórase la relación que puedan tener con la realidad actual.

El abogado de la Compañía opositora afirma "que no puede alegarse que el terreno de *Téllez* tiene una extensión mayor que la comprendida en las mercedes, porque es indudable que la parte que queda superpuesta por el terreno de la propuesta, según el plano presentado, es precisamente de las tierras que comprenden las mercedes, tierras que salieron del dominio del Estado desde época remota. *No se trata aquí de fijar la cabida del terreno* (subraya la Corte) sino de excluír de la propuesta un bien que es de propiedad particular y no puede por tanto quedar comprendido en la concesión solicitada por el señor Isaza".

El opositor formula una afirmación y no la demuestra. Porque lo que él debía demostrar era precisamente que la parte que queda superpuesta por el terreno de la propuesta, según el plano presentado, es de tierras comprendidas en las mercedes. Y si para efectuar tal demostración había que fijar en medidas actuales la cabida de los terrenos que se asegura fueron enajenados por el Estado, la demostración por tal medio era ineludible.

De aceptarse la pretensión expresada en el párrafo transcrito del abogado de la Compañía opositora, no habría título por imperfecto y vago que fuese, que perdiera eficacia para demostrar la propiedad particular del petróleo. Bastaría con que el título mencionara directa o indirectamente un lugar o paraje geográfico determinado, como un río, una quebrada, una montaña, una cordillera, etc., para que ya se entendiera enajenado todo el territorio que a partir de ese lugar o paraje quiera señalar el actual interesado, sobrando toda investigación para descubrir qué fue lo realmente enajenado, bien por linderos o bien por cabida. Este criterio de interpretación de los títulos coloniales lo rechaza la Corte por ser ilegal, pues si actualmente los terrenos enajenados en época remota no se pueden conocer en su realidad física a la luz de los datos que arroje el título, por más completo que éste sea teóricamente, no pudiéndose traducir a la realidad práctica, carece de todo valor probatorio.

Por último, a propósito de todos los títulos que en este fallo se dejan examinados, la Corte reitera lo que expuso en providencia de 27 de junio de 1942, pronunciada en el juicio sumario de oposición a la propuesta de contrato sobre exploración y explotación de petróleos hecha al Gobierno por Frederick R. Ryan, doctrina que considera plenamente aplicable al caso de los títulos presentados por los dos opositores Ujueta Hermanos y Compañía del Lebrija, para fundar su respectiva pretensión al reconocimiento de la propiedad privada sobre el subsuelo de los lotes de *Téllez* y *Román*. En esa providencia se dijo:

"Cuando se trata de miles de hectáreas, de vastas extensiones de terreno que se pretende excluír de otro terreno; cuando han pasado decenas de años y aun siglos, la más leve variación o el más ligero cambio en un lindero, en un rumbo, en la referencia a un punto arcifinio, puede dar lugar a errores de gravísimas consecuencias en la determinación e identificación del predio de que se trate, razón por la cual el juzgador, en tales circunstancias equívocas, no puede atenerse a hipótesis ni a inferencias en esta materia, sino a la realidad topográfica y geográfica del predio, y esa realidad no puede conocerse con la seguridad o precisión que la ley exige en acciones de esta naturaleza, sobre todo cuando hay controversia o contradicción y han transcurrido tántos años, sino por medio de un reconocimiento directo u ocular del predio que se pretende excluír, para así localizar en el *terreno* la cosa a que se refiere el instrumento o título en que esa cosa aparece determinada teóricamente. No puede, pues, existir divorcio entre el título y el predio a que el título se refiere, o sea entre la cosa u objeto y el instrumento en que se funda el derecho de propiedad que sobre esa cosa se alega. El título da cuenta del predio en su existencia puramente *teórica*, cuando en aquél está bien determinado ese predio. La localización del predio en el *terreno* es la que acredita su existencia *real* cuando, puesta en relación la descripción abstracta o teórica del predio según su título o títulos *básicos*, con la realidad topográfica o geográfica, se encuentra que ese predio corresponde, *en el terreno*, a la descripción que de él se ha hecho teóricamente en el título o títulos que se invocan como determinantes de su existencia y como generadores del derecho de dominio que en él se pretende. La determinación e identidad de un predio, por lo general, no depende de que así lo exprese teóricamente un título, sino de esa realidad procesal, geográfica y topográfica, que resulta de poner en relación, en el terreno, lo que ese título exprese, con los elementos determinantes que sirvan para conocer el objeto a que el título se refiere, cuando median las circunstancias, susceptibles de inducir a error, a las cuales se ha hecho arriba referencia. Si el predio está bien determinado en el título primitivo, pero no es *identificable* claramente con los demás elementos determinantes que contienen los títulos posteriores, o con los anteriores de fechas más recientes en que los posteriores se apoyan, ya sea porque con el transcurso del tiempo o por cualquiera otra circunstancia esos elementos determinantes han cambiado, quiere decir que se ha roto la relación que debe existir entre el título y su objeto, que vuelve a confrontarse el problema de la indeterminación, y que al Juez no le es-

posible declarar ni la *identidad* del predio con respecto a ese título ni el derecho de dominio que se pretenda deducir en ese predio con base en ese título; y esto es así, porque éstas son situaciones jurídicamente correlativas; porque de lo indeterminado no puede surgir lo determinado, y porque de acuerdo con el artículo 593 del Código de Procedimiento Civil 'toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el presente título y conocidos universalmente con el nombre de pruebas.' Casos habrá en que la relación entre los títulos originarios, cuando ellos se aducen, el predio a que se refieren, y los títulos posteriores, puede establecerse sin gran dificultad, ya por la claridad en la descripción del predio en todos los títulos, ya porque las fechas de éstos son más o menos recientes, ya por la poca extensión del predio a que el título se refiere, o porque en caso de haberse efectuado cambios de nombres o de lugares con el transcurso del tiempo, las partes hayan hecho aclarar o rectificar oportunamente y en la forma legal, tales discrepancias en el juicio de que se trate. Sólo en ese caso podría ser innecesario el reconocimiento directo u ocular del predio, para constatar que su realidad teórica o meramente abstracta, de que da cuenta el instrumento respectivo, está conforme con su realidad topográfica y geográfica en el terreno." *(Gaceta Judicial,* tomo 53, número 1983, página 183).

CAPITULO V

Conclusiones.

Las conclusiones que se deducen de todos los razonamientos hechos en los capítulos precedentes son:

1º Que las oposiciones formuladas por Ujueta Hermanos y por la Compañía del Lebrija, basadas ambas en el llamado título del *Río Pescado,* constituído por las mercedes otorgadas a Juan Marrufo y Negrón en el año de 1707 y a Miguel Ríos Redondo, Cristóbal Ballejo y Joseph Naranjo, en el año de 1742, y en el hecho de que los terrenos de *Román* y *Téllez* salieron del patrimonio nacional por virtud del mencionado título, son infundadas.

2º También es infundada la oposición de Ujueta Hermanos, basada en el hecho de que el terreno de *Román,* o la parte de ese terreno comprendida por la propuesta de Alberto Isaza saliera del patrimonio del Estado desde el año de 1704, por virtud de la merced concedida a don Francisco Alberto Silvio de Aguilar, por cuanto no se identificó ni fue posible saber el lugar preciso de ubicación de las estancias enajenadas en virtud de ese título.

3º Igual suerte debe correr la oposición formulada por la Compañía del Lebrija, fundada en el hecho de que el terreno de *Téllez,* de propiedad de dicha Compañía saliera del patrimonio del Estado desde los años de 1617 y 1626, por virtud de las mercedes de tierras concedidas a Juan López de Arènis y a Juan Moñino, por cuanto son muy imprecisos y vagos los datos contenidos en tales mercedes referentes a las tierras a que ellas se refieren.

4º Como los documentos examinados fueron los únicos que se exhibieron para comprobar título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, síguese que los opositores Ujueta Hermanos y la Compañía del Lebrija dejaron sin comprobar que el petróleo que se encuentra en los terrenos de *Román* y *Téllez,* a que se contraen las oposiciones, es de propiedad particular (artículo 10, Ley 160 de 1936).

5º La insuficiencia de los títulos presentados por Ujueta Hermanos y la Compañía del Lebrija para localizar actualmente las tierras a que esos títulos se refieren, hace vano el empeño de los opositores tendiente a que se admita que dichos títulos arrojan pruebas de que existió antiquísima explotación económica en los terrenos de *Román* y de *Téllez,* con lo cual podría llegarse a alcanzar la prescripción de las tierras, según las regulaciones del derecho indiano. Sin la necesaria identificación actual de los predios dados en merced, tampoco hay dato acerca de los lugares en donde recayera la pretendida explotación económica.

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, y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 5º, aparte 4º, de la Ley 160 de 1936, decide que son infundadas las oposiciones formuladas por Ujueta Hermanos y la Compañía del Lebrija respecto de la propuesta de contrato de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, formulada por Alberto Isaza.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese esta sentencia en la *Gaceta Judicial.*

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

TACHA DE TESTIGOS

La tacha de uno o más testigos es un incidente que se promueve dentro del juicio por una de las partes litigantes para que, por medio de una articulación, se declare que determinada persona está impedida para actuar como tál en aquél, por el Juez que conoce del negocio, o de oficio por el mismo funcionario, a excepción de la tacha por parcialidad que tiene que alegarse por la parte interesada. Mas no basta hacer por escrito la manifestación de que se tacha a determinada persona para que no sirva como testigo en el juicio, sino que es necesario que se haga la mención del hecho o hechos en que la tacha se fundamenta, y que éstos se demuestren plena y oportunamente para que se haga la declaración de validez de la tacha, y para que la parte contraria tenga la oportunidad de probar que lo que se pide es temerario, si así lo fuere.

Rectamente se deduce del artículo 673 del Código Judicial que cada parte puede tachar a los testigos que la otra presente, pero siempre que se alegue en qué consisten los hechos constitutivos de la inhabilidad de los testigos, conforme a las causales que se determinan en los artículos anteriores al 673. Esta exigencia, en concepto de la Corte, no se satisface con la sola manifestación de que la tacha se hace "por parcialidad" del testigo, ya que son varias las causales de falta de imparcialidad que enumera el artículo 669 del mismo Código para que se descalifique la intervención del testigo, y que la contraparte, al contestar el traslado de la respectiva articulación y durante ella, no debe ignorar en qué consiste la tacha para aceptarla, si fue el caso, o para probar contra ella.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre diez y seis de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

En el juicio posesorio (despojo) que el señor Ernesto Rebolledo, en su condición de Gerente primer suplente, de *Hacienda Real, S. A.*, adelanta contra la Nación, ante el Tribunal Superior de Pasto, el señor Fiscal de éste, en representación de aquélla, pidió, en escrito de septiembre 28 de 1942, dentro del término probatorio, que se recibiera declaración a los señores Leopoldo Uribe M., Alberto Carvajal, Guillermo Aparicio, Ignacio Madriñán y Ricaurte Conde sobre varios puntos relacionados con el asunto que se debate.

Por providencia de septiembre 29 del mismo año, el Tribunal ordenó que se recibieran tales declaraciones, por conducto del Juez del Circuito en lo Civil de la ciudad de Palmira (Valle), de donde son vecinas las personas mencionadas.

El doctor Luis Córdoba Mariño, reconocido como apoderado de la parte demandante, en providencia de junio 19 de 1942, que corre a folio 53 del cuaderno número 1, en escrito presentado a la Secretaría del Tribunal y recibido por ésta en octubre 1º de 1942, manifiesta que tacha "desde ahora por parcialidad" a los testigos citados por el señor Fiscal del Tribunal, conforme con el artículo 673 del Código Judicial, y que de acuerdo con el mismo artículo probaría oportunamente los hechos que constituyen la tacha que formula.

Por providencia de octubre 3 de 1942, el Tribunal ordenó que se tramitara como articulación el incidente de tacha de los testigos mencionados, y, en consecuencia, que se corriera traslado al señor Fiscal del Tribunal, providencia de la cual se notificó personalmente este funcionario el 7 de octubre del mismo año.

El señor Fiscal del Tribunal, en escrito recibido en la Secretaría de esta entidad en octubre 14 de 1942, que corre a folio 2 y siguientes del cuaderno número 5, dijo que el auto en referencia —la providencia anterior— había sido motivada por el escrito del doctor Córdoba Mariño, en el que dice que tacha a los testigos presentados por la Nación, prometiendo oportunamente probar los hechos en que debe basar la tacha propuesta, sin que ninguno de tales hechos sea relacionado en el mismo escrito. El señor apoderado del demandante, continúa el señor Fiscal, "se limita a decir que hay parcialidad en los testigos presentados por la Nación, y cita en su apoyo el artículo 673 del Código Judicial".

"La tacha, si así puede llamarse lo presentado por el doctor Córdoba Mariño, no puede, al tenor del mismo artículo citado por aquél, proponerse en la forma como ha sido presentada, pues para ello es necesario exponer los hechos que puedan dar origen a la misma y no limitarse a dar la calificación que tales hechos puedan merecer de acuerdo con la ley procedimental. Los hechos que puedan motivar una tacha se encuentran fijados expresamente en los artículos 668, 669 y siguientes del Código Judicial. Si pues el señor apoderado de Hacienda Real S. A. no ha alegado los hechos que den base a la tacha que se pretende proponer, mal puede haberse aceptado por el Tribunal el escrito referido y menos ordenar que se me corra traslado, ya que éste tiene por objeto que la parte a quien el traslado se le corre, conteste al memorial que origina el incidente de tacha y en los términos en que tal tacha se ha propuesto, me encuentro en la imposibilidad de dar contestación alguna o rebatir los puntos de derecho en que pueda basarse el doctor Córdoba Mariño, pues ninguna relación o alegato de hechos se hace por el citado abogado".

Terminó pidiendo la reposición de la providencia mencionada arriba, y que en su lugar se dispusiera la no aceptación del escrito del apoderado del demandante, porque no llena los requisitos exigidos por el artículo 673 del Código Judicial.

El Tribunal acogió los puntos de vista sostenidos por el señor Fiscal del Tribunal, y, como consecuencia, *"revoca el auto de fecha tres de los corrientes,* y en su lugar resuelve *que no hay lugar a darle curso a la solicitud sobre tacha de testigos,* de que se ha hecho mérito".

De esta providencia, el doctor Córdoba Mariño, oportunamente, interpuso el recurso de apelación, el que le fue concedido por providencia de noviembre 25 de 1942, para ante la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Es por ello por lo que el negocio ha subido a esta Superioridad, y como ya se ha surtido la tramitación legal del caso, se entra a resolver.

En su vista, que obra a folio 5 del presente cuaderno, el señor Procurador Delegado en lo Civil dice que de acuerdo con el artículo 673 del Código Judicial, la parte que se considere con derecho a tachar los testigos de la otra debe ejercitarlo "alegando los hechos que constituyen la tacha", según los artículos pertinentes del Código; que la regla general es la de que toda persona mayor de catorce años es hábil para declarar como testigo, pero esta regla tiene excepciones, las cuales se encuentran taxativamente enumeradas en la ley y están constituídas por determinados hechos a los cuales el legislador les ha dado la virtud de constituír impedimento, entre esos se encuentran algunos que implican parcialidad en el testigo en cuya cabeza se realiza. Concluye diciendo que no sólo por disponerlo el artículo citado, sino porque así lo exige la lógica, que para aceptar una tacha y tramitarla es necesario que el peticionario manifieste los hechos en que la fundamenta, para que así tenga el Juez base para decidir si existe o nó la tacha, y las partes tengan puntos concretos dónde dirigir sus ataques, pruebas, contrapruebas, etc., y que en el caso mencionado el apoderado de la parte demandante se limitó a tachar por parcialidad a los testigos citados, pero sin mencionar los hechos concretos en que fundamenta su tacha, siendo de consiguiente su petición inadmisible, que fue lo que acertadamente resolvió el Tribunal en la providencia apelada. Solicita que se confirme en todas sus partes la mencionada providencia.

El doctor Bernardo Uribe Holguín, reconocido como apoderado del demandante en la presente alzada, en escrito recibido en la Secretaría de esta Sala en abril 9 del presente año, después de pedir que se revoque la providencia apelada, afirma que es cierto que en el memorial del doctor Córdoba Mariño de 1º de octubre del año pasado no se explicaron detalladamente los hechos de que se deduce parcialidad de los testigos, pero que tales hechos podían inferirse claramente de otras partes del expediente, y hace una enumeración de los mismos, en forma extensa.

Se considera:

La tacha de uno o más testigos es un incidente que se promueve dentro del juicio por una de las partes litigantes para que, por medio de una

articulación, se declare que determinada persona está impedida para actuar como tál en aquél, por el Juez que conoce del negocio, o de oficio por el mismo funcionario, a excepción de la tacha por parcialidad que tiene que alegarse por la parte interesada. Mas no basta hacer por escrito la manifestación de que se tacha a determinada persona para que no sirva como testigo en el juicio, sino que es necesario que se haga la mención del hecho o hechos en que la tacha se fundamenta, y que éstos se demuestren plena y oportunamente para que se haga la declaración de validez de la tacha, y para que la parte contraria tenga la oportunidad de probar que lo que se pide es temerario, si así lo fuere.

Rectamente se deduce del artículo 673 del Código Judicial que cada parte puede tachar a los testigos que la otra presente, pero siempre que se alegue en qué consisten los hechos constitutivos de la inhabilidad de los testigos, conforme a las causales que se determinan en los artículos anteriores al 673. Esta exigencia, en concepto de la Corte, no se satisface con la sola manifestación de que la tacha se hace "por parcialidad" del testigo, ya que son varias las causales de falta de imparcialidad que enumera el artículo 669 del mismo Código para que se descalifique la intervención del testigo, y que la contraparte, al contestar el traslado de la respectiva articulación y durante ella, no debe ignorar en qué consiste la tacha para aceptarla, si fuere el caso, o para probar contra ella.

Por consiguiente, el auto apelado es legal, y por ello la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, lo *confirma*.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial*.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Se confirma el auto recurrido.

En tratándose de la obligación de pagar una cantidad de dinero, los intereses **correspondientes constituyen la** indemnización **de perjuicios** por la mora **en el pago del capital. (Artículo 1617, Código Civil).**

La cláusula penal constituye la convención o acuerdo anticipado de las partes con respecto a los perjuicios que por el incumplimiento de la obligación se originaron. De ahí que, a menos de haberse estipulado así expresamente, no pueda pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios (Código Civil, artículo 1600); pero siendo este último, precisamente, el caso de autos, porque según la cláusula 7 de la precitada escritura, la señorita N. N., además de haberse comprometido a pagar en caso de demora de los cánones de arrendamiento un veinte por ciento como recargo, se comprometió a pagar un interés del dos por ciento mensual durante las demoras, no encuentra la Corte razón legal alguna para compartir el concepto del señor Procurador cuando dice que "en lo referente al mandamiento de pago por los 'intereses al uno por ciento desde el primero de octubre de mil novecientos veintinueve hasta el día del pago', la Procuraduría la encuentra abiertamente ilegal y la cláusula en que tales intereses se estipularon la considera nula, ya que al tenor de lo dispuesto por el ordinal 4º del artículo 1617 del Código Civil, las rentas, cánones y pensiones periódicas no producen interés", pues de un lado se tiene que cuando se ha estipulado así expresamente, la ley permite pedir, a la vez, la pena y la indemnización de perjuicios aun cuando la obligación sea la de pagar una cantidad de dinero (Código Civil, artículos 1547 y 1600), y, porque, por otra parte, del ordinal 4º del artículo 1617 del Código Civil citado por el señor Procurador, no se deduce que sea ilegal estipular intereses sobre rentas, cánones y pensiones periódicos, sino que sobre éstas no podrán cobrarse tampoco intereses atrasados, **conforme a la regla del ordinal 3º del mismo artículo.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre veintiuno de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Ibagué, legalmente comisionado por el señor Gobernador del Departamento del Tolima, según Resolución número 2 de 1931, pidió, en febrero 18 del mismo año, a nombre de este Departamento, al mencionado Tribunal, que "se sirva librar orden de pago por la vía ejecutiva contra la señorita María Gómez, por la cantidad de mil doscientos noventa y dos pesos; por los intereses (legales) de la cantidad de ochocientos cincuenta pesos ($ 850.00) a la tasa estipulada y a partir del primero de febrero del presente año, hasta el día del pago, y por las costas del juicio; que se decrete el embargo, avalúo y depósito de los bienes hipotecados y que el embargo se comunique al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito; y que la ejecución se intime a la señorita Gómez, con las formalidades del artículo 1027 del Código Judicial".

El demandante fundó su petición en la escritura número 29, de 9 de enero de 1929, de la Notaría 2ª de Ibagué, debidamente registrada, por la cual la señorita María Gómez recibió en arrendamiento los derechos de pontazgo de los puentes de Fusagasugá y Lagunilla por el tiempo y por las sumas en dicha escritura determinados, y constituyó hipoteca a favor del Departamento de la hacienda de su propiedad denominada "Conventillo".

El Tribunal, por medio de providencia que corre a folio 16 del cuaderno número 1, libró "orden de pago por la vía ejecutiva contra la persona y bienes de la señorita María Gómez, vecina de Ibagué, y a favor del Departamento del Tolima, representado por el señor Fiscal, por la suma de *ochocientos cincuenta pesos*, como capital, veinte por ciento del recargo sobre esta suma por la mora que asciende a *ciento setenta pesos* ($ 170), intereses al uno por ciento desde el primero de octubre de mil novecientos veintinueve hasta el día del pago, y por las costas del juicio".

Después de una larga y demorada tramitación, dentro de la cual se hizo toda clase de esfuerzos para intimarle a la señorita Gómez el mandamiento ejecutivo, se le nombró curador *ad litem*, a quien se le intimó dicho mandamiento ejecutivo y se decretó el embargo, secuestro y avalúo de la hacienda "Conventillo", que la ejecutada dio en hipoteca para garantizar el cumplimiento del pago, por la citada escritura pública número 29 de 1929.

Posteriormente a una serie de providencias encaminadas a hacer efectivo el mandamiento de pago ya dicho y antes de dictar la providencia de citación para sentencia de pregón y remate, en escrito presentado en octubre 19 de 1942, la señorita María Gómez se dio por notificada del tal mandamiento ejecutivo, pidió reposición de éste, y en subsidio apelación para ante la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Argumentó en favor de su petición que hacía ésta porque se extiende el auto ejecutivo al pago de la obligación principal —los $ 850 del trimestre— y la pena —los $ 170— del 20% sobre aquél y el 1% de interés mensual, violando en esa forma el artículo 1594 del Código Civil, que prohibe pedir todo al tiempo, a menos que se estipule la pena por el retardo o que el pago de ésta no extinga la obligación; que se tiene, pues, que no es factible el cobro de la obligación principal y la pena; que cuando la obligación principal es de pagar dinero, la consecuencia de la mora es la de que se siguen debiendo los intereses, convencionales o legales, lo último a falta de haberse estipulado los primeros, y que entonces no se necesita probar perjuicios, porque basta el simple retardo.

El Tribunal, al decidir sobre la reposición solicitada, transcribe la siguiente cláusula séptima del contrato del Departamento del Tolima con la ejecutada, "que pagará (la arrendataria) de conformidad con lo dispuesto en el artículo diez y seis (16) de la Ordenanza número veinticinco (25) de mil novecientos veintidós (1922) *en caso de demora en el pago un recargo del veinte por ciento* (20%) del valor de cada trimestre, en todo o en parte, sin perjuicio del interés del dos por ciento (2%) mensual, durante las demoras y las costas del juicio si hubiere lugar a éste...", para deducir que la pena del 20% se estipuló por el simple retardo en que incurriera la arrendataria, sin perjuicio del interés del dos por ciento mensual durante la demora; y que en este orden de ideas, la arrendataria se colocó dentro de los casos de excepción contemplados por los artículos 1594 y 1600 del Código Civil. Negó la reposición pedida y concedió la apelación para ante esta Superioridad, y es por eso por lo que el caso se encuentra en ella para decidir lo pertinente.

En su vista, el señor Procurador Delegado en lo Civil, manifiesta que son inobjetables las razones del Tribunal *a quo* para no reponer el auto reclamado, toda vez que la estipulación de la cláusula séptima coloca el caso en la hipótesis del artículo 1594 del Código, cuando dice "que antes de constituírse el deudor en mora no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena sino sólo aquélla, ni constituído en mora, demandar ambas cosas al tiempo", 'a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo; que éste, en cuanto a la parte del mandamiento que trata de la obligación principal y del recargo del 20% como pena, pero en lo que se refiere al pago de los intereses al uno por ciento desde el primero de octubre de 1929 hasta el día del pago, lo encuentra abiertamente ilegal y la cláusula en que se estipularon esos intereses la considera nula, porque de conformidad con lo dispuesto por el ordinal 4º del artículo 1617 del Código Civil, las rentas, cánones y pensiones periódicas no producen interés. Pide que, en defensa de la ley, se confirme el auto reclamado sólo parcialmente.

Tramitado como está este asunto, en la forma legal correspondiente, para resolver se considera:

La Sala encuentra que son pertinentes al caso, y fundadas, las alegaciones del señor Procurador en cuanto a la legalidad del auto apelado, desde el punto de vista de que tiende a hacer efectiva contra la ejecutada la obligación principal y la pena estipulada del 20% de recargo por el simple retardo en el pago del valor de los cánones del arrendamiento, pero en lo demás no las comparte.

En tratándose de la obligación de pagar una cantidad de dinero, los *intereses* correspondientes constituyen la *indemnización* de perjuicios *por la mora* en el pago del capital (artículo 1617 ibidem).

La cláusula penal constituye la convención o acuerdo anticipado de las partes con respecto a los perjuicios que por el incumplimiento de la obligación se originaren. De ahí que, a menos de haberse estipulado así expresamente, no pueda pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios (Código Civil, artículo 1600); pero siendo este último, precisamente, el caso de autos, porque según la cláusula 7ª de la precitada escritura, la señorita María Gómez, además de haberse comprometido a pagar en caso de demora de los cánones de arrendamiento un veinte por ciento *como recargo*, se comprometió también a pagar "un interés del dos por ciento

(2%) mensual durante las demoras", no encuentra la Corte razón legal alguna para compartir el concepto del señor Procurador cuando dice que "en lo referente al mandamiento de pago por los 'intereses al uno por ciento desde el primero de octubre de mil novecientos veintinueve hasta el día del pago', la Procuraduría la encuentra abiertamente ilegal y la cláusula en que tales intereses se estipularon la considera nula, ya que al tenor de lo dispuesto por el ordinal 4º del artículo 1617 del Código Civil, las rentas, cánones y pensiones periódicos no producen interés", pues de un lado se tiene que cuando se ha estipulado así expresamente, la ley permite pedir, a la vez, la pena y la indemnización de perjuicios aun cuando la obligación sea la de pagar una cantidad de dinero (Código Civil, artículos 1547 y 1600); y, porque, por otra parte, del ordinal 4º del artículo 1617 del Código Civil citado por el señor Procurador, no se deduce que sea ilegal estipular intereses sobre rentas, cánones y pensiones periódicas, sino que sobre éstas no podrán cobrarse tampoco intereses *atrasados*, conforme a la regla del ordinal 3º del mismo artículo.

Lo expuesto es suficiente para que la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, *confirme*, como en efecto confirma, la providencia recurrida.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Acción petitoria de pago de perjuicios.

1.—El fallo de las excepciones dilatorias, que desecha la excepción de cosa juzgada, no impide un segundo pronunciamiento sobre la misma cuestión, pues aquel fallo de carácter interlocutorio, no es cosa juzgada respecto de la sentencia. Como lo dice Ricci: "Con relación a la cuestión principal, la interlocutoria no puede regularmente constituír cosa juzgada, puesto que la resolución de la misma no puede ser prejuzgada por la del incidente.... Y todo porque la interlocutoria, con relación a la cuestión principal no es más que un medio considerado válido, en el estado respectivo de las cosas, para lograr su fin; de donde se infiere que si ocurre que el medio no sirve, la justicia y la lógica no consienten que la verdad, fin último del debate judicial, sea sacrificada al medio dispuesto para averiguarla".

2.—En los contratos administrativos también es aplicable la norma del artículo 1609 del Código Civil. No hay razón para que la administración adquiera el privilegio de que incumplidas por ellas cláusulas esenciales de un contrato administrativo, pueda sin embargo continuar exigiendo prestaciones que tienen su recíproca correspondencia, porque no se han prometido a título de mera gracia o liberalidad. Hay que abandonar por equivocada la creencia de que el contrato administrativo es como un reglamento dictado por la administración, que ésta unilateralmente puede interpretar, modificar o terminar, sin sujeción a las normas civiles de todo contrato. Semejante error ya ha sido combatido por la Corte en diversos fallos, especialmente en los de 6 de septiembre de 1935 y 9 de mayo de 1938, en donde con el mayor abundamiento se estableció por todos sus aspectos la diferencia entre contratos civiles y administrativos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre veintidós de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

1

Antecedentes del juicio.

El día 11 de noviembre del año de 1933 el Gobernador y el Secretario de Hacienda del Departamento de Boyacá, celebraron con el señor Gregorio Jaramillo, un contrato cuyo objeto fue el de permitir al contratista Jaramillo la instalación y el montaje de las fábricas que sean necesarias "para atender a la producción, expendio y consumo de bebidas fermentadas, chicha y guarapo, con las condiciones de salubridad e higiene señaladas por las leyes y ordenanzas vigentes, bebidas que deben ser del agrado y aceptación de los consumidores no sólo por su calidad sino por su precio equitativo en los Municipios de Tunja, Santa Rosa, Belén, Cerinza, Paipa, Corrales, Guateque, Soatá y El Cocuy, donde actualmente funcionan las fábricas acordadas en contratos anteriores". El Departamento contrajo la obligación especial de prestar al contratista "todo el apoyo necesario de su autoridad para que él pueda cumplir sus obligaciones, especialmente prohibiendo e impidiendo que se funden y patenten dentro de los lugares determinados en este contrato, fábricas similares donde se produzcan y consuman bebidas fermentadas con un impuesto inferior al de dos centavos por litro, en desacuerdo con la base que fija la Ordenanza 33 del año pasado y sin los demás requisitos exigidos por las leyes y otras disposiciones vigentes, con grave perjuicio para la renta y para los intereses del mismo contratista, y finalmente, a sostener a éste al frente de sus empresas o fábricas", por todo el tiempo estipulado en el contrato, que fue, según la cláusula novena, de dos años, a partir de la fecha del contrato.

Entre otras cláusulas del contrato, que son muchas, se destacan las siguientes. Por la *cuarta* Jaramillo se obligó, de acuerdo con las disposiciones legales que allí se citan, "a pagar en las Recaudaciones Municipales de Rentas Departa-

mentales, por décadas vencidas, el impuesto de dos centavos por cada litro de guarapo o de chicha que se dé al consumo en los Municipios determinados en este contrato". Por la *quinta* se convino que en ningún caso el impuesto mínimum que pague Jaramillo será inferior en los Municipios de Santa Rosa, Belén, Paipa y Corrales a la suma que se recaudaba mensualmente en dichos Municipios el mes inmediatamente anterior al en que Jaramillo hizo el montaje de sus fábricas; y en los Municipios de Cerinza, Guateque, Soatá y Tunja, los respectivos valores de ese mínimum se prefijaron en el contrato. En la cláusula *sexta* se dijo: "Si por efecto de este contrato y de las fábricas que Jaramillo va a establecer se notare mejoramiento en la renta de fermentadas, el Gobierno se compromete a darle licencia para establecer fábricas similares en los Municipios de Duitama, Samacá, Tibaná, Ramiriquí, Turmequé y Ventaquemada". En la cláusula *undécima* se expresó que el precio del licor "no podrá ser fijado por el Gobierno ni por ninguno de sus agentes, por ser un derecho del contratista, quien dentro de la libre competencia puede señalar el que imponga el mercado de cada lugar en relación con el valor de las materias primas, con los gastos de producción, con el importe del mismo impuesto, con el valor de los jornales, con la capacidad de los consumidores y, en general, con todos aquellos factores que regulen el movimiento ordinario y económico de industrias y negocios de esta naturaleza". Por la cláusula *décimatercera* el contratista se compromete a pagar "toda multa que el Gobierno o sus agentes le impongan por falta de higiene en las fábricas y en las bebidas y a pagar, además, por vía de indemnización al Departamento, la cantidad de quinientos pesos ($ 500) moneda corriente por el incumplimiento de este contrato en cada caso y en cada uno de los lugares donde dichas fábricas se establezcan". Por último en la cláusula *décimasexta* se prefijaron las causales de caducidad administrativa del contrato, entre las cuales ésta: "b) La demora en el pago oportuno de tres décadas consecutivas a que el contratista está obligado a consignar en las Recaudaciones. La declaratoria de caducidad se hará por medio de una resolución motivada, con la demostración plena de que el contratista, no obstante haberle prestado el Gobierno todo el apoyo legal de su autoridad, nombrando Recaudadores competentes, Guardias suficientes para celar el contrabando, organizar y modernizar las rentas y hacer respetar los derechos de éste, no haya cumplido sus obligaciones con grave perjuicio para el Departamento, resolución que debe notificarse en forma legal al contratista o a su representante y que dará derecho al Gobierno para hacer efectivas las sanciones pertinentes".

Por causa de divergencias en la interpretación y ejecución del anterior contrato, el contratista Jaramillo demandó ante el Tribunal Superior de Tunja al Departamento de Boyacá. La respectiva demanda instauróse en agosto del año de 1934, y en ella Jaramillo impetró las siguientes declaraciones:

Primera. La de que el Departamento demandado, por medio de hechos constitutivos de infracción cometidos por agentes regulares del Gobierno Departamental, ha faltado a las obligaciones que contrajo para con el demandante en el documento transcrito.

Segunda. Que en contraposición al incumplimiento del contrato por parte del Departamento, se encuentra el estricto cumplimiento que dio el demandante a las obligaciones correlativas que emanan del mismo contrato.

Tercera. Que como consecuencia de esas declaraciones, se condene al Departamento al tenor del inciso segundo del artículo 1546 del Código Civil, al cumplimiento estricto del contrato con indemnización de perjuicios, para lo cual queda a cargo del Departamento la obligación de restablecer al demandante, en el término que señale la sentencia, "en el pleno ejercicio, y con exclusividad de toda otra persona", de los derechos que le confiere el contrato y en el ejercicio de todos los derechos que emanen de él y por el tiempo pactado en el mismo, con la exclusión del tiempo transcurrido de la fecha del contrato (11 de noviembre de 1933) al 24 de enero de 1934, fecha ésta de la primera infracción del contrato por parte del Departamento. Y que se declare que al demandante, con exclusividad de toda otra persona, es a la única que le está permitida la instalación o montaje de fábricas necesarias para atender a la producción, expendio y consumo de bebidas fermentadas, con las condiciones previstas en el contrato, en los Municipios a que éste se refiere.

Cuarta. Que, subsidiariamente, si no puede hacerse la declaración anterior, "se condene al Departamento a indemnizar a cabalidad los perjuicios causados, y los que en lo sucesivo se le causen, con las infracciones hechas al contrato". Y que "tanto en el caso que se condene al pago de perjuicios a cargo del Departamento y a mi favor, con arreglo en lo pedido en el punto tercero, como en el caso que se acceda a decretar la petición subsidiaria, dichos perjuicios se me deben por el Departamento, desde la primera contravención, o sea desde el 24 de enero de 1934".

Como hechos de esta demanda el demandante adujo los que resumió así la Corte en sentencia de fecha 2 de mayo de 1938:

"Que estando este contrato en plena vigencia, el Departamento —el 24 de enero de 1934— ce-

lebró un contrato similar con el señor Luis A. Buitrago, para montar una fábrica en el Municipio del Cocuy (folios 10 vuelto a 13 del cuaderno número 1), y que asimismo se consumó la primera violación del contrato 'por cuanto ello implica el desconocimiento de su derecho de productor exclusivo de fermentadas'.

"Que el 13 de marzo de 1934, el Administrador General de Rentas, autorizado por el Gobernador, le comunicó al contratista Jaramillo una interpretación unilateral del contrato, con la cual insistió el Departamento en arrebatarle la exclusividad que le había dado para fabricar los fermentados en los Municipios mencionados en el contrato (folio 214 del cuaderno de pruebas de 1ª instancia), diciéndole 'que en ningún caso se había constituido a su favor un derecho exclusivo de producción', lo cual es una nueva violación del contrato, la que fue aunada con hechos positivos de desconocimiento de productor exclusivo.

"Que el 21 de marzo de 1934 celebró el Departamento otro contrato similar al suyo, con Jorge Gutiérrez, por el cual se autorizó a éste para montar una fábrica en Tunja para producir fermentadas (folios 8 a 9 del cuaderno número 1); que luégo (el 24 de junio de 1934, folios 5 a 7 ib.) celebró otro contrato de la misma naturaleza con Eduardo Riaño para la instalación de una fábrica similar a las que Jaramillo se había obligado, en el Municipio de Tunja.

"Que el 14 de mayo de 1934, por medio de una resolución (folios 14 y 15 del cuaderno 1º), la Gobernación le negó al demandante la protección que éste solicitaba, y que ella se solidarizó con la errada interpretación que al contrato le dio el Administrador General de Rentas en la nota de 13 de marzo de 1934.

"Que él (Jaramillo), por instrumento número 352 de 4 de mayo de 1934 (folios 79 y 80 del cuaderno de pruebas de 1ª instancia) dejó consignada su protesta por las infracciones anotadas.

"Que a solicitud suya se practicó una inspección ocular en la fábrica que había instalado en Tunja; y que en esa inspección quedó parcialmente establecida la bondad y calidad, en general, de dicha fábrica; se hizo la descripción de la misma, con las características especiales y condiciones higiénicas en que se producen las fermentadas, y quedó fijado el avalúo comercial de todos y cada uno de sus componentes.

"Que él (Jaramillo), por su parte, ha cumplido con todas las obligaciones que emanan del contrato, a pesar del desconocimiento que de sus derechos hizo la Gobernación.

"Que según la cláusula sexta del contrato, el Departamento se comprometió a darle licencia semejante a la concedida en el contrato, para establecer fábricas en otros Municipios.

"Que aunque en algunos de los Municipios en que él tenía la exclusividad se había producido un aumento en el consumo de fermentados, a pesar de sus solicitudes, el Gobierno no ha cumplido con la obligación de concederle esas licencias".

El Tribunal falló este litigio absolviendo al Departamento de todos los cargos de la demanda. Y como el demandante Jaramillo apelara de la sentencia del Tribunal, esta misma Sala de Negocios Generales de la Corte, previa la sustanciación de segunda instancia, en sentencia de fecha 2 de mayo de 1938, publicada en la *Gaceta Judicial* número 1936, tomo XLVI, páginas 579 a 593, revocó la sentencia del Tribunal y en su lugar falló así:

"*Primero.* Revócase la sentencia de primera instancia, de fecha diez de marzo de mil novecientos treinta y seis, de que se ha hecho mérito, menos en lo referente a costas.

"*Segundo.* El demandante Gregorio Jaramillo cumplió el contrato celebrado el once de noviembre de mil novecientos treinta y tres con el Departamento de Boyacá, mientras dicho contrato estuvo vigente.

"*Tercero.* El Departamento de Boyacá, por medio de sus agentes, infringió el contrato de que se ha hecho mención en este fallo. En consecuencia, por ser civilmente responsable de los perjuicios causados a partir desde el día en que se puso en vigencia el contrato de veinticinco de enero de mil novecientos treinta y cuatro, celebrado con Luis E. Buitrago B., se le condena al pago de ellos hasta el día en que el contrato ajustado con el demandante se declaró caducado (5 de octubre de 1934). Estos perjuicios se fijarán en forma legal (artículo 553 del Código Judicial), teniéndose en cuenta los causados con los contratos otorgados a Buitrago, Gutiérrez y Riaño, respecto a los lugares a que esos contratos se refirieron.

"*Cuarto.* Se absuelve al Departamento demandado de los demás cargos formulados en la demanda.

"*Quinto.* Sin costas en esta instancia".

La Corte negó la solicitud tercera de la demanda. En cambio decretó las restantes solicitudes en la forma que aparece concebida. Para desechar aquélla, razonó así:

"En la tercera petición se solicita que se condene al Departamento, de conformidad con el inciso 2º del artículo 1546 del Código Civil, al cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

"Para demostrar que esta petición no puede prosperar, se hacen las siguientes observaciones:

"El Gobierno Departamental declaró caducado el contrato por Resolución número 14, de 5 de octubre de 1934 (folio 163 del cuaderno número 2). Después, por la Resolución número 16 de 16 del mismo mes (folio 164 id.), dijo el Gobierno: 'Considerando: Que la Administración General de Rentas le ha consultado a la Secretaría de Hacienda respecto del alcance de la Resolución número 14 del corriente año sobre caducidad del contrato celebrado con el señor Gregorio Jaramillo para el establecimiento de fábricas de fermentados en algunos Municipios del Departamento, resuelve: Aclarar la Resolución número 14 de fecha 5 de los que cursan en el sentido de que, como el citado Jaramillo solamente ha infringido el contrato en cuanto hace relación a las cuotas a que está obligado por las fábricas establecidas en esta ciudad, 'como se expresa en los considerandos de la Resolución número 14', la caducidad de que trata la referida Resolución únicamente se refiere a la fábrica establecida en esta ciudad de Tunja'.

"Se pregunta si esta aclaración restrictiva del alcance de la primera Resolución es válida, o si por no serlo, la primera Resolución está vigente en todos sus efectos.

"Lo primero que hay que considerar es que la caducidad 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 incurra en incumplimiento de importancia. Cuando la entidad administrativa considera prudente hacer uso de ese derecho, pone fin a la convención, sin que valga otro procedimiento que la derogatoria de la resolución de caducidad, o que ésta se anule por autoridad competente cuando la nulidad se solicite dentro del término legal. Pero no puede el Gobierno aclarar su resolución en el sentido de que la caducidad sólo se refiere a una parte de la cláusula de un contrato cuando éste constituya una sola y única entidad. Proceder de otro modo, es modificar el contrato, si no es que ese procedimiento constituye una novación. Y es principio de Derecho Administrativo que la Administración no puede por su solo arbitrio, sin la anuencia de la otra parte, novar el contrato o modificarlo.

"Es evidente que el contrato constituye una sola y única entidad, aunque se refiera a un permiso concedido para varios Municipios. Basta para convencerse de esta aseveración releer el aparte *a)* de la *cláusula primera* del contrato, en donde se ve que se celebró uno solo y no varios; porque si para cada Municipio se hubiera celebrado un contrato, ello habría sido objeto de cláusulas especiales para cada uno de ellos, con determinación especial también de circunstancias propias para cada Municipio. Es bastante, además, para sostener esta tesis, el texto todo del contrato en que la voluntad de las partes aparece claramente manifestada a este fin, pues no se habla de contratos, sino de contrato, y donde todos los derechos y obligaciones son conexos, con una relación íntima entre sí; por eso se estableció como causal de caducidad 'la mora en el pago oportuno de tres décadas consecutivas a que el contratista está obligado a consignar en las Recaudaciones' (cláusula décimasexta).

"En consecuencia, la Administración, al declarar caducado el contrato, obró en ejercicio de lo pactado creyendo que el contratista había dejado de cumplir con lo de su cargo; y esa caducidad es válida, porque no fue revocada por la Administración, y porque el contratista no hizo uso de la acción correspondiente dentro del término legal (artículo 12 de la Ley 72 de 1925); mientras que la aclaración realizada en la Resolución número 16, no puede considerarse válida, por lo que queda expresado, pues ella constituye cuando menos una modificación del contrato, verificada sin el consentimiento de la otra parte contratante. Esta modificación surge de la circunstancia de haberse alterado con la Resolución mencionada una de las cláusulas esenciales del contrato.

"Podría argüirse que habiéndose presentado la demanda el 6 de agosto de 1934, el Departamento, estando demandado, no podía caducar el contrato el 5 de octubre del mismo año. Pero es lo cierto que podía hacerlo antes de trabarse la litis, lo cual se verificó con la contestación de la demanda el 16 de dicho mes de octubre. En estas circunstancias, el demandante habría podido, dentro del término legal, reformar la demanda; no habiéndolo hecho, la litis contestación quedó trabada sobre un contrato caducado.

"Habiéndose caducado éste, la solicitud tercera de la demanda, para que se declare que el Departamento está obligado a cumplirlo, es improcedente, porque la caducidad en materia administrativa equivale a la resolución en materia privada; y contrato resuelto es contrato sin vigor a cuyo cumplimiento no puede obligarse. En consecuencia, menos puede prosperar la solicitud de que se restablezca al demandante en el pleno ejercicio del contrato. Además, por la naturaleza de las circunstancias ya no puede obligarse al restablecimiento".

2

El juicio actual.

Ejecutoriada la sentencia que se acaba de mencionar, el señor Gregorio Jaramillo, sobre la base del mismo contrato de fermentadas con el Departamento de Boyacá, promovió nuevo juicio

contra esta entidad, ante el Tribunal del Distrito Judicial de Tunja, para que previo juicio ordinario, se hagan en sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que el Departamento de Boyacá, por obra de su representante administrativo, el señor Gobernador, al negarse a darle licencia al contratista Gregorio Jaramillo E. para establecer fábricas similares en los Municipios de Duitama, Samacá, Tibaná, Ramiriquí, Turmequé y Ventaquemada, según la cláusula sexta del contrato de fecha once de noviembre de mil novecientos treinta y tres, dicho Departamento violó el mencionado contrato, y se hizo responsable de los perjuicios causados al dicho contratista desde el 1º de agosto de 1934, fecha en que Jaramillo hizo su solicitud, hasta la terminación del contrato, esto es, hasta el 11 de noviembre de 1935, por cuanto ya Jaramillo E. había cumplido la condición allí estipulada.

"*Segunda.* Que por obra de la Resolución de caducidad dictada por el Gobernador del Departamento de Boyacá, en su carácter de Director y Jefe de la Administración Seccional, con fecha 5 de octubre de 1934, la entidad jurídica, Departamento de Boyacá, violó el contrato bilateral, celebrado por ella con el actor Gregorio Jaramillo E., el once de noviembre de mil novecientos treinta y tres; contrato de que da cuenta el documento privado protocolizado en la Notaría primera del Circuito de Tunja, el diez y ocho de noviembre del mismo año y al cual se refiere la escritura pública registrada número setecientos quince de esa misma Notaría.

"*Tercera.* Que el Departamento de Boyacá por obra de la citada Resolución de caducidad y por otros hechos realizados por sus agentes con autoridad, también constitutivos de violación del contrato de fecha once de noviembre de mil novecientos treinta y tres, al romper unilateralmente los vínculos contractuales que lo ligaban con el actor Gregorio Jaramillo E., se hizo civilmente responsable del pago de todos los perjuicios causados a éste, hasta el vencimiento del contrato aludido, es decir, hasta el once de noviembre de mil novecientos treinta y cinco.

"*Cuarta.* Que por virtud de la unidad e indivisibilidad del contrato de fecha once de noviembre de mil novecientos treinta y tres, los mencionados perjuicios se refieren a la totalidad de los Municipios comprendidos en dicho contrato.

"*Quinta.* Que como consecuencia de las anteriores declaraciones el Departamento de Boyacá debe al actor Jaramillo por concepto de perjuicios, la suma de dinero que se pruebe en este juicio o la que se fije en la ejecución de la respectiva sentencia.

"*Sexta.* Que por virtud de la declaración inmediatamente anterior se condena al Departamento de Boyacá al pago de las sumas dichas, dentro del término que el sentenciador fije".

Como hechos sustentatorios de la nueva demanda, el demandante citó los términos del contrato de fermentadas, la sentencia de la Corte con que terminó el primer juicio, las resoluciones de caducidad del contrato pronunciadas por el Gobernador de Boyacá en el mes de octubre de 1934, estando ya iniciado aquel juicio, y, por último bajo el aparte d), alegó que con fecha 1º de agosto del año citado, solicitó Jaramillo, en memorial dirigido al Gobernador de Boyacá, se diera cumplimiento a la cláusula sexta del contrato, permitiéndosele producir y dar al consumo bebidas fermentadas en los Municipios mencionados en la referida cláusula, solicitud negada por el Gobernador en oficio número 2394 de 22 del mismo mes de agosto.

El Departamento por medio de apoderado especial y antes de contestar la demanda, propuso como dilatoria la excepción de *cosa juzgada*, fundándose en la existencia del fallo anterior. Si bien el Tribunal halló probada la excepción, la Corte en recurso de apelación la desestimó, alegando que la nueva controversia versa sobre puntos del contrato de fermentadas que no fueron materia del primer pronunciamiento.

Obligado el Departamento a contestar la demanda, hízolo oportunamente, pero proponiendo además contrademanda contra Gregorio Jaramillo, con el objeto de que éste sea condenado a pagar al Departamento los perjuicios que le ocasionó por haber violado el contrato de fermentadas, en que Jaramillo apoya su acción.

Trabado el debate sobre las dos demandas, el Tribunal las falló en sentencia por medio de la cual declaró probada la excepción de *cosa juzgada* respecto de la petición primera de la demanda principal y de la reconvención, e infundadas las peticiones *segunda, tercera, cuarta, quinta* y *sexta*, de la demanda principal.

Contra esta sentencia se alzaron tanto el apoderado de Jaramillo como el del Departamento. Por tal causa el negocio vino a la Corte; aquí sufrió todos los trámites propios de la segunda instancia; y como está preparado para recibir el fallo final, a pronunciar éste procede ahora la Sala.

3

La excepción de cosa juzgada.

Está propuesta como perentoria la excepción de cosa juzgada. Al iniciarse el juicio se propuso como dilatoria. No prosperó. Pero el hecho de que entonces no prosperara, no inhibe a la Corte para examinarla de nuevo en la sentencia, con carácter definitivo.

El fallo de las excepciones dilatorias, que desechó la excepción de cosa juzgada, no impide un segundo pronunciamiento sobre la misma cuestión, comoquiera que aquel fallo, de carácter interlocutorio no es cosa juzgada respecto de la sentencia.

Ricci dice: "Con relación a la cuestión principal, la interlocutoria no puede regularmente constituír cosa juzgada, puesto que la resolución de la misma no puede ser prejuzgada por la del incidente..... Y todo porque la interlocutoria, con relación a la cuestión principal no es más que un medio considerado válido, en el estado respectivo de las cosas, para lograr su fin; de donde se infiere que si ocurre que el medio no sirve, la justicia y la lógica no consienten que la verdad, fin último del debate judicial, sea sacrificada al medio dispuesto para averiguarla".

Además, en el mismo fallo de las excepciones dilatorias la Corte se percató de que la cuestión quedaba sometida a la decisión definitiva de la sentencia; y así lo dio a entender cuando dijo: "Además, la excepción de cosa juzgada puede proponerse como perentoria o como dilatoria, esta última para que sea decidida antes de la contestación de la demanda. En el caso que se estudia, fue propuesta como dilatoria. Por consiguiente, al fallar el negocio, habrá ocasión de decidir en el fondo sobre todas las cuestiones relacionadas con la demanda".

* * *

La excepción de cosa juzgada opónese principalmente contra la declaración primera de la demanda. Según ella el Departamento de Boyacá es responsable de los perjuicios ocasionados a don Gregorio Jaramillo, por la violación de la cláusula *sexta* del contrato de fermentadas, al negarse a concederle licencia para establecer fábricas en los Municipios de Duitama, Samacá, Tibaná, Ramiriquí, Turmequé y Ventaquemada.

El primer juicio tuvo por objeto, según la respectiva demanda, el que se declarara que el Departamento, "por medio de hechos constitutivos de infracción cometidos por agentes regulares del Gobierno Departamental", había faltado a las obligaciones derivadas del contrato, y que se le condenara al pago de los perjuicios ocasionados por las referidas infracciones.

Las infracciones al contrato cometidas por el Departamento fueron relatadas en los hechos de la demanda y consistieron, según esa relación: 1º En que el 24 de enero de 1934 el Departamento celebró un contrato similar con Luis A. Buitrago para montar una fábrica en el Municipio de El Cocuy; 2º En que el 13 de marzo del mismo año el Administrador General de Rentas del Departamento le comunicó al contratista Jaramillo una interpretación unilateral del contrato en la cual le desconocía la exclusividad que se le había dado para fabricar las fermentadas en los Municipios mencionados en el contrato; 3º En que el 21 de marzo del mismo año el Departamento celebró otro contrato con Jorge Gutiérrez para el montaje de una fábrica en Tunja, y luégo el 24 de junio autorizó otro contrato con Eduardo Riaño para montar otra fábrica también en Tunja; 4º En que el 14 de mayo la Gobernación le negó a Jaramillo la protección que solicitaba, y 5º En que según la cláusula *sexta* del contrato el Departamento se comprometió a darle licencia semejante a la concedida en el contrato, para establecer fábricas en otros Municipios, y que aunque en algunos de esos Municipios se había producido un aumento en el consumo de fermentadas, el Gobierno no cumplió con aquella obligación, no obstante las solicitudes de Jaramillo.

La sentencia de la Corte falló estos cargos, declarando que el Departamento había infringido el contrato; y condenó al pago de los perjuicios consiguientes. Pero limitó el alcance de estos perjuicios, reconociendo únicamente los causados hasta el día en que el contrato se declaró caducado y ocasionados por razón de los contratos celebrados por el Departamento con los señores Buitrago, Gutiérrez y Riaño.

En la referida sentencia quedó absuelto el Departamento de todos los demás cargos de la demanda.

Una de las infracciones del contrato imputadas al Departamento por Jaramillo en el primer pleito, fue pues la tocante con la cláusula *sexta* del contrato, que ahora se vuelve a proponer.

Sobre esa infracción se trabó la litis en aquel pleito. Y sobre ella tenía que recaer la sentencia. Si bien fue cierto que en la parte motiva de ésta nada se dijo en relación con esa infracción, en cambio en la parte resolutiva el Departamento fue absuelto "de los demás cargos formulados". Y como entre los cargos expresamente formulados en la demanda estaba el de la violación de la cláusula *sexta* del contrato, con el mismo alcance y significación con que ahora se propone, esta cuestión quedó así definitivamente juzgada y desechada en la parte resolutiva del fallo, que es, interpretado de acuerdo con la demanda, el elemento esencial determinativo del verdadero alcance y extensión de la cosa juzgada.

De consiguiente respecto de la petición primera de la actual demanda en estudio, opera en realidad la excepción de cosa juzgada, que ordena estar a lo definitivamente juzgado y sentenciado en el primer litigio.

4

Las acciones de la segunda a sexta súplicas.

Lo importante de la cuestión planteada en las restantes súplicas del libelo, está contenido en la *segunda* y en la *tercera,* pues la *cuarta,* la

quinta y la *sexta* son mera repetición o desarrollo de lo ya pedido.

Concretando el derecho ejercitado en la segunda y en la tercera súplica, consiste en que con la resolución de caducidad del contrato de fermentadas dictada por la Gobernación de Boyacá con fecha 5 de octubre de 1934, se rompió unilateralmente el contrato, y eso constituye su violación, generadora de perjuicios, que el Departamento debe indemnizar.

* * *

Desde que se inició el incidente de excepciones dilatorias, el representante del Departamento ante la Corte convino en que, contra lo pedido teniendo por fuente de perjuicios la declaración de caducidad del contrato, no operaba la excepción de cosa juzgada, por haber sido materia ajena al primer pleito.

Eso es evidente y para confirmarlo basta reproducir la explicación que dio el mismo representante, que lo fue el señor Procurador Delegado en lo Civil, en su alegato de entonces a la Corte:

"No sucede lo propio con la segunda petición de la nueva demanda y sus consecuenciales, esto es todo lo referente a perjuicios que el demandante alega con causa en la declaración administrativa de caducidad del contrato de 11 de noviembre de 1933, pues tal cosa no fue materia de la primera demanda, ni, por consiguiente, quedó comprendida en el fallo que a ella recayó. Basta leer el contenido de aquélla, según la relación que se hace en el fallo, para concluir que el hecho de la declaración de caducidad del contrato no se expresó entre los fundamentos de la primera demanda como causa de perjuicios para el demandante. En esa parte no hay, pues, identidad jurídica de causa petendi en las dos acciones ejercitadas. Y hasta podría decirse que no hay tampoco identidad de objeto, pues una cosa es el daño patrimonial por infracción de una o más cláusulas determinadas del contrato, y otra distinta el que se hace provenir de la declaración de caducidad del mismo, no habiéndose alegado ésta entre las violaciones imputadas al Gobierno de Boyacá en la primera demanda".

* * *

Descartado pues el problema de la cosa juzgada en relación con las súplicas de que se ha hecho mérito, queda por ver la procedencia de éstas.

La Corte en el primer fallo decidió sobre los perjuicios causados por el Departamento de Boyacá al contratista Jaramillo a partir del día en que se puso en vigencia el contrato de 25 de enero de 1934, celebrado por el Departamento con Luis E. Buitrago, hasta el día en que el Gobernador dictó la resolución de caducidad.

En el mismo fallo declaróse también (numeral segundo) que "el demandante Gregorio Jaramillo cumplió el contrato celebrado el once de noviembre de mil novecientos treinta y tres con el Departamento de Boyacá, mientras que dicho contrato estuvo vigente". Es por consiguiente cuestión ya juzgada entre el Departamento y Gregorio Jaramillo, que mientras el contrato estuvo vigente, diole cumplimiento el segundo. El contrato estuvo vigente hasta el día en que el Gobernador profirió la resolución de caducidad (5 de octubre de 1934). Luego hasta este día se extendió el cumplimiento de Jaramillo declarado por la Corte.

Sobre la base sentenciada del cumplimiento de Jaramillo a sus obligaciones de contratista, en el presente pleito queda por examinar qué representa la declaración de caducidad como hecho generador de perjuicios.

* * *

El Tribunal de primera instancia entendió que "la cláusula de caducidad que se estipula en los contratos administrativos, como el celebrado por el Departamento de Boyacá con Gregorio Jaramillo, es de orden público y concede a la entidad administrativa el derecho de poner fin de manera unilateral al contrato cuando ocurran las causales previstas en el contrato o en la ley, de tal manera que si se aceptara la tesis sustentada por el señor Jaramillo de que el Departamento de Boyacá violó el contrato tántas veces citado por el hecho de haber dictado la Resolución sobre caducidad, sería tanto como desconocer una disposición de orden público y hacer nugatoria esta conquista del derecho administrativo alcanzada en Colombia cuando se expidió la Ley 53 de 1909 y el artículo 41 del Código Fiscal (Ley 110 de 1912).

"La misma ley que concede esta facultad a las entidades administrativas pone a salvo los derechos civiles de los particulares, en cuanto al resarcimiento de los perjuicios que pudiera causarles la Administración Pública por el abuso en el ejercicio de esta prerrogativa, pero para ello es necesario demandar ante la justicia ordinaria y dentro del plazo correspondiente la respectiva resolución de caducidad. Cosa que no hizo el contratista Jaramillo, como se afirma en la parte motiva de la sentencia de la honorable Corte Suprema acompañada en copia entre los documentos presentados con la demanda (cuaderno 1, folio 29)".

Eso dijo el Tribunal en la sentencia de primera instancia, recurrida, siendo ese el fundamento o razón que tuvo para absolver al Departamento.

Por su parte el representante del Departamento también alega que por estar en firme la resolución de caducidad, comoquiera que contra

ella no se ejercitó ningún recurso administrativo en tiempo, conserva completa validez legal, de lo cual resulta que es inepta para deducir de ella una acción de perjuicios.

De su lado el señor Procurador Delegado en lo Civil dice que la causa determinante de la declaración administrativa de caducidad fue la mora del contratista en el pago de tres décadas consecutivas del impuesto que, según el contrato, se hallaba obligado a pagar en las Recaudaciones Municipales, mora que ocurrió en lo relativo al Municipio de Tunja y que comprendió las tres décadas del 21 de abril al 20 de mayo de 1934. El demandante no intentó infirmar el fundamento de la Resolución trayendo al juicio la prueba del pago de las tres décadas. Luego permanece incólume el hecho negativo que de conformidad con lo estipulado daba derecho pleno al Departamento para declarar administrativamente la caducidad. Agrega el señor Procurador que en esta materia no es de aplicación el artículo 1609 del Código Civil "que gobierna los contratos del *derecho civil*, pero no los actos o contratos de la *Administración Pública*".

* * *

Estima la Sala que la circunstancia de que en el primer fallo de 1938, hubiérase expresado por ella el concepto de que la resolución de caducidad es válida "porque no fue revocada por la Administración, y porque el contratista no hizo uso de la acción correspondiente dentro del término legal (artículo 12, Ley 72 de 1925)", está lejos de envolver la idea de que la validez purga al Departamento de toda responsabilidad por daños.

La resolución es válida en cuanto no habiendo sido revocada por la Administración ni anulada por otro poder, representa un hecho consumado, que el Departamento ejecutó creyendo que obraba dentro del contrato. Necesario efecto de esa validez es que el contrato terminó el día que el Departamento lo dispuso, de manera que en adelante no había posibilidad de que el contratista siguiera gozando de las prerrogativas que el pacto le otorgaba, ni aun cuando el contratista hubiera pretendido que el contrato continuase en vigor. Es decir, que por no haber ejercitado el contratista en tiempo las acciones legales conducentes a invalidar la resolución de caducidad, ésta le obliga en cuanto dispone terminar la ejecución del contrato. Traducido en otras palabras este tenía que ser, en sentir de la Sala, el pensamiento expresado en la sentencia de 1938.

Y no podía ser de otra manera, dado que en 1938 la Corte tuvo en cuenta la resolución de caducidad, que no fue materia en ningún sentido de la demanda de Jaramillo, por haber sido posterior a la presentación de esta demanda, para dos únicos efectos: primero, con el fin de estimar, que siendo dicha resolución irrevocable en razón de su firmeza, hacía improcedente la solicitud de que el Departamento restableciera al contratista en el goce del contrato; y segundo, para limitar en consecuencia la indemnización de perjuicios hasta el día en que fue dictada la resolución. Mas como la Corte no estudió, ni pudo estudiar la legitimidad misma de la resolución de caducidad frente al contrato, porque ese hecho fue posterior a la demanda, está por juzgar, y ahora sí corresponde hacerlo, por ser una de las cuestiones controvertidas por el demandante, en qué grado el Departamento se ajustó al contrato declarándolo terminado antes de que él expirara naturalmente. A ese fin la Corte tiene competencia plena, porque de acuerdo con nuestro régimen legal al Poder Judicial compete de manera privativa el conocimiento de las acciones derivadas de resoluciones administrativas originadas en contratos celebrados por los Departamentos (artículo 38, numeral g), Ley 130 de 1913, y 73, numeral 1º, Ley 167 de 1941). A lo que se agrega, que tampoco está prescrita la acción civil de perjuicios contra el Departamento de Boyacá por el pronunciamiento de la caducidad, comoquiera que esa prescripción está sometida a los términos comunes del Código Civil. El artículo 3º de la Ley 53 de 1909 sería de impertinente aplicación al caso, pues esa disposición regula únicamente el plazo para intentar las acciones civiles respecto a resoluciones dictadas por los Ministros del Despacho Ejecutivo de que hablan los artículos 1º y 2º de la misma Ley. Las reglas legales en materia de caducidad o extinción de derechos son de interpretación restrictiva. En esa materia no caben aplicaciones por analogía.

* * *

Declarado judicialmente en el primer fallo que el contratista Jaramillo cumplió el contrato a todo lo largo de su vigencia, y siendo esta declaración cuestión definitivamente juzgada entre las partes, impónese como consecuencia necesaria la de apreciar la resolución de caducidad como un rompimiento injustificado por parte del Departamento. El contrato establecía un lazo jurídico que ataba a esta entidad con el contratista por el término de dos años que vencían el 11 de agosto de 1935. El Departamento decreta la terminación del contrato antes de esa fecha, en momentos en que el otro contratante lo estaba cumpliendo. Luego la caducidad representa un hecho violatorio del contrato, en detrimento de derechos legítimamente adquiridos. Ese hecho compromete la responsabilidad del Departamento, quien debe reparar los daños causados, pues en los contratos administrativos también tiene pertinencia la regla de conducta del artículo 1602 del Código Civil, según el cual todo

contrato es una ley para las partes que lo han celebrado, y no puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo o por causas legales. El contrato no por ser administrativo, deja en libertad a la Administración de someterse a sus estipulaciones, pues es norma tan seria como la del contrato privado. "Cuando el contrato se ha realizado definitivamente, aunque sea administrativo —dijo esta Corte en sentencia de 6 de septiembre de 1935 *(Gaceta Judicial,* tomo 42, página 586 y siguientes), y 9 de mayo de 1938 *(Gaceta Judicial,* tomo 46, página 483)— constituye una norma convencional que debe mantenerse, ya que si se suprimiera esa norma se alteraría la convención en sus fundamentos: primero haciendo desaparecer las garantías, que en los contratos se basan precisamente en su estabilidad; y segundo, porque se alteraría la equidad, desnivelando el principio de la igualdad de las partes ante el derecho, y porque se rompería la norma si ella dejara de ser convencional al permitirse que una sola de las partes la destruyera contra el principio de que el cumplimiento de la convención no puede dejarse al arbitrio de una sola de ellas. Todo esto, por razón de que realizado en su totalidad el contrato administrativo, él mantiene su inflexibilidad.... De forma que perfeccionado el contrato administrativo debe aceptarse un mismo criterio para los dos tipos de contratos (el administrativo y el privado), y, por consiguiente, será de rigor aplicar lógicamente las consecuencias que de ese principio se derivan, como que las condiciones establecidas en ellos son ley para las partes, cualesquiera que sean las entidades jurídicas que en ellos intervengan".

En los contratos administrativos también es de aplicación la norma del artículo 1609 del Código Civil. No hay razón para que la Administración adquiera el privilegio de que incumplidas por ella cláusulas esenciales de un contrato administrativo, pueda sin embargo continuar exigiendo prestaciones que tienen su recíproca correspondencia, porque no se ha prometido a título de mera gracia o liberalidad.

Hay que abandonar por equivocada la creencia de que el contrato administrativo es como un reglamento dictado por la Administración, que ésta unilateralmente puede interpretar, modificar o terminar, sin sujeción a las normas civiles de todo contrato. Semejante error ya ha sido combatido varias veces por la Corte en diversos fallos, especialmente en los ya citados de 6 de septiembre de 1935 y 9 de mayo de 1938, en donde con el mayor abundamiento se estableció por todos sus aspectos la diferencia entre contratos civiles y administrativos.

Lo que se deja expuesto respecto de la aplicación del artículo 1609 del Código Civil a los contratos administrativos y en particular al contrato del Departamento de Boyacá con Jaramillo, es hasta redundante en presencia de la declaración expresa del primer fallo, de que Jaramillo cumplió plenamente el contrato mientras estuvo vigente, es decir hasta el día de la declaración de caducidad. Este reconocimiento hoy no puede tocarse, a pretexto de acomodar la resolución de caducidad a lo prevenido en el contrato. Sin embargo se ha dicho algo alrededor de la aplicación del artículo 1609 a los contratos administrativos para no dejar sin oportuna rectificación el concepto al respecto del señor Procurador.

5

Los perjuicios.

Establecido que con la resolución de caducidad se violó el contrato, por cuanto el Departamento lo terminó antes del plazo estipulado, quedan por examinar los perjuicios indemnizables.

Está visto que el primer fallo condenó al pago de los perjuicios causados hasta el día 5 de octubre de 1934, fecha del decreto de caducidad.

Prosperando como prospera la petición *segunda* de la demanda, la condena debe hacerse por los causados desde la fecha indicada hasta el 10 de noviembre de 1935, fecha ésta en que vencía normalmente el contrato y hasta la cual tenía derecho Jaramillo de explotar el negocio de fermentadas en los términos estipulados.

Debe venir pues una liquidación motivada para fijar cuál fuera la ganancia que el contratista hubiera obtenido, del 5 de octubre de 1934 al 10 de noviembre de 1935, en el supuesto de que el contrato hubiera continuado su natural y convenida vigencia.

Y como se desecha la petición primera de la demanda, referente a que Jaramillo tenía derecho a establecer fábricas de fermentadas, según la cláusula *sexta* del contrato, en los Municipios de Duitama, Samacá, Tibaná, Ramiriquí, Turmequé y Ventaquemada, por lo que hace a estos Municipios no hay perjuicios qué liquidar.

De consiguiente los Municipios en donde pudieron ocasionársele perjuicios al demandante con la resolución de caducidad, debido a la paralización del negocio que en ellos estaba explotando Jaramillo, según el contrato, son todos los demás a que dicho contrato se refiere, o sea Tunja, Santa Rosa, Belén, Cerinza, Paipa, Corrales, Guateque, Soatá y El Cocuy.

Los perjuicios comprenden el daño emergente y el lucro cesante, ocasionado en cada uno de los Municipios expresados, a partir del 5 de octubre. Es decir de una parte la pérdida que sufrió Jaramillo en las fábricas que tenía establecidas, por valor de materiales, elementos y

materias primas que en adelante no pudo volver a aprovechar ni a utilizar en ninguna forma. Y por otra parte las ganancias líquidas que Jaramillo hubiera podido obtener en el tiempo que faltaba para vencerse el plazo estipulado en la convención.

Con relación a los Municipios de Tunja y El Cocuy el daño emergente que se ocasionó, fue ya reconocido en el primer fallo y liquidado en el respectivo incidente de ejecución de la sentencia, según providencia de fecha 5 de noviembre de 1940, publicada en la *Gaceta Judicial*, tomo 50, páginas 598 y siguientes.

En el término de prueba de la segunda instancia el demandante hizo practicar un avalúo pericial por medio de tres expertos que llegaron a conclusiones comunes.

Empero, tal experticio es inadmisible en su conjunto, debido a que los peritos partieron de las bases que les señaló el demandante y que para la Corte son equivocadas. En efecto, con relación al Municipio de Tunja y al de El Cocuy el avalúo comprende el daño emergente y el lucro cesante, siendo así que el primero, como está ya dicho, ya fue liquidado; y con respecto a los Municipios de Santa Rosa, Belén, Cerinza, Paipa, Corrales, Guateque y Soatá, el perjuicio se liquida desde el 15 de febrero de 1934, y no con referencia al 5 de octubre, que es lo legal, dado el alcance del primer fallo, que dejó juzgado el incumplimiento anterior al 5 de octubre.

Por otra parte en lo relativo al cómputo del lucro cesante los peritos hacen el cálculo del costo de producción y de los precios de venta, para deducir de ahí la utilidad líquida sobre un litro de chicha, teniendo por lugar de comparación los mercados de la chicha en Bogotá. Este procedimiento parece desacertado, comoquiera que el negocio de Jaramillo se realizaba en poblaciones determinadas del Departamento de Boyacá, de modo que, para ajustarse a la realidad, es en ellas donde deben buscarse los elementos principales del avalúo, el cual como es obvio debe partir del dato de lo que real y efectivamente estaba ganando el señor Jaramillo en cada una de las poblaciones indicadas, en la época en que el contrato fue caducado, sobre la base del consumo, precio de costo, y precios de venta de la chicha y el guarapo.

En el expediente existen numerosos documentos de origen oficial, traídos al juicio por el demandante en su mayoría, los cuales ofrecen elementos básicos muy importantes para hacer una liquidación razonada y real de los perjuicios causados al demandante a partir del 5 de octubre de 1934, tanto por razón de daño emergente como de lucro cesante.

6

Demanda de reconvención.

Para demostrar que contra la demanda de reconvención opera plenamente la excepción de *cosa juzgada*, opuesta por el apoderado de Jaramillo, es suficiente transcribir el respectivo estudio del Tribunal, contenido en la sentencia apelada:

"La parte petitoria de la demanda de reconvención presentada por el doctor Gabriel Venegas, como apoderado del Departamento de Boyacá, solicita que previos los trámites del juicio ordinario y con audiencia del demandado señor Gregorio Jaramillo, se hagan las siguientes declaraciones:

'Primera: Qúe el señor Gregorio Jaramillo en su condición de contratista obligado al Departamento de Boyacá a cumplir el contrato de once de noviembre de mil novecientos treinta y tres, violó dicho contrato y se hizo responsable a los perjuicios causados al Departamento de Boyacá desde la fecha en que Jaramillo violó el contrato y se puso en mora de cumplir sus obligaciones al Departamento.

'Segunda: Que el demandado Jaramillo E. es responsable a pagar al Departamento de Boyacá los perjuicios por incumplimiento del contrato referido en el punto anterior a partir de los hechos que motivaron la Resolución de fecha cinco de octubre de mil novecientos treinta y cuatro, dictada por el Gobernador de Boyacá.

'Tercera: Que el demandado Gregorio Jaramillo E. al no cumplir las obligaciones que le imponía el contrato referido atrás, causó graves perjuicios al Departamento de Boyacá.

'Cuarta: Que el demandado Gregorio Jaramillo E. como consecuencia de las declaraciones anteriores, debe al Departamento de Boyacá, por concepto de perjuicios, la suma de dinero que se pruebe en este juicio o se fije en la ejecución de la respectiva sentencia.

'Quinta: Que se condene en costas al demandado Jaramillo E.'

"Los hechos de la demanda se pueden resumir así:

"I. Por la cláusula sexta del contrato de 11 de noviembre de 1933 el Gobierno del Departamento se comprometió a darle licencia a Jaramillo para establecer fábricas de bebidas fermentadas en los Municipios de Duitama, Samacá, Tibaná, Ramiriquí, Turmequé y Ventaquemada, siempre que Jaramillo por su diligencia y cuidado mejorara la renta de bebidas fermentadas en los Municipios que estaban a su cargo para producir tales bebidas.

"II. Gregorio Jaramillo en su condición de contratista no cumplió con las obligaciones de mejorar la renta de fermentados.

"III. Gregorio Jaramillo no cumplió varias de sus obligaciones al Gobierno de Boyacá, tanto para mejorar las bebidas fermentadas como al no pagar el canon que en dinero efectivo debía consignar al Gobierno de Boyacá.

"Al contestar el traslado el doctor Tobías Monroy, como apoderado del señor Jaramillo, se opuso a que se hicieran las declaraciones impetradas en la demanda de reconvención. Negó los hechos segundo y tercero, y en cuanto al primero aceptó la estipulación de la cláusula sexta y dice: 'Por efecto del contrato y de las fábricas establecidas por el señor Jaramillo la renta de fermentadas del Departamento mejoró notablemente y el Gobierno del Departamento no dio licencia al señor Jaramillo para establecer fábricas similares en los Municipios de Duitama, Samacá, Tibaná, Ramiriquí, Turmequé y Ventaquemada'.

"Además hizo alusión el contrademandado a la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 2 de mayo de 1938 según la cual se hicieron las siguientes declaraciones: 'Primera. El demandante Gregorio Jaramillo cumplió el contrato celebrado el once de noviembre de mil novecientos treinta y tres con el Departamento de Boyacá, mientras dicho contrato estuvo vigente. Tercera. El Departamento de Boyacá, por medio de sus agentes, infringió el contrato de que se se ha hecho mención en este fallo'.

"Terminó el apoderado doctor Monroy manifestando que la demanda de reconvención es improcedente y proponiendo las excepciones perentorias de falta de acción, petición de modo indebido y todas las demás que resulten probadas.

"Todas las declaraciones de la demanda de reconvención, de prosperar implicarían la declaratoria de que Gregorio Jaramillo no cumplió con las obligaciones originales del contrato celebrado con el Departamento, y, como la sentencia que decidió de la demanda del 6 de agosto de 1934 declaró en el punto segundo de la parte resolutiva que 'el demandante Gregorio Jaramillo cumplió con el contrato celebrado el 11 de noviembre de 1933', se vendría a producir un fallo contrario a dicha declaración, en vista de que la relación jurídica controvertida en la reconvención ya fue fallada en el pleito anterior produciéndose así la identidad objetiva.

"Si el Juez, al estatuir sobre el objeto de la demanda, contradice una decisión anterior, estimando un derecho negado o desestimando un derecho afirmado por la decisión precedente, "se realiza identidad de objetos" dice la Corte en sentencia de Casación Civil de 27 de octubre de 1938, publicada en el número 1942 de la *Gaceta Judicial*.

"De otro lado, la violación de la cláusula sexta del contrato memorado, que se alega como hecho o causa fundamental en la demanda de reconvención, fue también materia controvertida en el primer pleito generándose así la identidad de la causa petendi y por ende el fenómeno de la cosa juzgada, ya que sobre la identidad objetiva y de los litigantes no hay lugar a dudar que existe igualmente.

"Acreditada como está la cosa juzgada, no hay lugar a estudiar las otras excepciones propuestas por el doctor Monroy".

7

Fallo.

A mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *resuelve:*

1º *Confirmar* el numeral *primero* de la parte resolutiva de la sentencia apelada de fecha 3 de octubre de 1940, y la declaración de que "está probada la excepción de cosa juzgada con respecto a la demanda de reconvención", propuesta por el Departamento de Boyacá.

2º *Revocar* el numeral *segundo* de la misma parte resolutiva. En su lugar la Corte decreta:

A—Por obra de la Resolución de caducidad dictada por el Gobernador de Boyacá con fecha 5 de octubre de 1934, el Departamento de Boyacá violó el contrato que había celebrado con el demandante señor Gregorio Jaramillo E. el once de noviembre de mil novecientos treinta y tres, de que se ha hecho mérito en el curso de este fallo, y se hizo responsable y se le condena al pago de los perjuicios causados al contratista Jaramillo desde la fecha indicada de la mencionada Resolución hasta el día diez (10) de noviembre del año de mil novecientos treinta y cinco (1935), fecha en que debía vencer normalmente aquel contrato.

El monto de tales perjuicios y su valor debe liquidarse por el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta las bases detalladas por la Corte en el capítulo *quinto* de este fallo.

3º *Niégase* la indemnización distinta de la que se reconoce en el mismo capítulo quinto de este fallo.

4º Sin costas el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en el próximo número de la *Gaceta Judicial.*

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

El auto que decreta pruebas es de sustanciación y no interlocutorio.

Corte Suprema de Justicia—Sala Dual de la de Negocios Generales—Bogotá, veintiocho de octubre de mil novecientos cuarenta y tres.

Para resolver un memorial que solicita la práctica de algunas pruebas en este juicio sobre pérdida de la nacionalidad colombiana iniciado por el doctor Alfonso Cifuentes y Gutiérrez, el señor Magistrado sustanciador doctor José M. Blanco Núñez dictó la providencia de 24 de septiembre pasado que decreta la práctica de las pruebas en mención. El señor Procurador Delegado en lo Civil solicitó reposición de este auto y, posteriormente, interpuso recurso de súplica, con la advertencia de que su objeto es el de que la Sala determine "si el auto reclamado es interlocutorio o de simple sustanciación".

El señor Magistrado sustanciador modificó parcialmente la providencia reclamada y dispuso que el expediente pasara a esta Sala Dual a fin de que ella resuelva con relación al recurso de súplica.

La Sala considera:

Según el numeral 2º del artículo 466 del Código Judicial son autos interlocutorios aquellos que "resuelven algún incidente del juicio o determinan la personalidad de alguna de las partes o de sus representantes, la admisión de la demanda, la denegación del recibimiento a prueba, o la práctica de cualquiera de ellas, y todos los demás que contengan resoluciones análogas..." El numeral 3º de la misma disposición advierte que los autos de sustanciación son los que "se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso progresivo a la actuación, dentro o fuera del juicio".

Como se advirtió en un principio, el auto reclamado se limitó a conceder unas pruebas solicitadas por una de las partes en el juicio; no se trata en él de resolver ningún incidente, determinar la personalidad de los litigantes o de sus representantes, denegar el recibimiento a prueba, o la práctica de alguna de las solicitadas, ni implica una resolución análoga a las que pudieran proferirse por los motivos enunciados.

Por el contrario, el auto de 24 de septiembre al decretar las pruebas solicitadas se limitó a disponer un trámite de los que la ley establece para dar curso progresivo a la actuación. Una providencia de esta naturaleza no se puede considerar fuera de la tramitación corriente de las actuaciones judiciales sino como elemento indispensable en el proceso; lo extraño sería que se negara a una de las partes, total o parcialmente, aducir pruebas para ilustrar el criterio del juzgador.

Estas consideraciones ponen de presente, en concepto de la Sala, y en completo acuerdo con el señor Magistrado sustanciador, que el auto reclamado es de sustanciación, por lo cual no procede conceder el recurso de súplica interpuesto por el señor Procurador.

En consecuencia, la Sala Dual de la de Negocios Generales de la Corte no concede el recurso de súplica interpuesto contra el auto reclamado.

Notifíquese y devuélvase el expediente al despacho del señor Magistrado sustanciador.

*Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Piloniet*a.—*Manuel Pineda Garrido,* Secretario.

No se repone el auto reclamado.—Ejecutoria de las sentencias.

1.—Si es obstáculo legal para oponer excepciones en el juicio ejecutivo la ejecutoria del simple auto de citación para sentencia de pregón y remate, mayor obstáculo es para tal recurso la aceptación por parte del ejecutado y consiguiente ejecutoria de la sentencia de pregón y remate, pues lo menos está comprendido en lo más.

De acuerdo con los artículos 753 y 754 del Código Judicial, por ejemplo, a la sentencia en juicio ordinario deben preceder los autos de traslado para alegar y el de citación para sentencia, pero si esta última se dicta omitiendo tales autos, y las partes la consienten, queda ejecutoriada con los efectos consiguientes a tal ejecutoria dentro del juicio en que se ha pronunciado (artículos 366 y 468), disposiciones según las cuales omitido el ejercicio del derecho de impugnar una providencia dentro del respectivo término, o el de interponer contra ella para ante el superior los recursos legales dentro de ese término, la providencia queda ejecutoriada.

2.—Para la Corte, la interpretación de la disposición del artículo 1042 del Código Judicial, es tan clara como sencilla: a) O la petición para que se formen lotes de los bienes embargados para facilitar la licitación y obtener mayores ventajas, está suscrita por sola una de las partes, o tal petición está hecha por todas ellas. b) En el primer caso, el Juez PUEDE, es decir, es facultativo para él, disponer que se formen o nó lotes de esos bienes, por lo mismo que la ley le ha dejado el poder de decisión sobre esta materia. c) En el segundo caso, el Juez "DEBE", está obligado en cualquier tiempo a disponer la formación de lotes para la subasta, y es obvio que ello se ordene así, porque ésta es la voluntad de "TODAS" las partes.

3.—Cuando se vende un inmueble designando claramente sus linderos, la venta debe entenderse que se hizo como de especie o cuerpo cierto y el vendedor queda obligado a entregar al comprador, sin alteración del precio, todo lo comprendido en los linderos, sea cual fuera la cabida del predio. Esto está de acuerdo con lo que prescribe el artículo 1889 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, cinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

Por medio de escrito presentado el cinco de octubre del presente año, el doctor Luis Eduardo Gacharná, como apoderado de la señora Amalia Salazar viuda de Ortega, pide reposición de la providencia de esta Sala del 28 de septiembre último por medio de la cual confirmó varios autos que había dictado el Síndico Recaudador del Impuesto de Herencias, Asignaciones y Donaciones de Bogotá en relación con el juicio de sucesión del señor Joaquín Salazar Díaz y con el ejecutivo adelantado para el pago del correspondiente impuesto.

Los argumentos del reclamante para pedir la reposición de que se trata, pueden sintetizarse así:

1º Que la Corte afirma en su auto del 28 de septiembre que como la señora Salazar viuda de Ortega consintió el auto de citación para sentencia de pregón y remate, las irregularidades alegadas por su apoderado no pueden ser materia de examen dentro del presente juicio ejecutivo; y como esto es erróneo, porque lo que se notificó a dicha señora fue la sentencia de pregón y remate, considera el reclamante que, por este motivo, el auto reclamado debe ser revisado y calificadas favorablemente sus reclamaciones.

Sobre este particular añade:

"Es la ejecutoria del auto de *citación* para sentencia de pregón y remate, no la ejecutoria de la sentencia de pregón y remate lo que determina la imposibilidad de proponer excepciones. Hé ahí por qué resultaba no sólo injusto sino cruel llamar a la señora que yo represento para notificarle *no el auto de citación* para sentencia sino la sentencia misma de remate. Aquel auto lo ignoraba la señora y por lo tanto, dentro de su ejecutoria no podía defenderse con excepciones; para ella no se ha ejecutoriado puesto que en el proceso no consta que lo conoce. Notificarle simplemente la sentencia de pregón y remate era avisarle que estaba decretada la ruina de su patrimonio en parte principalísima y decirle que ya eso no tenía remedio".

2º En cuanto a la interpretación y aplicación que la Corte le dio al artículo 1042 del Código Judicial, también la censura el reclamante diciendo que ¿cuál derecho del ejecutado sería ese (el de que se formen lotes de los bienes que van a rematarse) si para hacerlo valer necesitara que el ejecutante se lo refrendara?

Y añade:

"El segundo inciso del artículo 1042 del Código Judicial en que se basa la Corte contempla este caso: si no se ha ejercitado por la parte ejecutada el derecho de pedir la parcelación antes del avalúo o al hacerse éste o antes de iniciarse el remate, ya no puede ejercitarlo sino con el consentimiento del ejecutante. Ese no es nuestro caso. La señora a quien represento no supo cuándo se hizo el avalúo y por lo mismo en esa oportunidad no podía ejercitar el derecho; la señora mencionada ejercitó su derecho *antes* de iniciar el remate, es decir, cuando la ley le brindaba la última oportunidad de hacerlo sin la venia de la parte ejecutante. El Síndico le desconoció arbitrariamente lo pedido, diciendo que la parcelación no era conveniente. Fuéralo o nó al Síndico no le era dado certificarlo; le bastaba encontrarse enfrente de un derecho legalmente invocado para reconocerlo".

Se considera sobre el punto 1º

Si es obstáculo legal para oponer excepciones en el juicio ejecutivo la ejecutoria del simple auto de citación para sentencia de pregón y remate, mayor obstáculo es para tal recurso la aceptación por parte del ejecutado y consiguiente ejecutoria de la sentencia de pregón y remate; pues lo menos está comprendido en lo más. Pero se alega que a la señora Salazar de Ortega no se le notificó el auto de citación para sentencia de pregón y remate.

Si a la señora Salazar de Ortega se le notificó la sentencia que ordenaba el remate, sin que se le hubiera notificado el auto de *citación* para esa sentencia, quiere decir que ésta era una razón mayor para no consentir esta última providencia, y para proponer contra ella los recursos legales del caso, unos de los cuales eran, precisamente, los de ver de alcanzar su revocatoria y el de proponer los demás recursos que tuviera a bien, por lo mismo que no se le había notificado el auto de citación para esa sentencia. Pero la consintió, según consta en el expediente, y ejecutoriada, como quedó, dentro del juicio en que se dictó, quedó siendo ley del proceso, sin que le sea dable a la Corte revisarla en este mismo juicio. (Artículos 450, inciso final, 451, 456, 457, 468, 549 y 1030 del Código Judicial).

De acuerdo con los artículos 753 y 754 ibidem, por ejemplo, a la sentencia en juicio ordinario deben preceder los autos de traslado para alegar y el de citación para sentencia, pero si esta última se dicta, omitiendo tales autos, y las partes la consienten, queda ejecutoriada con los efectos consiguientes a tal ejecutoria dentro del juicio en que se ha pronunciado (artículos 366 y 468), disposiciones según las cuales omitido el ejercicio del derecho de impugnar una providencia dentro del respectivo término, o el de interponer contra ella para ante el superior los recursos legales dentro de ese término, la providencia queda ejecutoriada.

Por todo lo expuesto, se tiene que no influye para nada en el modo como la Corte ha decidido el presente negocio, la circunstancia de que al final de la parte motiva de su providencia del 28 de septiembre se hubieran empleado, erróneamente, las frases, "el auto de *citación* (sic) para sentencia de pregón y remate del bien embargado", en vez de haberse dicho: la *sentencia* de pregón y remate, pues ahí mismo quedó la base suficiente para ver que se trataba de un simple error de palabra, desde luégo que se lee en esa parte de tal providencia lo siguiente:

"Es consecuencia de lo expuesto en los puntos a) y b) que preceden y por el mismo distinguido abogado que representa a la recurrente, que después de ejecutoriado, como quedó, el auto de citación para sentencia de pregón y remate del bien embargado, no pueden prosperar, dentro del mismo juicio ejecutivo, los recursos y objeciones contra las providencias que posteriormente se dictaron por el funcionario ejecutor, entre ellas, las de los autos de 23 de mayo de 1942 en que se señaló nuevo día para el remate, y la de siete de septiembre, en virtud de la cual fue aprobado este remate, pues estas providencias no eran más que la consecuencia de haber quedado en firme o como ley del proceso, la orden de subastar la finca embargada".

Y ¿cuáles son los puntos a) y b) en que se apoya fundamentalmente esta providencia?

El punto b) se refiere a que, en sentir de la Corte, conforme al artículo 1042 del Código Judicial, la solicitud de parcelar la finca embargada no podía despacharse favorablemente porque no se había hecho por todas las partes y no existía unanimidad entre éstas en el juicio sucesorio del señor Salazar, como la misma poderdante del reclamante lo confesó en el escrito en que pedía que se suspendiera la ejecución, mientras se decidía en el juicio de sucesión una articulación sobre reemplazo del bien embargado, por otro, para pagar las deudas de la mortuoria.

Y el punto a) citado dice así:

"a) Después de notificada a la señora Amalia Salazar viuda de Ortega y ejecutoriada, como quedó, la providencia de pregón y remate de la finca de la calle once, en la forma decretada en esa providencia, no cabía ninguna excepción ni ningún incidente de nulidad (Código Judicial, artículos 457 y 1025). Si tal providencia hubiera sido apelada por la señora de Ortega, este hecho no sólo habría determinado ante la Corte el estudio de la legalidad de tal providencia, sino la del mismo mandamiento ejecutivo, que no le había sido notificado a dicha señora.

"Pasada esta ocasión —la de atacar oportunamente la sentencia de pregón y remate— sólo puede revisarse ésta por la vía ordinaria, según se desprende claramente de los artículos 457, 1029 y 1030 del mismo Código".

Dicho quedó, pues, en forma demasiado clara por la Corte que lo notificado a la señora Salazar de Ortega fue la *sentencia* de pregón y remate; que ésta fue la providencia consentida por ella, y que ejecutoriada como quedó, por tal motivo, la Corte no puede revisar tal providencia dentro del presente juicio.

De consiguiente, por este primer aspecto, no puede prosperar la solicitud de reposición de la providencia del 28 de septiembre último.

En cuanto al punto 2º se considera:

Para saber si la Sala le dio en su auto del 28 de septiembre una interpretación y aplicación erróneas, como lo afirma el señor apoderado de la apelante, al artículo 1042 del Código Judicial, hácese necesario ver qué es lo que dice tal artículo. Reza así:

"El Juez, a petición de parte, *puede* disponer por una sola vez, al hacerse el avalúo, o antes de que se inicie el remate, que se formen lotes de los bienes para facilitar la licitación u obtener mayores ventajas. Se atienden especialmente las indicaciones que haga el ejecutado. A solicitud de *todas las partes debe* disponerse lo dicho en el inciso que precede, en cualquier tiempo, suspendiéndose el remate en tal caso, si es necesario".

Para la Corte, la interpretación de la disposición del artículo 1042 del Código Judicial, es tan clara como sencilla:

a) O la petición para que se formen lotes de los bienes embargados para facilitar la licitación u obtener mayores ventajas, está suscrita por sólo una de las partes, o tal petición está hecha por *todas* las partes.

b) En el primer caso, el Juez "PUEDE", es decir, es *facultativo* para él, disponer que se formen o nó lotes de esos bienes, por lo mismo que la ley le ha dejado el poder de decisión sobre esta materia;

c) En el segundo caso, el Juez "DEBE", está obligado en cualquier tiempo a disponer la formación de lotes para la subasta, y es obvio que ello se ordene así, porque ésta es la voluntad de "TODAS" las partes.

En el caso de autos, la solicitud subsidiaria de parcelación de la finca embargada sólo la suscribió, por medio de su apoderado, la señora Salazar de Ortega, luego no era obligatorio, sino *facultativo* para el funcionario ejecutor acogerla favorablemente, conforme al precitado artículo 1042 y así no lo hizo exponiendo las siguientes razones que se leen en su auto del 23 de mayo de 1942:

"La descomposición de los bloques de la finca que va a rematarse y que solicita el apoderado, en subsidio, no es conveniente por las razones que la señora Amalia Salazar de Ortega expuso en el cuaderno número 8 del juicio de sucesión que al folio 7 dijo: 'La venta no puede referirse sino a lo inventariado y avaluado, y lo inventariado y avaluado fue, no una máquina, un torno, etc., sino una Empresa, una fábrica, un inmueble. La separación de la maquinaria desnaturaliza el bien inventariado y avaluado, acaba con la Empresa, echa por tierra el avalúo que ya está en firme, produce una desvalorización evidente y grave, da lugar a complicaciones con un nuevo avalúo.... El fraccionamiento de la casa que ha de subastarse es procedente cuando acarrea ventajas, no cuando trae pérdida, siendo éstas evidentes el Juez no puede propiciar lo que las causa aun cuando las partes callen, y yo no he callado, estoy diciendo que se va a vender cosa distinta de la inventariada, que de hecho extingue un bien relicto, que al desaparer la Empresa de aserrar madera, las solas máquinas pierden su valor y al ser éstas arrancadas del suelo se deterioran y su desvalorización aumenta'.

"El señor apoderado probablemente ignoraba estas razones de su cliente, que la Sindicatura encuentra ajustadas a las conveniencias de todos los herederos".

Y en cuanto a la petición hecha (folio 44 vuelto) por el señor apoderado de la señora Salazar de Ortega para que se ordenara un nuevo avalúo de la finca embargada porque "en el dictamen de los peritos que asistieron a la diligencia de secuestro se tuvo en cuenta por ellos una cabida sustancialmente distinta de la que ha resultado en verdad", la Sindicatura dijo lo siguiente en su auto de treinta de julio de 1942:

"Pide el señor apoderado de la señora Amalia Salazar de Ortega que se avalúe nuevamente la finca embargada, porque la cabida de ella es

substancialmente distinta de la que tuvieron en cuenta los peritos. Pero observa esta Sindicatura que los peritos no avaluaron la finca por su cabida sino por sus linderos; ellos le dieron un precio a toda la finca. Y se observa que en el juicio de sucesión los inventarios fueron objetados por la misma causa y el Juez no aceptó las objeciones. El hecho de mencionar varas en vez de metros, no altera la identidad ni el precio de la finca que los peritos valoraron, como se dijo, por linderos determinados".

La Sala no encuentra fundamento para descalificar las anteriores razones expuestas por la Sindicatura para no acceder a la solicitud subsidiaria de parcelación de la finca embargada, ni a la de nuevo avalúo de la misma. Por el contrario, considera que tales razones son suficientes para justificar esta negativa, acerca de la inconveniencia de dividir un inmueble que constituía una fábrica o empresa con todas sus maquinarias y enseres; y, en cuanto a lo relativo al nuevo avalúo del mismo inmueble, además de esta misma razón de inconveniencia para que se divida o parcele en dos lotes lo que constituye una fábrica o empresa, obra la de que, como lo dice la Sindicatura y consta al folio 8 vuelto, tal inmueble no fue avaluado por los peritos en relación con su cabida (por más que ésta hubiera resultado después mayor) sino como un cuerpo cierto, determinado por los linderos que se expresan en la respectiva diligencia de avalúo, junto con el edificio y máquinas que contenía tal inmueble.

Sobre el particular conviene recordar la doctrina, ya establecida en varios casos anteriores de que, cuando se vende un inmueble designando claramente sus linderos, la venta debe entenderse que se hizo como de especie o cuerpo cierto y el vendedor queda obligado a entregar al comprador, sin alteración del precio, todo lo comprendido en los linderos, sea cual fuere la cabida del predio.

Esto está de acuerdo con lo que prescribe el artículo 1889 del Código Civil.

Finalmente, si en tratándose de bienes que sólo pertenecen al ejecutado no puede interpretarse ni aplicarse la disposición del artículo 1042 del Código Judicial sino en el sentido que lo hizo la Corte en su auto del 28 de septiembre, menos aún podía corresponderle otra interpretación ni otra aplicación en tratándose —como aquí fue el caso— de bienes pertenecientes a una mortuoria ilíquida, en la cual hay varios copartícipes en desacuerdo, según aparece de autos.

En virtud de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, no accede a reponer su providencia del veintiocho de septiembre último.

Notifíquese, cópiese, insértese en el próximo número de la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Reducción de la cuantía de los bienes embargados.

La cuestión relativa a saber si hay exceso en la cuantía de los bienes embargados, para responder de lo que se cobra, es de hecho, que debe probar quien solicita la reducción, previa una articulación, cuando hay hechos que probar. (Artículo 395, Código Judicial).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

Con motivo del juicio ejecutivo relacionado con el pago de impuestos en el de sucesión del señor Federico Tovar Ibáñez, los albaceas señores Santiago y Gabriel Tovar Borda, pidieron con base en el artículo 283 del Código Judicial una reducción del embargo de los bienes embargados en el juicio primeramente nombrado, por el señor Síndico Recaudador del Impuesto de Sucesiones, Asignaciones y Donaciones de Bogotá.

Según consta en el cuaderno número 2, folios 2 a 3, la petición de los citados albaceas fue resuelta por la Sindicatura en auto del nueve de marzo del presente año, en el sentido de que se sustanciara como articulación y que, en consecuencia, que de ella se corriera traslado por dos días y que se formara cuaderno separado.

Por auto de once de marzo, la Sindicatura abrió a pruebas la articulación con nueve días, y por medio de memorial presentado el diez y seis de marzo, los albaceas, con el carácter de pruebas, pidieron lo siguiente:

"I.—Que se haga la liquidación de capital, intereses, recargos, para determinar el valor actual del crédito.

"II.—Que, como calculamos, en nuestra calidad de albaceas, —y es tal nuestra intención—, que el crédito se habrá cubierto en el término máximo de un año se calculen también todos los recargos a que haya lugar desde ahora hasta tal época y se agreguen a la liquidación actual.

"III.—Que por el señor Abogado Secretario, se certifique a nuestra costa sobre el valor total de los bienes embargados a la sucesión en acciones, créditos y distintos valores, estableciendo el exceso del embargo en relación con la liquidación que resulte hasta dentro del año calculado (cosa que no exige la ley, sino como coeficiente de seguridad para el lazareto)".

Por medio de auto de fecha seis de abril último, la Sindicatura, estimando que ya estaban "cumplidas las tramitaciones legales" falló la articulación negando la reducción del embargo que se había solicitado; y como los solicitantes no obtuvieran la reposición que de esta providencia pidieron, de ella se les concedió apelación para ante esta Superioridad, la que después de sustanciado el recurso y oído el señor Procurador Delegado en lo Civil, quien es de opinión que debe ser confirmada tal providencia, pasa a decidirlo con las siguientes consideraciones:

Sin anticipar concepto sobre la legalidad de la solicitud del ejecutado, pues no es éste el momento de calificarla, la Corte observa lo siguiente:

Aceptado como quedó, por el funcionario ejecutante que la solicitud de reducción de la cuantía de lo embargado, hecha por el ejecutado, debía tramitarse como articulación, como así lo dispone el artículo 283 del Código Judicial, la tramitación de tal incidente quedaba sujeta a las reglas del artículo 395 ibídem.

Parece que el abogado Síndico entendió después que la cuestión propuesta era de puro derecho, y de ahí que no ordenara practicar las pruebas que pidió el ejecutado en su escrito presentado durante el término probatorio y el cual se ha citado; pero no lo entiende así la Corte.

La cuestión relativa a saber si hay exceso en la cuantía de los bienes embargados, para responder de lo que se cobra, es una cuestión *de hecho* que debe probar quien solicita la reducción. Por manera que la petición de prueba hecha aquí por la parte ejecutada debió resolverla previamente el funcionario ejecutante en el sentido que lo hubiera estimado legal; mas no podía, sin ello, fallar de plano la articulación, según lo hizo, porque de acuerdo con el citado artículo 395, si hay hechos que probar el incidente debe abrirse a pruebas por nueve días, y es expirado este término, ordenado que se practiquen las pedidas en tiempo y previo informe del Secretario, cuando el Juez puede pronunciar su decisión, pues de lo contrario se vulneraría el derecho de defensa de las partes. Y si la mis-

Acción de nulidad de un remate.

Una cosa es la nulidad de un remate, y otra, bien distinta, la nulidad del juicio ejecutivo en que tal remate se efectuó. Pedida y decretada la nulidad del juicio ejecutivo en el cual se llevó a cabo el remate, éste también queda sin efecto; pero no viceversa, pues el remate sólo puede anularse por las causales determinadas en la ley, o cuando expresamente se ha pedido la nulidad de todo el juicio ejecutivo. Si se pide la nulidad del remate solamente, pero de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda lo que se deduciría es la nulidad de la actuación anterior a este acto, la demanda no puede prosperar, pues como bien lo anota el señor Procurador, se estaría fallando entonces más allá de lo pedido por el actor, en una demanda manifiestamente inepta por incongruencia en sus términos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, quince de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

El señor José Joaquín Gómez A., en siete de octubre de mil novecientos cuarenta, demandó ante el Tribunal Superior de Bogotá, por los trámites del juicio civil ordinario de mayor cuantía, la que ha estimado en la suma de cinco mil pesos moneda legal, y con citación del representante legal del Departamento de Cundinamarca y del señor Carlos Rojas, la nulidad del remate verificado en el Juzgado de Ejecuciones Fiscales del Departamento de Cundinamarca, el 8 de julio de ese mismo año, en el juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva, seguido por el mencionado Departamento contra el señor Florentino Acosta y el demandante, por alcance decretado contra la primera de estas dos personas, en las cuentas correspondientes al mes de junio de 1933, como "Estanquero de Chapinero", remate que tuvo por objeto una casa de propiedad del señor Gómez.

Pidió que se ordenara al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Gachetá la cancelación de la inscripción del remate; que se ordenara al señor Carlos Rojas le entregara la finca rematada por los linderos relacionados en el escrito de demanda, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia definitiva; que se condene a los demandados a pagarle los perjuicios consiguientes por causa de la nulidad, los que serán avaluados por peritos, dentro del juicio, y que se condene a los demandados a pagarle las costas del juicio, si se oponen a esta demanda.

Presentó como fundamentos de hecho lo que sigue:

Que el Administrador de Rentas de Cundinamarca nombró al señor Florentino Acosta, Estanquero de Chapinero; que por escritura pública número 1416, de agosto 22 de 1932, de la Notaría 4ª de esta ciudad, el demandante, señor Gómez, se constituyó fiador del señor Acosta para responder de los alcances que le fueran decretados o deducidos en el desempeño de su cargo; que por fenecimiento número 2 de junio 30 de 1933, confirmado por Resolución número 2116 de 8 de julio del mismo año, se decretó un alcance por $ 2.275 moneda corriente contra su fiado, correspondiente a junio del mencionado año; que el Juzgado de Ejecuciones Fiscales de Cundinamarca libró mandamiento ejecutivo contra el señor Acosta y contra el demandante, el 8 de agosto de 1933, providencia que le fue notificada al primero de éstos; que a folio 15 del cuaderno principal del expediente dice el Secretario del funcionario ejecutor: "Informo a usted que a pesar de haber hecho las diligencias del caso, no se ha podido saber el paradero del señor José Joaquín Gómez A. y por consiguien-

---

ma Sindicatura ordenó abrir a pruebas el incidente, es porque consideró que había hecho que probar.

Por todo lo expuesto y obrando de acuerdo con el artículo 505 ibidem, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, *revoca* el auto apelado, y en su lugar decide que se practiquen las pruebas pedidas y luégo se falle por el funcionario ejecutante, en el sentido que lo estime legal, la articulación abierta.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

te, no ha sido posible notificarle el mandamiento ejecutivo"; que conforme se ve en el anterior informe, no se indica en dónde se le buscó, cuántas veces —"que conforme a la ley son cuatro—" para que se pudiera proceder al emplazamiento de conformidad con disposiciones legales sobre procedimiento; que sin habérsele aplazado legalmente, el Juzgado procedió a nombrarle Curador (al demandante) al señor Braulio Rodríguez, quien se posesionó del cargo el 19 de octubre de 1933, se le autorizó para ejercerlo el 23 del mismo mes y el 30 del ya dicho se le notificó el mandamiento ejecutivo; que tal nombramiento se hizo con base en el artículo 1001 del Código Judicial, sin llenar la formalidad que exige dicho artículo, no obstante que en la misma escritura de fianza se hace constar su vecindad y residencia, que es Bogotá; y que, por lo mismo, no aparece la prueba sumaria exigida por la ley, y que sin esta previa formalidad no podía hacerse el nombramiento de Curador *ad litem;* que por auto de 3 de noviembre de 1933, se ordenó su emplazamiento, el cual fue publicado en la *Gaceta de Cundinamarca* número 5265 de febrero 5 de 1935; que el 11 de marzo de 1935, antes del vencimiento del plazo de 1 a 30 días y los 10 días más que ordena el artículo 317 del Código Judicial, y sin hacer las tres publicaciones que dispone el mismo artículo, se nombró Curador *ad litem* al mismo señor Braulio Rodríguez, quien se posesionó del cargo el día 15, antes de estar ejecutoriado el auto de nombramiento, y el cargo se le discernió el 18 de marzo citado; que como se ve no se dio cumplimiento a ninguna de las condiciones que requiere el artículo 317 mencionado, pues su residencia era conocida y no se trataba de persona incierta o desconocida, ni se hizo nombramiento de curador al vencimiento de los cuarenta días ordenados (artículo 317 del Código Judicial) que de haberse cumplido el precitado artículo 317 en el orden de prelación que él indica respecto del órgano en que se debe hacer la publicación, "estoy seguro —dice— que me habría informado del emplazamiento al hacer la publicación en un periódico de la localidad, como es costumbre. Por esto, no pude representar en el juicio".

Por último, que en las diligencias de avalúo que se verificaron dentro del juicio, la finca no fue recorrida por los peritos, ni la identificaron, deficiencias legales que llevó a éstos al error, contra sus intereses, a avaluar una finca en $ 160.00, cuando el mismo certificado de libertad llevado a los autos para constatar el valor del inmueble que iba a ser objeto de la hipoteca, aparece que éste costó $ 4.000.

Fundamentos de derecho.

Funda su demanda en los artículos 76, inciso 2º; 156; 448, inciso 3º; 450, inciso 4º, parte final, y 457, Código Judicial, Título XVIII, Libro 2º del mismo Código Judicial; artículos 1741 del Código Civil y 15 de la Ley 95 de 1890 y sus concordantes.

En la misma petición de demanda, solicitó que se tuviera como su apoderado en el presente juicio al doctor Roberto Mora Toscano, quien fue reconocido como tal por providencia de octubre 15 de 1940, folios 1 y siguientes, y 4 vuelto del cuaderno número 1.

Admitida la demanda, se le dio traslado de ella al señor Fiscal del Tribunal y a Carlos Rojas. El primero de éstos, la contestó aceptando los hechos, con excepción de los puntos 5º, 6º, 7º, 8º y 9º, a los que se refirió, diciendo: "Al quinto. Es cierto en cuanto al informe que se encuentra al folio 15 del cuaderno principal del juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva, seguido ante el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales contra José Joaquín Gómez A. y Florentino Acosta, informe que se transcribe en el hecho. *No es cierto* (subraya el Fiscal) en cuanto a las condiciones que el demandante afirma deben reunir los informes de las Secretarías de Juzgado y Tribunales, de la naturaleza del informe a que se refiere este hecho, ni en cuanto a las condiciones que fija el mismo demandante como necesarias para proceder a un emplazamiento cuando la residencia del demandado no es conocida; el referido informe cumple los requisitos señalados en el artículo 317 del Código Judicial.—Al sexto. No es cierto, en la forma en que lo afirma el demandante. El referido Juzgado nombró curador adlitem (sic) del ejecutado José Joaquín Gómez A., al doctor Braulio Rodríguez, acreditado sumariamente que dicho señor, deudor del Departamento de Cundinamarca no tenía residencia conocida, no se había podido saber su paradero como dice el informe, es decir, se ignoraba su paradero, dando aplicación para el nombramiento al artículo 1001 del Código Judicial. El hacer o no nombramiento de curador *ad litem* en la forma en que se hizo, es cuestión de derecho que corresponde a la sentencia.—Al séptimo. Es cierto que por auto de 3 de noviembre de 1933 se ordenó el emplazamiento, en el juicio referido, del entonces ejecutado y hoy demandante señor José Joaquín Gómez A. No me consta y niego el hecho en esa parte, para que se pruebe, que tal auto de emplazamiento no se hubiera publicado sino una sola vez en el número de la *Gaceta de Cundinamarca* que se cita en este hecho.—Al octavo. Es cierto que por auto de 11 de marzo de 1935 se nombró curador *ad litem* de José Joaquín Gómez A., al doctor Braulio Rodríguez, quien tomó posesión de ese cargo

el día quince del mismo mes, discerniéndosele el mismo cargo por auto de 18 del mismo mes de marzo. No me consta, y lo niego para que se pruebe que dicho nombramiento se hubiera hecho antes de vencerse el plazo que señala el artículo 317 del Código Judicial y sin hacer las publicaciones que dispone el mismo artículo; como tampoco me consta, y lo niego para que se pruebe que el doctor Rodríguez tomara posesión de su cargo antes de estar ejecutoriado el auto de nombramiento. Lo demás de este hecho son consecuencias que el demandante deduce y que dependen de probarse o nó el mismo hecho. Al noveno. No me consta y lo niego para que se pruebe. En todo caso, de existir las deficiencias legales que afirma el demandante, ellas serían motivo, en su debido tiempo, de objeciones al avalúo a que se refiere este hecho."

Termina el señor Fiscal negando el derecho invocado por no ser pertinente, y no aceptando la cuantía fijada por el demandante, pero se abstuvo de objetarla por virtud de la competencia del Tribunal para conocer del presente juicio porque se trata de demanda contra un Departamento, folios 4 y siguientes del cuaderno número 1.

El señor Rojas contestó el traslado, oponiéndose a las pretensiones del demandante, especialmente a lo que se refiere a la entrega que éste debe hacer de la finca rematada y a la condenación de costas y perjuicios; manifestó que no le constaban ninguno de los hechos de la demanda, y que hacía uso del derecho que le consagra el artículo 1899 del Código Civil en armonía con el 235 y siguientes del Código Judicial, sobre denuncia del pleito y solicitó que se citara al representante del Departamento de Cundinamarca para que defendiera la finca objeto del remate en el juicio ejecutivo de que se ha hecho mención, y para que se le declare responsable de la evicción al Departamento de Cundinamarca en caso de que él sea privado de todo o parte de la finca dicha, por sentencia judicial.

Tramitado el negocio dentro de las formalidades legales pertinentes, y no habiendo las partes alegado de conclusión, ni hecho uso de las pruebas allegadas al juicio en la primera instancia, como aparece de autos, el Tribunal, después de manifestar que la petición principal de la demanda persigue la nulidad del remate en sí por falta de formalidades prescritas para hacerlo, artículo 451, numeral 2º, Código Judicial; que ninguno de los hechos fundamentales de la misma está relacionado con los artículos 1037 y siguientes del mismo Código, como propias e indispensables para la celebración del acto mismo del remate, cuya omisión es la que origina nulidad de ese acto, continúa el mismo; que todos los hechos expuestos se resumen en falta de emplazamiento en forma legal al ejecutado José Joaquín Gómez, para que se presentara al juicio ejecutivo, informalidad que ocasionaría la nulidad del juicio de conformidad con el artículo 457 del Código Judicial, pero que eso no fue lo demandado; que existiendo incongruencia entre las peticiones de la demanda y los hechos que la fundamentan, generan una ineptitud en ella, por lo que la acción no puede prosperar. Que el demandante no ha demostrado siquiera que el remate, cuya anulación se pide, se haya celebrado; que no puede alegarse como nulidad falta de formalidades de un remate que no se sabe si se efectuó; y que de ello se sigue que no puede saberse tampoco si es aplicable o nó al caso de autos el numeral 2º del artículo 451 del Código Judicial. Terminó absolviendo a los demandados de los cargos que se les formularon en la demanda. (Folios 14 vuelto a 15 del cuaderno número 1).

Notificado de la sentencia anterior, el doctor Roberto Mora Toscano, en cinco de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, firmó, manifestando que apelaba. Folio 19, cuaderno número 1.

Por providencia de marzo tres de 1942, se concedió el recurso de apelación interpuesto, folio 17, cuaderno número 1, y es por ello por lo que el presente juicio ha subido a esta Sala de Negocios Generales. Como ya está agotada la tramitación legal respectiva, se entra a resolverlo.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en su vista, que obra a folio 7 del presente cuaderno, dice que el hecho fundamental de la demanda está contenido en el numeral 6º de la misma, y que consiste en que en sentir del demandante, en su caso no se realizó la hipótesis del artículo 317 del Código Judicial ni la del 1001 del mismo, y que aunque esto hubiera sido así, no se llenaron a cabalidad las formalidades exigidas por la ley para esos casos; de donde concluye el actor que el remate es nulo por no haber él estado debidamente representado ni haber sido legalmente emplazado.

Continúa el señor Procurador, manifestando que la cuestión propuesta ha de plantearse así: "El demandante solicita se decrete la nulidad de un remate porque en su opinión se cometieron algunas irregularidades dentro del juicio, para su emplazamiento". Y como no se ha hecho referencia en parte alguna a que se hubieran pretermitido alguna o algunas de las formalidades que se prescriben para el remate de bienes, en sí mismo.

Sostiene el señor Procurador que existe un principio general constantemente sostenido y aplicado por la jurisprudencia, que consiste en que al estar las nulidades establecidas para enmendar las irregularidades o defectos dentro de los juicios, la ley no autoriza que se haga la solicitud de declaración fuera de ellos de los

defectos e irregularidades en que se haya podido incurrir; y que esta regla general sólo tiene una excepción, la de los casos previstos en los artículos 451 y 457 del Código Judicial. Que por lo dispuesto en este último artículo la parte que no fue notificada, emplazada o no estuvo representada, legalmente en el juicio, puede pedir por la vía ordinaria que se declare la nulidad del juicio; que si de lo que se trata es de falta de formalidades prescritas para el remate de bienes, que se pretermitieron las señaladas en los artículos 1037, 1038, 1039, 1043, 1044, 1052 y concordantes del Código Judicial, y si además el remate ya fue aprobado, entonces, al tenor del mismo artículo 457, la nulidad proveniente de esas causas sólo puede alegarse en juicio separado. Que si la parte que estuvo mal representada en el juicio es la que solicita el derecho de nulidad, la solicitud debe encaminarse a obtener la nulidad de todo el juicio, porque es éste el viciado, totalmente la nulidad y no simplemente el remate; pero que si de lo que se trata es de que se pretermitieron algunas de las formalidades prescritas para el remate, entonces sí es procedente la petición encaminada para que se declare nulo el remate solamente, pues es de suponerse que todo lo demás fue correcto y legal. Sintetiza diciendo que dentro de los casos de excepción hay dos acciones: nulidad del juicio por falta de citación o emplazamiento o por indebida representación de una de las partes, y la de la nulidad del remate, que fue la ejercitada por el actor, quien alegó las causales de nulidad del juicio; que esta discrepancia entre lo pedido y la llamada "causa petendi", hace que se imponga el fallo absolutorio, y agrega: "porque si se encontrara ser ciertas las causales alegadas y se declarara la nulidad del remate, conforme se solicita, resultaría el absurdo de que a pesar de haber estado mal representado el actor en todo el juicio, éste no sería nulo sino que la nulidad sólo cobijaría el remate, quedando toda la anterior actuación en firme; y si encontrado que las causales alegadas sí existieron y se declarara la nulidad de todo el juicio, entonces se estaría fallando *plus petita*, más de lo que quiso obtener el actor".

Concluye el señor Procurador manifestando que por todo lo dicho queda explicada suficientemente la actitud de su despacho en presencia del fallo apelado en el cual se dijo: "La incongruencia entre las peticiones de la demanda y los hechos que la fundamentan generan una ineptitud en ella, por la cual, la acción no puede prosperar" y como esa ineptitud, agrega, es sustantiva, lleva fatalmente al fallo absolutorio.

Para decidir, se considera:

La Corte no encuentra reparo alguno que hacer a las razones expuestas por el Tribunal *a quo* y por el señor Procurador, y por tanto, las comparte, por hallarlas respaldadas en la ley y en las constancias del expediente.

En efecto, una cosa es la nulidad de un remate, y otra, bien distinta, es la nulidad del juicio ejecutivo en que tal remate se efectuó. *Pedida* y decretada la nulidad del juicio ejecutivo en el cual se llevó a cabo el remate, éste también queda sin efecto; pero no, viceversa, pues el remate sólo puede anularse por las causales determinadas en la ley o cuando *expresamente* se ha pedido la nulidad de todo el juicio ejecutivo.

Si se pide la nulidad del remate solamente, pero de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, lo que se deduciría es la nulidad de la actuación anterior a este acto, la demanda no puede prosperar, pues como bien lo anota el señor Procurador, se estaría fallando entonces más allá de lo pedido por el actor, en una demanda manifiestamente inepta por incongruencia en sus términos.

Este es, precisamente, el caso de autos, según se advierte fácilmente por los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya el actor y que se dejan en forma extensa citados en la presente providencia, según los cuales el demandante no se refiere más que a la circunstancia de que, según él, no fue legalmente citado y emplazado en el juicio ejecutivo en que se verificó el remate cuya nulidad pide y en que a la finca rematada se le dio un avalúo inferior a su precio verdadero.

Sin expresar en qué consistieron los hechos y fundamentos legales que acrediten la invalidez de tal remate y pedida únicamente la nulidad de éste, no puede accederse a decretar que el remate es nulo.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia apelada.

Sin costas.

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

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Reforma de un acto ejecutivo. Extensión de la fianza.

Siendo el contrato de fianza unilateral con relación al fiado, pero consensual con relación a éste y al acreedor, la fianza no puede extenderse, sin consentimiento del fiador, a obligaciones distintas de las contraídas por éste, según claramente se deduce del artículo 2373 del Código Civil. Y aunque en el caso de autos el fiador convino en responder por cualquier suma que Murillo quedara a deber, o por cualquier motivo, **en concepto de la Sala, "por genéricas que fueran tales declaraciones, no podían extenderse sino al asunto principal del cual la fianza constituía la obligación accesoria, esto es, a cualquiera suma que por cualquier motivo quedara debiendo Murillo como telegrafista de la Oficina de Telégrafos de Quibdó".**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, quince de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

El Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, por providencia de octubre 22 de 1942, libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor del Tesoro Nacional y en contra de la persona y bienes del señor Serbelio A. Murillo "Jefe de la Oficina de Giros Postales de Quibdó (Chocó)" y la de su fiador, señor Ramiro Rodríguez C., por la suma de $ 6.404.80 moneda corriente; por los intereses sobre dicha suma a la rata del 12% anual, contados a partir del 16 de mayo de 1942, hasta la fecha de su pago, y por las costas de la ejecución, si se causaren (folio 15, cuaderno número 1).

En la misma providencia, conforme al artículo 274 del Código Judicial, decretó el embargo preventivo de un inmueble de propiedad del fiador, señor Rodríguez; una casa, situada en la calle 9ª, de la ciudad de Quibdó, denominada también "Alameda Reyes", cuyos linderos están determinados en dicho Decreto de embargo, el cual fue inscrito en su parte pertinente, en noviembre 13 de 1942 (folios 15 y 25, cuaderno número 1) en la Notaría de Quibdó.

El fundamento de la providencia ejecutiva es el auto de fenecimiento número 921, pronunciado por el Auditor Fiscal del Banco Postal de Quibdó, en 30 de junio de 1941, confirmado y declarado ejecutoriado por el señor Contralor General de la República, auto que tiene como antecedentes lo que sigue:

Nombramiento que la Intendencia del Chocó hizo en la persona del señor Serbelio Murillo para el cargo de Jefe de la Oficina Telegráfica de Quibdó, el 20 de enero de 1932, y el que se le hizo provisionalmente por Resolución número 9 de 1937, del Ministerio de Correos y Telégrafos (Visitaduría General), Administrador de Correos de Quibdó. El señor Murillo se comprometió a desempeñar el primer cargo de conformidad con las cláusulas estipuladas en la escritura pública número 71 de la Notaría de Quibdó, entre las cuales figuran éstas: "Cuarto. A responder con todos sus bienes por todas las cantidades de dinero, o de valores de cualquier clase, que recaude o maneje por cualquier motivo la oficina que va a desempeñar, así como también por el archivo, muebles, útiles y demás enseres de la misma oficina. Quinto. A responder por cualquier alcance que contra él se deduzca, ya sea por error de cuentas, ya sea por malversación o mala administración de los fondos, ya sea por omisión en el recaudo de las cantidades que está obligado a cobrar y percibir, ya sea por cualquier motivo, así como por el valor de las multas que se le impongan, responsabilidades a que se somete conforme a las disposiciones pertinentes, y para garantizar el fiel cumplimiento de todas las obligaciones expresadas da como fiador al señor Ramiro Rodríguez C., mayor de edad, libre para manejar sus bienes y para obligarse, vecino de este Municipio, Intendencia del Chocó de la República de Colombia, quien declara que se obliga tal como está dicho, a satisfacer las mencionadas obligaciones, especialmente, el pago de la suma de mil pesos ($ 1.000) oro fijada como cuantía de la presente fianza y cualquiera otra cantidad que se deduzca a su cargo, haciendo constar, asimismo, que se obliga con el otorgante, el expresado fiador, a quien yo, Notario Público, conozco también personalmente, en forma solidaria con dicho otorgante, y solidariamente también entre sí, a responder por el manejo de la persona que caso de que solicite y obtenga alguna licencia temporal el otorgante, deje éste recomendada sirviendo el destino bajo su responsabilidad, y que en prueba de ello, y de que se somete dicho fiador a

todo lo anterior expuesto, suscribe también con el otorgante el presente instrumento hallándose presente el señor Auditor Fiscal del Chocó, debidamente autorizado para aceptar esta caución, la firma." Al final de la escritura, se encuentra una declaración de los señores Auditor Fiscal del Chocó y Ramiro Rodríguez, que consiste en aceptar la escritura mencionada, otorgada por el señor Serbelio A. Murillo para garantizar su manejo como Telegrafista Jefe de la Oficina Telegráfica de Quibdó.

Con el fin de que el señor Murillo garantizara su manejo como Administrador de Correos, interino, de Quibdó, en la misma resolución de nombramiento se hizo extensiva la fianza que éste prestara para desempeñar el cargo de Jefe de la Oficina Telegráfica dicha.

Por comisión dada al señor Administrador de Hacienda Nacional del Chocó, se le notificó e intimó al ejecutado señor Rodríguez la orden de pago (folio 22), quien en el acto de la intimación, manifestó que apelaba de la providencia en el efecto que la ley determinara.

El 16 de febrero del año en curso, en vista de que al deudor señor Serbelio Murillo se le ignoraba su paradero, no obstante las diligencias hechas por el funcionario ejecutor para averiguárselo —así dice éste— el Juzgado le nombró curador *ad litem*, conforme con el artículo 1001 del Código Judicial, al doctor Luis Mariño Ariza, a quien se le dio posesión del cargo y se autorizó para ejercerlo, el 22 del mismo mes (folio 28).

En seis de mayo de este año, se le notificó e intimó el mandamiento ejecutivo al doctor Mariño Ariza, como curador *ad litem* del deudor señor Murillo, quien en el momento de la intimación, manifestó que no pagaba por no tener dinero por cuenta de su representado para el efecto, ni orden del mismo para ello; que no denunciaba bienes de propiedad de dicho representado porque no tenía conocimiento de ningunos, y que por esas razones se abstenía de nombrar perito avaluador y depositario.

Por providencia de 23 de marzo de este año, se le concedió al señor Rodríguez el recurso de apelación de la providencia ejecutiva para ante esta Sala de Negocios Generales de la Corte, y es por ello por lo que el presente juicio ha llegado a esta Superioridad. Como ya está agotada la tramitación legal del caso, se pasa a resolver.

En su vista de folio 3 del cuaderno número 2, el señor Procurador Delegado en lo Civil, después de hacer una relación sucinta de los antecedentes de la presente ejecución, semejante a la que se ha hecho en esta providencia, concluye manifestando que la providencia recurrida es legal y debe confirmarse toda vez que se funda en títulos que legalmente prestan mérito ejecutivo, y que se han llenado todos los requisitos previos de orden administrativo y judicial. Y agrega que no ve razón por la cual el señor Rodríguez pretenda obtener la revocatoria de una providencia, que en sentir de él, es perfectamente legal.

Consideraciones de la Corte.

No comparte la Sala las razones del señor Procurador y del funcionario ejecutante para justificar la ejecución contra el fiador señor Ramiro Rodríguez C., por las que en seguida se pasa a expresar:

Consta en autos por la escritura número 71 de la Notaría de Quibdó, que ya quedó citada, en el auto apelado y en la Resolución número 9 de 24 de noviembre de 1937, que al señor Serbelio A. Murillo se le nombró el 20 de enero de 1932 *Telegrafista* de la Oficina de Telégrafos de Quibdó, y que para responder del manejo de este señor en dicho cargo, fue para lo que se obligó el fiador Rodríguez.

Verdad es que en la precitada Resolución número 9 de 1937 se le nombró interinamente Administrador de Correos de Quibdó por el Visitador de Correos y Telégrafos, en reemplazo del señor Rafael Valencia Ibáñez, y que dicho Visitador, en la precitada Resolución, extendió la fianza otorgada por Rodríguez a lo que Murillo quedara a deber por razón de este último cargo, pero esto se hizo sin anuencia del fiador Rodríguez; de lo que se concluye que tal procedimiento fue ilegal, pues siendo el contrato de fianza unilateral con relación al fiado, pero consensual con relación a éste y al acreedor, la fianza no podía extenderse sin consentimiento del fiador, a obligación distinta a la que éste contrajo por virtud de la escritura precitada, es decir, al manejo de Murillo en el puesto de Telegrafista de Quibdó, según claramente se deduce del artículo 2373 del Código Civil, que dice: "La fianza no se presume, ni debe extenderse a más que el tenor de lo expreso; pero se supone comprender todos los accesorios de la deuda, como los intereses, las costas judiciales del primer requerimiento hecho al principal deudor, las de la intimación que en consecuencia se hiciera al fiador y todas las posteriores a esta intimación; pero no las causadas en el tiempo intermedio entre el primer requerimiento y la intimación antedicha".

Verdad es también que en la escritura de fianza Rodríguez convino en responder por cualquier suma que Murillo quedara a deber, o por *cualquier motivo*, pero en concepto de la Sala, por genéricas que fueran tales declaraciones, no podían extenderse sino al asunto principal del cual la fianza constituía la obligación accesoria, esto es, a cualquiera suma que por cualquier mo-

Excepciones en los juicios de cuentas.

I.—En los juicios de cuentas, el deudor principal no puede alegar sino las excepciones inherentes a su carácter de tál, y no las que son propias del fiador.

II.—La notificación de las providencias de la Contraloría General por las cuales se confirman los autos de fenecimiento, puede hacerse por edicto.

III.—La no aprobación de la escritura de constitución de fianza que garantiza el manejo de un empleado, no constituye excepción a favor del deudor principal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, noviembre diez y siete de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

La Administración de Hacienda Nacional del Valle del Cauca, por medio de Resolución del 2 de diciembre del año de 1936 feneció la cuenta de "caja y almacén" de la misma oficina, con un alcance en contra del subalterno responsable señor Pedro Rodas, por la suma de $ 3.468,, correspondientes al período del mes de marzo y primeros diez y nueve días del mes de abril de 1934, en razón de la falta de especies venales equivalentes a la misma cantidad, conforme a visita practicada y a la revisión de la referida cuenta. A causa de la ausencia del cajero Rodas, el trámite administrativo se surtió con su fiador señor José María Aldana, a quien se notificó el alcance, del cual apeló ante la Contraloría General de la República, entidad que lo confirmó en providencia del 25 de mayo de 1937, ejecutoriada oportunamente.

Teniendo por título ejecutivo esta resolución, el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, en auto de fecha 23 de septiembre de 1940, dictó mandamiento de pago contra el principal responsable Pedro Rodas, y contra su fiador señor José María Aldana, a quien también se persigue con acción real respecto a los bienes que dio en garantía hipotecaria, para responder del manejo de Rodas, según escritura pública número 462 de 25 de julio de 1938 otorgada ante el Notario 1º del Circuito de Cali.

Adelantándose el juicio, el ejecutado Aldana hizo uso de la facultad de excepcionar. Al efecto, por medio de apoderado propuso un libelo de defensas, del que entró a conocer la Corte. Tramitado legalmente el incidente, recibió sentencia definitiva el día 12 de mayo de 1942, en virtud de la cual fueron declaradas inadmisibles las excepciones alegadas por el ejecutado Aldana y se ordenó en consecuencia, seguir adelante la ejecución.

Devuelto el expediente al inferior, y con posterioridad al auto de obedecimiento a lo resuelto por la Corte, aquél profirió la providencia de fecha 11 de agosto del mismo año, por medio de la cual designó al doctor Federico A. Daza como curador ad litem del deudor principal señor Pedro Rodas, en atención a que éste, —según informaciones obtenidas por el juez ejecutor—, "anda huyendo de la justicia, y se ausentó sin saberse para dónde".

Cumplidas las formalidades de posesión y discernimiento del cargo de curador ad litem, éste se notificó personalmente del mandamiento de pago en referencia, y presentó luégo un pliego de excepciones en defensa de su representado señor Rodas. Por este motivo el negocio subió de nuevo a esta Sala de la Corte, en donde el

---

tivo quedara debiendo Murillo *como Telegrafista* de la Oficina de Telégrafos de Quibdó.

Refuerza esto, la circunstancia, ya anotada, de que cuando se otorgó la fianza, Murillo no desempeñaba más que el cargo de Telegrafista y que fue posterior en mucho, el nombramiento que se le hizo de Administrador interino de Correos de la Oficina Postal de Quibdó, y que fue sin el consentimiento de Rodríguez cuando, después se dispuso que aquella fianza se extendiera también al nuevo cargo para el cual se había designado a Murillo.

Tiénese de este modo que la ejecución se enderezó contra una persona distinta de la obligada a responder, y, que por tanto, ella no puede prosperar contra el apelante señor Rodríguez, y es por ello por lo que 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* el mandamiento ejecutivo de que se trata, dejándolo en vigor únicamente en lo que se relaciona con el ejecutado Serbelio A. Murillo y ordena el desembargo de la finca embargada al señor Ramiro Rodríguez C.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* en su próximo número y devuélvase el expediente.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

incidente fue sometido a la tramitación prevista en el artículo 1026 del Código Judicial.

En la demanda de excepciones el curador adlitem del ejecutado Rodas manifiesta que alega "la excepción o excepciones que se deducen jurídicamente de los siguientes hechos:

"Primero. No estar *aprobada* por la Contraloría General de la República, debiendo estarlo según lo previsto por el artículo 14 del Decreto-ley 911 de 1932, la fianza de manejo recogida en la escritura pública número 462 de 25 de julio de 1933, de la Notaría Primera del Circuito de Cali, que mi representado, señor Rodas, estaba obligado a prestar a favor de la Nación, para garantizarle el fiel desempeño del cargo de Cajero-Almacenista de la Administración de Hacienda Nacional del Departamento del Valle.

"Segundo. Haberse notificado por edicto, y no personalmente como lo establece el artículo 1º de la Resolución número 86 de 1928 de la Contraloría General de la República, la providencia número 420 de 25 de mayo de 1937, por medio de la cual esa entidad deduce el alcance líquido y definitivo por valor de $ 3.468.00 contra mi representado, señor Rodas, por razón del manejo del citado cargo, y, por lo tanto, la providencia está notificada ilegalmente al interesado, no ha adquirido firmeza, no está ejecutoriada y, por lo mismo, no puede exigirse su cumplimiento por la vía ejecutiva.

"Tercero. Haber ejecutado la Nación, por intermedio del Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, a mi representado y al señor José María Aldana D. como su fiador, con dichas escritura número 462 de 1933 y providencia número 420 de 1937, como *título ejecutivo*."

Para resolver se considera:

Prácticamente la defensa del señor Rodas se cifra en dos hechos principales: a), en que no está aprobada por la Contraloría General la fianza de manejo de que da cuenta la escritura número 462 de 25 de julio de 1933; y b), en que no fue notificada legalmente al interesado la providencia de la misma Contraloría en virtud de la cual fue confirmado el auto de fenecimiento con alcance a cargo del deudor principal Pedro Rodas. Cada una de estas defensas será por separado examinada.

A) En lo atinente a la falta de aprobación por la Contraloría General, del contrato de fianza de manejo contenido en la escritura pública antes citada, el excepcionante no hace otra cosa que plantear, a nombre del fiador y en defensa del mismo, una excepción estrictamente personal de éste. Se trata de un hecho exceptivo que no entraña directa ni indirectamente ningún reparo de orden jurídico referente a la eficacia legal del título con que la Nación ejecuta al señor Rodas. Con fianza o sin ella, el deudor principal siempre estará ligado a la Nación con un vínculo jurídico distinto y absolutamente independiente del que entraña el contrato de fianza. De tal manera que aun en la hipótesis de que este contrato carezca de eficacia legal, por el motivo que alega el excepcionante, la obligación del deudor principal en nada se afectaría y sigue por lo tanto produciendo la plenitud de sus efectos jurídicos. La consecuencia lógica y jurídica de la pretendida ineficacia legal del contrato de fianza, sería que con base en éste no podría ejecutarse al fiador, pero en manera alguna puede admitirse esa alegación para considerar que el deudor principal también está a salvo de la acción de cobro.

De ahí que el señor Procurador Delegado formule sobre el particular las siguientes observaciones, que la Sala acoge por ser estrictamente jurídicas:

"Es obvio que la ineficacia del contrato accesorio de fianza no influye en la responsabilidad del señor Rodas, comoquiera que éste, siendo el directamente responsable, lo es no porque exista o nó el contrato de garantía, sino simplemente por ministerio de la ley, que le impuso determinadas obligaciones por el hecho de manejar fondos públicos, según lo establecen, entre otros, los artículos 39 del Código Fiscal, 40 de la Ley 42 de 1923 y los correspondientes del Decreto-ley 911 de 1932.

"La obligación contenida en el contrato de fianza es accesoria; y accede a la obligación principal de Rodas que se le imponía por la misma ley, desde el momento en que era nombrado, en que aceptaba el puesto, se posesionaba de él y entraba a desempeñarlo. Si la obligación de Rodas naciera del contrato de fianza, resultaría el contrasentido de una obligación accesoria a la cual faltaba la obligación principal.

"Que la fianza de manejo no haya sido debidamente aprobada por la autoridad competente, sería cuestión que afectaría la obligación accesoria, pero en ningún caso la obligación principal del empleado, la cual tiene otra fuente: la ley."

Ahora bien: el fiador, señor Aldana, con ocasión del incidente de excepciones por él promovido, tuvo oportunidad de plantear ante la justicia ordinaria todos los reparos de orden jurídico que considerara oponibles al contrato de fianza. Entre estos reparos no adujo el que en este incidente propone el deudor principal. Luego la improcedencia del hecho exceptivo se hace aún más patente, ya que no sólo es inadmisible como defensa del principal responsable, sino

que entraña una defensa que ni siquiera fue propuesta en su oportunidad por quien si tenia interés jurídico para aducirla en contra del acreedor ejecutante.

B) Afirma el excepcionante que por haberse notificado por edicto, y no personalmente, la providencia de la Contraloría, en virtud de la cual se confirmó el auto de fenecimiento con alcance a cargo del principal responsable señor Rodas, dicha providencia "está notificada ilegalmente al interesado, no ha adquirido firmeza, no está ejecutoriada y, por lo mismo, no puede exigirse su cumplimiento por la vía ejecutiva".

La anterior defensa se basa principalmente en la doctrina sustentada por esta Sala en alguna decisión anterior en lo atinente a la forma de las notificaciones dentro del juicio de cuentas.

Empero, un nuevo estudio de la Corte en relación con aquella clase de notificaciones, la ha llevado a concluír que la referida doctrina debe ser rectificada, perdiendo así su fundamento jurídico la defensa que se analiza. En efecto:

Al sentar la doctrina en mención, la Sala contempló expresamente el caso de providencias de la Contraloría General en virtud de las cuales se *confirman* por esta entidad los autos de fenecimiento con alcance proferidos por las oficinas subalternas correspondientes. Pues bien; tratándose de esa clase de providencias, la notificación de ellas al interesado debe hacerse por *edicto* y no *personalmente*, como hasta hoy lo sostuvo equivocadamente la Sala. Véase la razón de esta tesis:

La Resolución reglamentaria número 248 de 1940, orgánica del juicio administrativo de cuentas que se ventila ante la Contraloría General de la República, resolución proferida por esta misma entidad en uso de potestad legal, prescribe lo siguiente en materia de notificaciones:

"Artículo 44. Deben notificarse *personalmente* a los responsables, apoderados, fiadores y herederos, según los casos que se prevén adelante, estos autos:

"a).... b).... c) El auto de fenecimiento con alcance, por decidir cuestiones sustantivas relacionadas con la responsabilidad del empleado, y para que éste pueda hacer uso de los recursos concedidos por la ley y reglamentados en la presente Resolución."

El precedente ordenamiento contiene una regla general en materia de notificaciones, disponiendo expresamente que deben ser *personales* las de las providencias que en la misma norma se relacionan.

Empero, el artículo 56 de la misma Resolución establece luégo una excepción a aquella regla general, disponiendo que "son notificables *por edicto* las siguientes actuaciones: a).... b).... c) *La providencia que niegue la revocación o la reforma de los autos declaratorios de alcances*".

De consiguiente, cuando se trata de providencias de la Contraloría que nieguen la revocación o la reforma de los autos de fenecimiento con alcance, o lo que es lo mismo, de providencias que *confirman* dichos autos, que es precisamente el caso que aquí se examina y el que la Sala tuvo en cuenta al sentar la doctrina que hoy se rectifica, la respectiva notificación al interesado debe hacerse *por edicto*, según lo dispone expresamente la precitada Resolución número 248. Esta Resolución es una verdadera ley dentro del juicio de cuentas que ella misma reglamenta, y por lo tanto la Contraloría obra rectamente cuando notifica *por edicto* aquella clase de providencias.

Pero hay más todavía; el artículo 92 de la misma Resolución número 248 refuerza la conclusión que ahora adopta la Sala, ya que dicha norma contiene esta perentoria disposición:

"Una vez dictadas las providencias de que trata el artículo anterior (las de la Contraloría, confirmando el auto de fenecimiento con alcance), y *notificadas por edicto*, la Sección Jurídica y de Fenecimiento hará compulsar copias de ellas y de sus notificaciones, así como de los autos de fenecimiento con alcance que las motivaron, también con sus notificaciones, y enviará dicha documentación al Juzgado de Ejecuciones Fiscales para la iniciación de los juicios ejecutivos correspondientes. Enviará igualmente las escrituras o documentos de fianza, si la Auditoría las hubiere acompañado a los juicios."

Las anteriores observaciones de la Sala ponen de manifiesto la carencia de fundamento de la alegación del excepcionante en el sentido de que fue ilegalmente notificada la providencia del Contralor confirmatoria del auto de fenecimiento con alcance, puesto que dicha formalidad aparece cumplida de acuerdo con lo que en el particular establece la resolución normativa del juicio de cuentas. Pero existe otro motivo de orden jurídico que también lleva a la Sala a considerar inadmisible la defensa que se examina. En efecto:

La alegación del excepcionante entraña en el fondo una defensa que sólo podía aducir el fiador señor Aldana, comoquiera que fue éste quien intervino en las dos instancias del juicio de cuentas, por no haber sido hallado el principal responsable señor Rodas. De consiguiente, sólo en el fiador Aldana, como parte que fue en di-

cho juicio, es posible reconocer interés jurídico para proponer una defensa como la que se estudia. Pero ocurre que el citado fiador, al plantear su defensa ante la justicia ordinaria con ocasión del incidente de excepciones de que se ha hecho mérito, ningún reparo formuló en relación con la forma en que se hizo la notificación de la precitada providencia del Contralor. Luego con la excepción en estudio ocurre lo mismo que con la examinada en el punto A), esto es, que no sólo es inadmisible como defensa del principal responsable señor Rodas, sino que implica además una excepción que ni siquiera fue propuesta oportunamente por quien si tenía interés jurídico para aducirla en contra de la entidad ejecutante.

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, resuelve:

Decláranse inadmisibles las excepciones alegadas por el curador ad litem del deudor principal señor Pedro Rodas. En consecuencia siga adelante la ejecución.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese este fallo en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Prescripción de la acción ejecutiva en contra de la Nación.

1.—Entiende la Corte que la actividad procesal necesaria para interrumpir una prescripción no es cualquiera actividad, sino sólo aquella que sea legalmente eficaz. Una demanda presentada ante Juez incompetente, o que sirva de cabeza de un proceso que luégo se anula íntegramente, por ejemplo, no es una actividad procesal legalmente eficaz para interrumpir una prescripción, pues lo inválido no puede producir efectos de validez, ni menos aún en provecho del mismo demandante que incurrió en el error en la redacción de la demanda o en las gestiones que le incumbía hacer con acierto en el juicio para que éste prosperara. En el caso de autos, se consideró por el funcionario ejecutor que no había sido rectamente promovida la demanda ejecutiva ni estaban ajustados a la ley los procedimientos ulteriores, y de ahí que anulara todo lo actuado y encaminara una nueva ejecución; pero cuando tal cosa se hizo ya se había cumplido el término para la prescripción extintiva de la acción ejecutiva, luego la excepción, por este aspecto, debe prosperar por haber sido expresamente alegada y por estar plenamente comprobada en autos como simple cuestión de derecho.

2.—La Nación, en el caso de abandono de la acción en un juicio, no goza de causal alguna de excepción, como sí goza, por expresas disposiciones del Código de Procedimiento Civil, en los de caducidad (que no deben confundirse con el de prescripción), y, de consiguiente, tanto por esta razón como porque después de derogado por la Ley 42 de 1923 el artículo 257 del Código Fiscal, el lapso de tiempo necesario para la prescripción de los créditos a favor del Estado es el mismo que rige según el artículo 2536 del Código Civil para todas las personas y para las entidades de derecho público, las consecuencias de la inactividad de la Nación para la extinción de la respectiva acción creditoria siguen las reglas generales sobre prescripción, y están sometidas a ellas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diez y nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

A solicitud del doctor Federico A. Daza, como apoderado judicial del doctor Miguel S. Uribe Holguín, liquidador de la sociedad colectiva de comercio, en liquidación, "Cortissoz, Correa y Compañía", de Barranquilla, por medio de providencia de 16 de abril de 1943, el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales decretó la nulidad de todo lo actuado en el juicio ejecutivo que la Nación adelantaba contra la mencionada Compañía, a partir inclusive del auto de mandamiento ejecutivo, de 10 de marzo de 1928, por haber incurrido en esa época en las causales de nulidad de que trataban el numeral 2º del artículo 123 y numeral 1º del artículo 127 de la Ley 105 de 1890; y que hoy comprende el Código Judicial vigente, en los numerales 2º y 3º del artículo 448; y decretó, asimismo, como consecuencia, el levantamiento de las trabas en el juicio, y ordenó que se librara el respectivo oficio comunicándolo así a quien correspondiera, "...a fin —dijo— de enderezar esta ejecución en forma sólida y legal, y con la observancia en ella de todas las formas propias del juicio ejecutivo, en guarda de la justicia y de los intereses de las partes, evitando así posibles litigios posteriores por medio de juicios diferentes", y que una vez notificado en forma legal este auto a las partes, volviera inmediatamente este asunto al despacho para proveer lo necesario.

Por providencia de mayo 4 del corriente año de 1943, el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, después de hacer mención de la providencia en que se decretó la nulidad del juicio ejecutivo antes anotado (folio 167 del cuaderno principal), tomando como fundamento todos los documentos que han servido de base para la ejecución a la Compañía demandada, porque —dice— "ha llegado el momento de enderezar en legal forma dicha ejecución, tal como en la referida providencia anulatoria se dispone", y haciendo otras consideraciones más, libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la Nación y en contra de la Sociedad Cortissoz, Correa y Cía., en liquidación, por las sumas siguientes:

la de $ 216.117.92, con base en el auto de fenecimiento, con alcance, de la Contraloría General de la República, número 1431 de 1º de octubre de 1924; en el auto definitivo de 23 de noviembre de 1925 del honorable Consejo de Estado, y de la providencia número 236 de 16 de diciembre de 1927, de la misma Contraloría General, y por la de $ 5 como multa; por las de $ 22.604.29 y $ 34.392.30, y la de $ 10 como multas, con base en los autos de fenecimiento, con alcance, de la Contraloría General, números 369, de 28 de marzo de 1928, 400 de 30 de los mismos mes y año, respectivamente. Con sus intereses correspondientes, todas estas sumas.

En la misma providencia se decretó el embargo preventivo y secuestro de la *prenda* en Bonos de Deuda Interna Nacional Unificada, constituida a favor de la Nación por el señor Enrique Soto U., a nombre de la Sociedad demandada, amparada hoy bajo el Título de Depósito en Custodia del Banco de la República número 5526 de 29 de septiembre de 1941, expedida a favor del Tesoro General de la República y consistente actualmente en la suma nominal de $ 37.700.00, representada así: "Bonos de la Deuda Interna Nacional Unificada del 4% anual: 4 Bonos Serie 'EE' de $ 1.00 cada uno, números 714/17; 6 Bonos de la referida Deuda Serie 'GG' de $ 6.00 cada uno, números 887/92; 15 Bonos Serie 'B' de $ 500 cada uno, números 6700/14. Bonos de la misma Deuda, pero del 6% anual, así: 5 Bonos Serie 'FF' de $ 2.00 cada uno, números 621/25; 3 Bonos Serie 'A' de $ 50.00 cada uno, números 13583/85; y, 60 Bonos Serie 'B' de $ 500 cada uno, números 5942, 6323/81."

Se decretó también el embargo y retención de la suma de $ 12.300, valor de los bonos sorteados y amortizados, y el embargo y retención de los intereses devengados por los bonos antes determinados, así como de los frutos que en lo sucesivo produzcan. (Folios 167 y siguientes del cuaderno principal).

Esta providencia se le notificó e intimó en 5 de mayo del año en curso al apoderado judicial del liquidador de la Sociedad demandada, quien en el acto de la notificación e intimación, manifestó: "Que no paga las sumas que se cobran porque no tiene dinero por cuenta de la entidad comercial que representa; que no denuncia bienes de propiedad de la misma por no tener conocimiento de ninguno más que los bonos y dineros de que habla el mandamiento ejecutivo que se le intima, los cuales aparecen embargados; que nombra como perito avaluador al señor Mariano Rincón S., vecino de Bogotá, y como depositario y para el caso de que se embarguen otra clase de bienes, al doctor Ignacio Escobar López, de la misma vecindad...." (Folio 170 del cuaderno principal).

A folios 171, 172 y 173 obran las providencias de once y 27 de mayo del corriente año, y la diligencia de relación de autos, por medio de las cuales se decretó la acumulación del juicio ejecutivo por $ 19.049.38, de la Nación contra la misma Sociedad ejecutada al juicio de que se viene haciendo referencia.

En este estado del juicio, el apoderado de la Sociedad en liquidación, demandada, en escrito que obra a folios uno y siguientes del cuaderno de excepciones, propuso éstas:

"Primera. La de prescripción civil de la acción ejecutiva, por el transcurso de diez años; y

"Segunda. La de prescripción comercial de la acción ejecutiva por el transcurso de cinco años, establecida en el Código de Comercio respecto de socios no liquidadores."

Antes de proponerlas y de exponer los hechos que las fundamentan, el señor apoderado de la Compañía ejecutada hizo la historia de las negociaciones de ésta con la Nación, desde el contrato entre ellas hasta la providencia ejecutiva de 4 de mayo del corriente año.

Tanto el excepcionante como el señor Procurador Delegado en lo Civil están conformes en que, siendo el asunto que se debate de puro derecho, no existe la necesidad de abrirlo a prueba.

Primera excepción.—La funda el excepcionante en los siguientes hechos:

I.—Que las deudas contenidas en los autos de fenecimiento números 1431 de 1924, complementado con la decisión del Consejo de Estado, de 23 de noviembre de 1925; la en el del número 369 de 1928, y la en el del número 400 de 1928, están prescritas, porque desde el 15 de enero de 1925, 13 de noviembre de 1928 y 16 de noviembre del mismo año —en su orden— fechas en que cada una de estas deudas se hizo exigible, hasta el 5 de mayo de 1943, fecha en que fue notificada la demanda ejecutiva que persigue el cobro de tales deudas, han transcurrido diez años; y que la deuda contenida en el auto de fenecimiento número 273 de 1928, está prescrita, porque, si la demanda ejecutiva fue presentada oportunamente por el acreedor (el 11 de abril de 1929 y fue notificada el 5 de noviembre del mismo año), éste abandonó el juicio desde que se surtió la respectiva diligencia hasta el presente (hasta la acumulación de autos: mayo de 1943).

II.—Que la ejecución para el cobro de la deuda contenida en el auto de fenecimiento número 1431, iniciada el 10 de marzo de 1928, no interrumpió la prescripción de aquélla porque el fenómeno interruptivo desapareció como consecuencia del Decreto de nulidad de 16 de abril de 1943, de todo lo actuado en la misma ejecución.

III. Que el auto de fecha 11 de abril de 1929 con el que se inició el juicio ejecutivo para el cobro de las deudas contenidas en los autos de fenecimiento número 369 y 400, no fue notificado, lo que quiere decir, que la ejecución promovida en esa fecha no alcanzó a ser juicio ejecutivo porque, de acuerdo con la ley procesal, éste comienza con la notificación del mandamiento de pago al deudor.

IV.—Que el abandono del juicio ejecutivo por más del tiempo legalmente requerido, deja sin efecto la interrupción de la prescripción, conforme con la ley civil, y, por lo mismo, está prescrita la deuda contenida en el auto de fenecimiento número 273. Y que en este juicio no hubo embargo de bienes del deudor.

Advirtió, además, que como fechas de exigibilidad de todas las deudas, materia del cobro ejecutivo, he tomado las mismas que el funcionario ejecutor señala como iniciales para exigir los intereses por la mora.

Y que la excepción de prescripción de la acción ejecutiva la alega, no sólo con relación a las obligaciones principales mencionadas, sino también en la referente a la obligación accesoria de prenda, consistente en bonos nacionales de deuda interna, por $ 50.000, constituida por Cortissoz, Correa y Cía., en liquidación, al tenor del contrato que corre en escritura pública número 641, de 7 de abril de 1919, de la Notaría 2ª de Bogotá, porque es consecuencia de la prescripción de las obligaciones principales contenidas en los autos de fenecimiento ya anotados, para cuya seguridad se constituyó tal prenda.

Derecho.

Manifiesta que, derogado por la Ley 42 de 1923 el artículo 257 del Código Fiscal, el tiempo de la prescripción de los créditos del Estado es el mismo de que trata el artículo 2536 del Código Civil, y que se cuenta de conformidad con el inciso 2º del artículo 2535 "desde que la obligación se ha hecho exigible"; y que para tal prescripción, que extinga los derechos y acciones ajenas, se requieren para su viabilidad dos condiciones: el transcurso del tiempo legal y la inacción del acreedor, según el artículo 2535 antes citado. Se basa en estas disposiciones con respecto a la deuda del auto de fenecimiento número 1431 por lo que expuso en su relación de hechos, números 1º y 2º, y apartes I y II del pliego de excepciones.

En cuanto a las deudas contenidas en los autos de fenecimiento números 369 y 400, las basa en las consideraciones anteriores, y aparte III del mismo pliego.

En la referente al auto de fenecimiento número 273, se basa en lo expuesto en los numerales 6º y 7º de su Relación de Hechos, y aparte IV del pliego mencionado.

Y en lo que toca con la prescripción de las obligaciones accesorias se atiene a lo que dispone el artículo 2537 del Código Civil, y en el último aparte del ya dicho pliego de excepciones.

Segunda excepción.—La funda en los siguientes hechos:

a) Que la Sociedad "Cortissoz, Correa y Cía." se constituyó como sociedad en comandita simple, por el término de seis años, en 17 de diciembre de 1917;

b) Que esa misma entidad se transformó en colectiva por el traspaso que los socios comanditarios hicieron de su haber a los colectivos, en 1917;

c) Que el término de duración de la sociedad fue ampliado a cuatro años, contados a partir del 1º de enero de 1920, fecha expiratoria del plazo de la sociedad;

d) Que el 1º de enero de 1924, por expiración de la prórroga se disolvió la sociedad, de lo que se dejó constancia en escritura 1475 de julio de 1924, en la que se dijo —erróneamente, afirma el excepcionante— que la sociedad se disolvía por muerte de uno de los socios, y que es una afirmación que no desvirtúa la verdadera causa de la disolución;

e) Que ninguno de los socios de Cortissoz, Correa y Cía. fue liquidador de la sociedad; y

f) Que desde la fecha de la disolución de la sociedad (1º de enero de 1924) hasta en la que se presentó y obtuvo la notificación de las demandas ejecutivas por parte del acreedor, han corrido más de cinco años, término máximo para la prescripción especial.

Razones de orden legal.

La norma legal que establece esta prescripción —dice— (artículo 545 del Código de Comercio), requiere, para que prospere, estos requisitos: 1º Que la acción se ejercite contra un socio no liquidador; 2º El transcurso del término de cinco años, contados desde la fecha en que la sociedad se disuelve, si la escritura social ha señalado el término de duración (que es el caso de autos, afirma el excepcionante), y si ese término no se ha señalado, desde la inscripción de la escritura de disolución, registro del extracto y publicación del mismo; 3º Inactividad del acreedor durante el lapso fijado por la ley, que se cuenta, como toda prescripción, desde que la obligación se haya hecho exigible.

Agrega, que en el presente caso se llenan los requisitos antes apuntados, porque la acción se encamina contra la sociedad en liquidación, y los bienes que para hacerla efectiva se persiguen son de propiedad de las personas que actualmente son socios de ella y que por lo mismo la acción debe entenderse encaminada contra los socios dueños de esos bienes.

Continúa diciendo que la prescripción se cuenta, en este caso, desde el 1º de enero de 1924, no desde la inscripción y publicación del extracto de la escritura de disolución, porque el pacto social fijaba día preciso para su duración; que exigibles las obligaciones que se cobran en enero de 1926 y noviembre de 1928, a estas fechas hay que trasladar sin embargo el término desde el cual debe comenzar a contarse la prescripción, lo que quiere decir que ella quedó consumada en enero de 1931 y noviembre de 1933, y concluye, diciendo que ya quedó explicado anteriormente, que el acreedor permaneció inactivo por lapso mayor de diez años, desde la fecha en que todas las obligaciones se hicieron exigibles; que las mismas razones que ha expuesto para fundar esta prescripción especial de la acción ejecutiva, en cuanto toca con las obligaciones principales, las presenta en apoyo de la prescripción de la acción accesoria de prenda; y termina, pidiendo que se declare probada cualquiera de las excepciones por él propuestas y alegadas, y que, en consecuencia, se ordene la cesación de las ejecuciones y el desembargo de los bienes sometidos a la traba ejecutiva.

Vista del señor Procurador.

Por su parte, el señor Procurador Delegado en lo Civil, en su vista, que obra a folio 3 del cuaderno número 8, dice, que según el artículo 2535 del Código Civil, "la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones"; que, según lo apunta acertadamente el señor apoderado de la parte demandada, la prescripción que consagra nuestra legislación civil, requiere por tanto la concurrencia de dos requisitos: 1º El transcurso de cierto tiempo; 2º La inactividad del acreedor en ese transcurso de tiempo; y que no basta, pues, el simple transcurso del tiempo para que la acción prescriba, sino que se requiere, además, que dentro de ese tiempo el acreedor no haya ejercitado su acción legalmente para la defensa de sus intereses; que es cierto que en el caso de autos ha transcurrido un término mayor de diez años entre el día en que la deuda se hizo exigible y la última demanda ejecutiva notificada a la parte ejecutada en mayo del corriente año, pero que en el presente caso no concurre el segundo requisito, o sea, la inactividad del acreedor. La Nación, continúa, ejerció su acción en tiempo oportuno, antes de que hubiera transcurrido tiempo suficiente para invocar cualquiera prescripción, y obró como demandante permanentemente como cualquiera demandante durante quince años, y por eso la prescripción no tiene cabida.

Que no comparte la tesis de que por el hecho de la nulidad de todo lo actuado por el Juzgado de Ejecuciones Fiscales, decretada por él mismo en el juicio ejecutivo en referencia a partir inclusive del mandamiento ejecutivo de 10 de marzo de 1928, esa declaración de nulidad se extiende hasta la demanda misma instaurada por la Nación, no puede abarcar el hecho de la presentación de la demanda; afirma que la prescripción de que se trata quedó interrumpida por el hecho de haber presentado la Nación su demanda ejecutiva, la que, según lo afirma el demandado, fue presentada oportunamente.

Sobre la segunda excepción, manifiesta el señor Procurador que, opone lo mismo que dijo contra la primera, porque el acreedor no ha permanecido inactivo durante el término fijado por la ley, sino que, por el contrario, ejerció su acción en su oportunidad, y que por lo mismo, la prescripción no puede operar en el caso de autos; que es cierto que han transcurrido más de cinco años, desde la fecha de la liquidación de la sociedad hasta la presentación de la nueva demanda, pero que —repite— no sólo es suficiente el tiempo transcurrido, sino que también es necesario que el acreedor haya permanecido inactivo, en el mismo tiempo.

Que observa que en esta segunda excepción la acción no está dirigida contra los socios personalmente, sino contra la sociedad, y que por eso no es aplicable el artículo 545 del Código de Comercio, y que tanto ello es así que todos los mandamientos ejecutivos han sido intimados a los socios liquidadores de la misma; y que no estando dirigida la acción contra un socio liquidador, no tiene aplicación la norma citada, en virtud de lo mismo que ha expuesto el excepcionante; que observa también que en la escritura pública número 1475 de 7 de julio de 1924, por medio de la cual se disolvió la sociedad Cortissoz, Correa y Cía., se hizo constar que la disolución tenía por causa "la lamentable muerte del socio señor Ernesto Cortissoz", y que por eso no es aplicable el artículo 545 del Código de Comercio, ya que este sólo lo es en los casos en que la disolución tenga por causa el vencimiento del término estipulado en la escritura de constitución de la sociedad. Concluye solicitando que se declare infundada totalmente la segunda excepción propuesta.

Continúa el señor Procurador diciendo que las dos excepciones propuestas no pueden prosperar porque falta un requisito indispensable para que opere la prescripción y es la inactividad del acreedor, que es indispensable de conformidad con lo dicho en todas las normas legales que regulan la materia; hace una transcripción del artículo 2512 del Código Civil, dice que lo mismo establece el ya citado artículo 2535,

cuando dispone que la prescripción que extingue las acciones sólo exige "cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones"; y que lo mismo establecen las normas legales restantes sobre el fenómeno jurídico de la prescripción.

Consideraciones de la Corte.

De acuerdo con lo que queda expuesto y con lo que va a ser materia de la presente decisión, se ofrecen a la consideración de la Corte estos dos aspectos con relación a la prescripción de la acción ejecutiva contra la sociedad en liquidación "Cortissoz, Correa & Cía.", a saber:

1º El relativo a los efectos del pronunciamiento de nulidad de la acción relativa a los créditos a que se refiere la providencia del 16 de abril de 1943 del Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales;

2º El relativo a la circunstancia de falta de gestión o a la inactividad de la Nación como acreedora, con respecto a la actuación formada para perseguir la efectividad del otro crédito por las sumas de $ 19.049.38 y de $ 4.00 como multa a cargo de la misma Sociedad en liquidación Cortissoz, Correa & Cía.

Sobre el primer aspecto.

La Corte observa que si, como consta en autos y lo acepta el señor Procurador, "por medio de providencia fechada el 16 de abril del presente año, el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá decretó la nulidad de todo lo actuado en el juicio ejecutivo en referencia, a partir inclusive del auto de mandamiento ejecutivo de fecha 10 de mayo de 1928", nada importaria que esa nulidad no se extendiera hasta la demanda misma instaurada por la Nación, pues entiende la Corte que la actividad procesal necesaria para interrumpir una prescripción, no es cualquiera actividad, sino sólo aquella que sea legalmente eficaz, y la demanda ejecutiva de que aquí se trata no fue promovida, en el presente caso, en forma viable.

Una demanda presentada ante Juez incompetente, o que sirva de cabeza de un proceso que luégo se anula íntegramente, por ejemplo, no es una actividad procesal legalmente eficaz para interrumpir una prescripción, pues lo inválido no puede producir efectos de validez, ni menos aún, en provecho del mismo demandante que incurrió en el error en la redacción de la demanda o en las gestiones que le incumbía hacer con acierto en el juicio para que éste prosperara.

En el presente caso, se consideró por el funcionario ejecutor que no había sido rectamente promovida la demanda ejecutiva ni estaban ajustados a la ley los procedimientos ulteriores, y de ahí, que anulara todo lo actuado y encaminara una nueva ejecución; pero cuando tal cosa se hizo ya se había cumplido el término para la prescripción extintiva de la acción ejecutiva, luego la excepción, por este aspecto, debe prosperar por haber sido expresamente alegada y por estar plenamente comprobada en autos como simple cuestión de derecho.

Sobre el segundo aspecto.

La Corte observa que el auto ejecutivo de 12 de marzo de 1929 relativo al fenecimiento número 273 del 15 de marzo de 1928 por las sumas de $ 19.049.38 y $ 4.00 como multa (folios 15 y 25 del cuaderno número 2) sí le fue notificado al liquidador de Cortissoz, Correa & Cía., señor José Ramón Vergara el 5 de noviembre de 1929, pero observa también que por parte de la Nación se cesó en la persecución de la deuda por mucho más de los tres años a que se refiere el numeral 2º del artículo 2524 del Código Civil en relación con el artículo 2539 del mismo Código.

La Nación, en este caso de abandono no goza de causal alguna de excepción, como sí goza, por expresas disposiciones del Código de Procedimiento Civil, en los de caducidad (que no deben confundirse con el de prescripción) y, de consiguiente, tanto por esta razón, como porque después de derogado por la Ley 42 de 1923 el artículo 257 del Código Fiscal, el lapso necesario para la prescripción de los créditos a favor del Estado es el mismo que rige según el artículo 2536 del Código Civil para todas las personas y para las entidades de derecho público, las consecuencias de la inactividad de la Nación para la extinción de la respectiva acción creditoria, siguen las reglas generales sobre prescripción y están sometidas a ellas.

Sobre el particular y por lo alegado por el señor Procurador en este punto, no sólo se observa que la acumulación de este último juicio al anterior, decretada en mayo de 1943, no podía variar una situación jurídico-procesal ya consumada por la inanidad de la primera ejecución, dados los vicios de que adolecía, sino que tampoco podía variarse esa situación dada la manifiesta inacción de la Nación como ejecutante en orden a la efectividad del alcance número 273 por $ 19.049.38 y $ 4.00 respectivamente, pues en este juicio no hubo embargo de bienes ni aparece gestión alguna después de la providencia que existe al folio 27 del cuaderno número 2, después de notificado en 5 de noviembre de 1929 el auto ejecutivo al liquidador José R. Vergara, y que dice: "Juzgado 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales.—Bogotá, noviembre veintiuno de mil novecientos veinticuatro (sic).—Cuando se tenga conocimiento de los bienes embargados que posean los ejecutados, vuelva este negocio al des-

pacho para resolver lo conveniente.—Cúmplase. *L. Martínez.—José Martínez Robles,* Secretario."

Entiende la Sala, ya que la actuación procedente es del año de 1929, que la fecha errada de este auto debe de corresponder a este año de 1929 y no al de 1924; pero ya sea así o que se refiera al de *1934,* como lo dice el excepcionante en el cuaderno de sus excepciones, lo cierto es que el lapso de la inactividad de la Nación sería siempre el suficiente para impedir que se produjera el fenómeno interruptor de la prescripción civil conforme a las disposiciones precitadas del Código Civil.

En virtud de todo lo que viene expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Negocios Generales, decide, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, lo siguiente:

a) Declárase probada, a favor de la Sociedad Cortissoz, Correa & Cía., en liquidación, la excepción de prescripción de la acción ejecutiva, por los aspectos que se han examinado en la parte motiva de la presente providencia;

b) Por la razón que se expone en el punto que precede, no es el caso de estudiar y fallar la otra excepción propuesta;

c) Cese la presente ejecución y desembárguense los bienes embargados.

Sin costas, por tratarse de la Nación.

Notifíquese, cópiese, publíquese en el próximo número de la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Incidente de nulidad de unos autos proferidos en juicio ejecutivo.

Si, como lo reconoce el Tribunal, y es lo cierto, su Fiscal introdujo, sin buen éxito, la excepción de compensación fundado en las mismas providencias de los Recaudadores y si tales providencias, que le servían de soporte a esa excepción fueron desestimadas **por la Corte, quiere ello decir que tales providencias no pueden recobrar el mérito probatorio que por la Corte se les desconoció, por el simple hecho de que ahora se las presente al Tribunal como simples** comunicaciones **de los embargos a que ellas se refieren, de acuerdo con el artículo 282 del Código Judicial, porque el mismo material probatorio que no encontró idóneo la Corte para que produjera el fenómeno jurídico de la compensación por medio de la respectiva excepción perentoria, no puede tener la virtud de dar origen a ese mismo fenómeno (que es lo que aquí vuelve a pretenderse por el Departamento ejecutado) cuando son las mismas piezas probatorias las que se exhiben para que se tengan en cuenta los mismos embargos "para los efectos consiguientes". Sin duda los caminos son aquí distintos, pero como bien sabido es que en derecho lo que no se permite por una vía, no puede permitirse que se haga por otra con idéntico fin, y aquí el fin aparece bien claramente que es el mismo —el que con base en los mismos alcances de los mismos Recaudadores, se descuente la suma de $ 7.429.07 a que ellos ascienden, de aquella a que está condenado el Departamento de Boyacá a pagarle al mismo Jaramillo— la aplicación aislada del artículo 282 del Código Judicial sería demasiado literal y formalista, si se permitiera que bajo su amparo se desconocieran otras disposiciones de superior imperio, como las de los artículos 1715 del Código Civil y 982 del mismo Código Judicial, con apoyo en las cuales resolvió la Corte en su providencia del 18 de noviembre de 1942, que esas providencias de los Recaudadores no servían para oponerlas en compensación al ejecutante Jaramillo en el ejecutivo de éste contra el Departamento de Boyacá.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veinticinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

Para mejor comprensión de la providencia que esta Sala dicta ahora en el presente recurso de apelación interpuesto por Gregorio Jaramillo contra el auto de fecha cuatro de mayo último (cuaderno número 8, folio 9) dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en un incidente de nulidad promovido dentro del juicio ejecutivo que dicho señor adelanta contra el mencionado Departamento, se copia a continuación la que esta misma Sala de Negocios Generales de la Corte dictó en el mismo juicio, el diez y ocho de noviembre de 1942 y que aún no ha sido publicada en la *Gaceta Judicial.*

Dice así tal providencia:

"Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre diez y ocho de mil novecientos cuarenta y dos.

"(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

"El doctor Tobías Monroy, como apoderado del señor Gregorio Jaramillo, presentó demanda contra el Departamento de Boyacá, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, para que se decretara mandamiento de pago a favor del demandante por la suma de $ 20.302.69 moneda corriente.

"En firme el auto ejecutivo que profirió el Tribunal de la causa, la entidad ejecutada, por medio del respectivo Agente del Ministerio Público, promovió oportunamente un incidente de excepciones, el cual fue desatado por dicho Tribunal en sentencia del 29 de mayo de 1942, en el sentido de declarar no probadas las excepciones propuestas.

"Por apelación de este proveído, ha sido enviado el asunto a esta Superioridad; y agotada como se encuentra la tramitación correspondiente se procede a resolver el recurso interpuesto.

"Excepciones propuestas.

"El texto del pliego de excepciones, en lo pertinente, es como sigue:

'I.—Que el Departamento de Boyacá tiene derecho a deducir del monto de la ejecución por capital e intereses, la cantidad de $ 7.429.07 siete mil cuatrocientos veintinueve pesos con siete centavos, que está obligado a pagarle el señor Gregorio Jaramillo, según sentencias ejecutoriadas, dictadas a favor del Departamento de Boyacá y en contra del señor Gregorio Jaramillo por los Recaudadores de Rentas Departamentales de Santa Rosa de Viterbo, Corrales, Paipa, El Cocuy, Belén, Soatá y Guateque, así: a) Por la Recaudación de Rentas Departamentales de Corrales, en sentencia de 10 de octubre de 1939, $ 853.46; c) Por la Recaudación de Rentas Departamentales de Paipa, en sentencia del 30 de octubre de 1939, $ 1.497.75; d) Por la Recaudación de Rentas Departamentales de El Cocuy, en sentencia del 11 de octubre de 1939, $ 1.150.73; e) Por la Recaudación de Rentas Departamentales de Belén, en sentencia de 10 de octubre de 1939, $ 1.968.96; f) Por la Recaudación de Rentas Departamentales de Soatá, en sentencia del 7 de octubre de 1939, $ 379.68; g) Y por la Recaudación de Rentas Departamentales de Guateque, en sentencia del 13 de octubre de 1939, $ 979.82.

'II.—Que por virtud de esta compensación de capital e intereses de parte de la obligación que Gregorio Jaramillo persigue ejecutivamente contra el Departamento de Boyacá, se levante el secuestro de la cantidad de siete mil cuatrocientos veintinueve pesos con siete centavos ($ 7.429.07), más los intereses compensados de esta suma, y se ordene al Banco de la República entregarla al señor Tesorero General del Departamento;

'III.—Que si el ejecutante Gregorio Jaramillo se opone a que se verifique esta compensación, sea condenado en costas.

'Los hechos en que se fundan estas excepciones los enumero así:

'I.—Las Recaudaciones de Rentas Departamentales de Corrales, Santa Rosa de Viterbo, Paipa, El Cocuy, Belén, Soatá y Guateque, condenaron a Gregorio Jaramillo a pagar al Departamento de Boyacá la cantidad de siete mil cuatrocientos veintinueve pesos con siete centavos ($ 7.429.07), y los intereses de esta suma, más las costas de la ejecución por jurisdicción coactiva en sentencias ejecutoriadas dictadas con todas las formalidades legales con fechas 13 de octubre, 10 de octubre, 30 de octubre, 11 de octubre, 10 de octubre, 7 de octubre y 13 de octubre, respectivamente, por los saldos arriba expresados;

'2º El señor Gregorio Jaramillo no ha pagado ni ha querido allanarse al pago de la suma de siete mil cuatrocientos veintinueve pesos con siete centavos ($ 7.429.07), procedente de los saldos deducidos en su contra y a favor del Departamento en las sentencias antes expresadas;

'3º El Departamento de Boyacá tiene derecho a la compensación de la expresada cantidad de siete mil cuatrocientos veintinueve pesos con siete centavos ($ 7.429.07) y de sus intereses del monto de la ejecución por capital e intereses que le adelanta Gregorio Jaramillo al Departamento de Boyacá ante el Tribunal Superior, por tratarse de cantidades líquidas y exigibles.'

"La sentencia recurrida.

"La sentencia que es objeto del presente recurso se basa en el hecho de que la parte excepcionante no adujo, o no fueron aportadas en la forma prescrita por la ley, las pruebas de los hechos en que se apoyan las excepciones.

"Desestimó el Tribunal *a quo* las pruebas acompañadas al memorial de petición presentado por el Fiscal del Tribunal, pruebas consistentes en copias de unas providencias proferidas por los Recaudadores de Rentas Departamentales de Corrales, Guateque, Paipa, Santa Rosa de Viterbo, El Cocuy, Belén y Soatá, en consideración —dijo el Tribunal— a que tales providencias eran instrumentos públicos o documentos auténticos, a tenor del artículo 632 del Código Judicial, y a que, por lo mismo, debieron ser traídas a los autos en la forma indicada por el artículo 636 del Código citado.

"En esta segunda instancia, el señor Procurador Delegado en lo Civil, como representante legal del Departamento ejecutado, solicitó, dentro del término de fijación en lista, la apertura del juicio a pruebas, fundado en lo previsto en el artículo 505 —numeral 2º— del Código Judicial, y con motivo de que el Tribunal de la causa, después de haber ordenado tener como pruebas por parte del Departamento, las copias de esos documentos públicos presentadas dentro del término respectivo, las desestimó en la sentencia por no haber venido al juicio en la forma ordenada por el artículo 636 del citado Código.

"El suscrito Magistrado ponente declaró inaceptable tal solicitud, por estimar que en el caso contemplado no se trataba de una omisión en la práctica de una prueba, sino de la calificación por el Tribunal de primera instancia, de unas pruebas, pedidas por la parte ejecutada, y decretadas por el Magistrado del conocimiento antes del fallo de fondo, en el cual fueron calificadas y desestimadas.

"Llegado ahora el momento de revisar en el fondo este fallo, sobre el particular la Corte considera:

"A menos que se trate de pruebas, ostensible, notoriamente inconducentes, el Juez no puede negarse a decretar la práctica de las que en el tiempo hábil pidan las partes. El momento de calificar el mérito de ellas, viene cuando se haya de pronunciar el fallo de fondo. Antes, no sólo se incurriría en un prejuzgamiento, sino que podría exponerse a las partes al peligro de perder sus derechos, por el rechazo anticipado, por medio de una calificación que podría ser caprichosa, de los medios de defensa que les brindan las leyes.

"Por eso mismo, y aplicando estas ideas al caso presente, el Magistrado ponente del Tribunal de primera instancia no podía menos que decretar que se recibieran las copias de los documentos que presentó la parte demandada, a reserva de calificar su mérito cuando fallara el negocio. Según sucedió al proveer en el sentido que lo hizo, él no podía advertir ni a la parte demandante que las copias debían pedirse por su conducto a las oficinas de origen, ni a la parte demandada, que tales copias no las había pedido en la forma prevista en el artículo 636 del Código Judicial.

"Este artículo enseña cómo deben pedirse las copias de documentos públicos no acompañados a la demanda o a la contestación, o a los memoriales sobre excepciones; pero como este requisito no tiene otro fin que el de que las partes se aseguren, en la mejor forma, acerca de *la autenticidad* de tales documentos, si al presentarse éstos en forma distinta de la anotada, consienten el auto en que se haya aceptado, como aquí fue el caso, esa situación procesal es invariable, porque la voluntad expresa o tácita de las partes es la suprema ley del juicio cuando no se trata de cuestiones en que esté interesado el orden público o en que no se requieran solemnidades especiales.

"Por tanto, no fue legal la desestimación que el fallo apelado hace de las copias de las providencias dictadas por los Recaudadores de Rentas Departamentales ya mencionados. Estas copias deben ser estimadas, en cuanto a la forma, como prueba idónea, porque lleva el asentimiento de las partes el auto en que se las aceptó del modo como las presentó la parte demandada para que obraran en el juicio.

"Otra cosa es conocer la fuerza probatoria que tales documentos comporten para los fines de la excepción de compensación propuesta.

"En el asunto debatido actualmente, se quiere hacer valer como apoyo de las excepciones de compensación propuestas, unas providencias proferidas por Recaudadores de Hacienda Departamental; pronunciadas en diferentes juicios ejecutivos, seguidos contra el señor Gregorio Jaramillo y a favor del Departamento de Boyacá, por los Recaudadores de Rentas Departamentales de Corrales, Paipa, Santa Rosa de Viterbo, El Cocuy, Belén, Guateque y Soatá. Estas sentencias disponen en su parte resolutiva: 1º Aprobar la liquidación del crédito y de las costas practicadas en cada juicio; 2º Llevar adelante la ejecución, el remate o adjudicación, y entrega de los bienes embargados en cada juicio, como de propiedad del ejecutado Jaramillo; 3º Pasar copia de los fallos en cada juicio, una vez ejecutoriados, a los señores Contralor, Secretario de Hacienda y Cajero de la Tesorería General del Departamento, a fin de que se procediera a la entrega de las cantidades de dinero al Departamento de Boyacá, y 4º Decretar el desembargo y el levantamiento del secuestro 'en el exceso'.

"Las providencias administrativas en cuestión hacen referencia, como fundamento, causa u origen de las deudas que se pretende compensar, a un contrato celebrado por el señor Gregorio Jaramillo con el Departamento de Boyacá sobre producción, expendio y consumo de bebidas fermentadas, de fecha once de noviembre de 1933, protocolizado luégo según escritura pública número 715 del 18 de noviembre del mismo año, en la Notaría Primera del Circuito de Tunja; pero no consta en autos que las sumas que se imputan a cargo del señor Jaramillo provengan de saldos líquidos que se deducen a este señor como consecuencia de incumplimiento del contrato que se invoca, o por cualquier otra razón, previa una decisión de esta naturaleza, ni consta tampoco que él las deba según el contrato ni que él las haya aceptado a su cargo. No es clara, así, una obligación de esta clase ni se conoce su exigibilidad actual.

"Por medio de una decisión unilateral administrativa que emana de una de las partes contratantes —el mismo Departamento que es deudor de Jaramillo por razón de un contrato que tiene la misma fecha del que se menciona como base de las providencias de que se trata, once de noviembre de 1933, y que fue objeto de anteriores fallos de la Corte— no se puede imponer a Gregorio Jaramillo, una obligación con el carácter de clara y exigible para obtener en todo o en parte la compensación de lo demandado por dicho señor con lo que a su vez alega el Departamento que aquél le debe, tanto más, cuanto no se trata de reconocimientos por razón de impuestos, ni de multas (artículo 1059 del Código Judicial). Los alcances líquidos y definitivos a que se refiere este artículo, no son los que se originen de contratos con la Administración, que no se conocen.

"En el expediente no figura el contrato aludido, y por consiguiente se ignora si éste autoriza por medio de sus cláusulas, al Departamento de Boyacá para deducir alcances al señor Gregorio Jaramillo por virtud de incumplimiento en

lo estipulado contractualmente. De ahí que para la Corte, toda obligación controvertida, que no sea aceptada por las partes en forma bilateral, debe ser establecida por la justicia ordinaria para que pueda exigirse ejecutivamente y, en consecuencia, oponerse la compensación, cuando fuere el caso.

"No se encuentran, pues, reunidos los requisitos que exige el artículo 1715 del Código Civil para que la Corte Suprema de Justicia declare probada la excepción de compensación alegada, y por tal razón, ella, en su Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y por este solo motivo, *confirma* la sentencia materia del presente recurso.

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

Recibido el expediente por el Tribunal *a quo* éste, en auto del nueve de diciembre de 1942, ordenó que se obedeciera y cumpliera lo resuelto por la Corte en la providencia que arriba se acaba de citar.

Pedida y practicada la liquidación del crédito a favor del señor Jaramillo y a cargo del precitado Departamento, el Tribunal, en auto de 28 de enero de 1943, dijo lo siguiente:

"Ténganse en cuenta los embargos comunicados por las Recaudaciones de Rentas Departamentales de Paipa, Cocuy, Belén, Santa Rosa de Viterbo y Soatá a que se refieren los oficios que obran a los folios 28, 29, 30, 31 y 32 y en consecuencia, reténganse oportunamente a la orden de dichas Recaudaciones como afectas a los juicios a que se refieren las mencionadas comunicaciones las siguientes cantidades: mil ochocientos sesenta y ocho pesos ochenta centavos ($ 1.868.80) moneda legal, por cuenta de la Recaudación de Rentas Departamentales de Paipa; mil cuatrocientos pesos ($ 1.400.00) moneda legal por cuenta de la Recaudación de El Cocuy; dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00) moneda legal por cuenta de la Recaudación de Rentas Departamentales de Belén; mil cien pesos ($ 1.100) moneda legal por cuenta de la Recaudación de Rentas Departamentales de Santa Rosa de Viterbo; y quinientos pesos ($ 500.00) moneda legal por cuenta de la Recaudación de Rentas Departamentales de Soatá.

"Dése cuenta a las Recaudaciones aludidas de la última parte de esta providencia."

Por auto del 15 de febrero de 1943, el Tribunal no accedió a reponer el de 28 de enero precitado ni a conceder apelación ni súplica contra él, alegando que se trataba de un auto de mera sustanciación, y, además, dispuso que se tuvieran también "en cuenta los embargos comunicados por las Recaudaciones de Rentas Departamentales de Guateque y de Corrales a que se refieren los oficios que obran a los folios 35 y 40 y en consecuencia, reténganse oportunamente a la orden de dichas Recaudaciones como afectas a los juicios a que se refieren las mencionadas comunicaciones las siguientes cantidades: mil doscientos pesos ($ 1.200.00) moneda legal por cuenta de la Recaudación de Rentas Departamentales de Guateque, y setecientos cincuenta pesos ($ 750.00) moneda legal por cuenta de la Recaudación de Rentas Departamentales de Corrales".

La reposición de este auto también fue denegada por el Tribunal en providencia del dos de marzo.

Con tal motivo, en escrito separado de fecha cuatro de marzo, el apoderado del ejecutante Gregorio Jaramillo, propuso (cuaderno número 8, folios 1 a 6) que, previo el trámite legal correspondiente, se declaren nulos, por incompetencia de jurisdicción del Tribunal los mencionados autos del 28 de enero y 15 de febrero de 1943 dictados por el Tribunal y a los cuales se ha hecho referencia.

Por medio de auto del cuatro de mayo último, que es el objeto de la presente alzada ante la Corte, el Tribunal denegó la solicitud de nulidad hecha por el ejecutante. De tal providencia se copia lo siguiente que contiene lo que —a juicio del Tribunal— la justifica:

"Reclama el doctor Tobías Monroy que se declaren nulos y subsidiariamente ilegales o inexistentes los autos proferidos por el Magistrado sustanciador en este juicio, el 28 de enero y 15 de febrero del presente año, en los apartes que transcribe el peticionario al principio del escrito presentado el cuatro de marzo último. Allí se dispuso tener en cuenta los embargos comunicados por las Recaudaciones de Rentas Departamentales de Paipa, Cocuy, Belén, Santa Rosa de Viterbo y Soatá a que se refieren los oficios que obran a los folios 28, 29, 30, 31 y 32 y que se retengan oportunamente a la orden de dichas Recaudaciones, 'como afectas a los juicios a que se refieren las mencionadas comunicaciones', las cantidades allí expresadas para cada Recaudación. También se ordenó igual cosa, por el segundo de los autos aludidos, por lo que respecta a las comunicaciones procedentes de las Recaudaciones de Rentas Depatamentales de Guateque y Corrales legibles a los folios 35 y 40 que obran todas en el cuaderno número 7.

"Dichas comunicaciones están dirigidas así: 'al señor Magistrado sustanciador en el juicio ejecutivo que ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja adelanta Gregorio Jaramillo contra el Departamento de Boyacá'.

"El objeto de las mismas es, como lo indica el encabezamiento de cada una de ellas, 'Para que se haga efectivo el embargo, que también se comunicó oportunamente al señor Cajero de la Tesorería General del Departamento, me tomo la libertad de dirigirme a esa alta corporación para transcribir la parte conducente de las siguientes providencias dictadas por esta Recaudación en el juicio ejecutivo que adelanta el Departamento de Boyacá contra el señor Gregorio Jaramillo'.

"Ese embargo, secuestro y retención preventivos —que no han sido decretados por el Tribunal sino por las Recaudaciones de Rentas Departamental en referencia— se concretan 'a una cuota en dinero efectivo equivalente 'a la cantidad de.... (variable en cada provincia) que se tomará del monto de los perjuicios estimados en dinero y que el Departamento de Boyacá debe pagar al deudor Gregorio Jaramillo E., según sentencia de la Corte Suprema de Justicia, perjuicios cuyo monto o cuantía se están demostrando y cobrando actualmente ante el honorable Tribunal del Distrito Judicial de Tunja....'

"En las sentencias de pregón y remate recaídas en los juicios ejecutivos en que las providencias precitadas fueron decretadas, y se dice que en los juicios, porque sabido es que según el artículo 291 del Código Judicial *el secuestro o embargo preventivos surten sus efectos en el juicio ejecutivo sin que haya necesidad de nuevo secuestro o de nuevo embargo,* se ordenó 'el desembargo y levantamiento del secuestro en el exceso'.

"De modo que en las providencias reclamadas por el doctor Monroy, el Magistrado sustanciador se limitó exclusivamente a dictar las medidas del caso para que las comunicaciones procedentes de las Recaudaciones de Rentas Departamentales tuvieran cumplido efecto, sin que le fuera dable discutirlas, ni poner en tela de juicio su autenticidad, ni la virtualidad que en sí mismas conllevan para producir sus efectos en este juicio.

"La potestad legal que asistió al Magistrado ponente para dictar aquellos autos, fechados el 28 de enero y el 15 de febrero del año en curso, está reconocida por el Código Judicial en la disposición que dice así:

'Artículo 282. El embargo que el demandado o presunto demandado persiga, discuta o tenga en otro juicio se comunica al Juez respectivo para los efectos consiguientes.'

"Precepto éste, que el expositor doctor Jesús M. Restrepo Barrientos, ex-Magistrado del Tribunal Superior de Medellín en la obra titulada *'Comentario del Código Judicial (Organización y Procedimiento Civil)',* aclara así:

'Artículo 282. Cuando al demandado o presunto demandado se le embarguen los remanentes de bienes que se le persiguen en otro juicio, o el derecho litigioso que tenga, etc., basta, para que el embargo quede consumado que se le comunique al Juez respectivo, sin que haya necesidad de hacerlo registrar. Esta conmunicación se agrega al juicio.' (Página 72). A lo cual añade este Tribunal que el Juez a quien se dirija una comunicación en tal sentido debe tomar u ordenar las medidas del caso para que el precitado artículo 282 del Código Judicial surta 'los efectos consiguientes'.

"La jurisdicción y competencia para conocer del embargo y secuestro, en las distintas ocurrencias que puedan surgir en el desarrollo del juicio ejecutivo, cuandoquiera que se trate del embargo de derechos que el ejecutado tenga en otro juicio radica en el Juez o funcionario que ha decretado y comunicado el embargo (las Recaudaciones de Rentas Departamentales en el caso *sub judice)* y en manera alguna en el Juez o funcionario a quien se haya comunicado tal embargo (el Magistrado ponente en este incidente) para los efectos consiguientes.

"Las medidas que este último adopte, con tal objeto, son simples providencias de sustanciación, puesto que apenas se limitan a dar curso progresivo a la actuación ordenada por el Juez o funcionario que conoce del juicio en que se decreta el embargo. Hay, pues, en el Juez a quien se comunica el embargo decretado en juicio distinto, para que surta sus efectos en otro juicio que éste último adelanta, un simple auxilio o apoyo para la buena marcha de la administración de justicia y para el buen éxito de los ciudadanos en la demanda de tutela jurídica.

"Que al proferir los mandamientos ejecutivos contra el señor Gregorio Jaramillo por alcances deducidos contra él como contratista con el Departamento sobre producción, expendio y consumo de bebidas fermentadas, las Recaudaciones de Rentas Departamentales mencionadas, en las fechas indicadas' hubieran o nó obrado con la observancia de las normas del caso para decretar 'el embargo, el secuestro y la retención preventivos' de las cantidades allí determinadas 'para hacerlas descontar de lo que el Departamento de Boyacá debía pagar al señor Jaramillo por perjuicios provenientes del incumplimiento de tal contrato', son cuestiones para ser tratadas no en el presente juicio como lo pretende el doctor Monroy sino en aquel en que fueron dictadas tales medidas.

"Que dentro del juicio ejecutivo adelantado por el señor Gregorio Jaramillo contra el Departamento de Boyacá, haya introducido el señor Fiscal del Tribunal, sin éxito, la excepción de compensación, a que alude el punto III del memorial del doctor Monroy; que la Sala de Negocios Generales de la honorable Corte Suprema de Justicia hubiera desestimado las providencias de las Recaudaciones en que se deducen los saldos embargados como prueba de los hechos que sirven de soporte a la excepción propuesta, como así fue, en manera alguna quiere decir que tales providencias deban ser incumplidas para los efectos del embargo y secuestro comunicados con posterioridad a la sentencia de excepciones, pues, con mediana inteligencia cabe comprender, fácilmente, que se trata de incidencias diferentes con jurisdicción y competencias distintas a saber: en el incidente de excepciones, ya fallado, el Tribunal y la Sala de Negocios Generales conocieron y apreciaron pruebas bajo un aspecto propio del presente juicio, en tanto que en relación con las comunicaciones de que se hizo mérito al principio de esta providencia y de los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva, en que han tenido su origen, no es esta la ocasión propicia para debatir y apreciar la calidad, contenido y alcance de las providencias de que allí se da cuenta para efectos del artículo 282 del Código Judicial, porque para esto sí carece el Tribunal de jurisdicción y de competencia dentro de este proceso, toda vez que tales comunicaciones obran a los folios 28, 29, 30, 31, 32, 35 y 40 del cuaderno número 7 como reflejo de las medidas sobre embargo, secuestro y retención de cantidades de dinero que el ejecutante persigue en este juicio por jurisdicción coactiva contra el señor Gregorio Jaramillo, en su condición de ejecutado, que no se encuentran sometidas al conocimiento y decisión del Tribunal en estos autos.

"No hubo, pues, ausencia o falta de competencia por parte del Tribunal, en los autos de sustanciación dictados por el Magistrado sustanciador con motivo de las comunicaciones en estudio y por tanto no pueden prosperar las peticiones sobre declaraciones de la nulidad procedimental de dichos autos y de su ilegalidad.

"Queda por estudiar la petición subsidiaria de que se declaren inexistentes los autos en referencia.

"Se observa:

"En principio, debe partirse de las razones ya expuestas, para sustentar la potestad legal que asistió al Magistrado sustanciador para dar curso a las comunicaciones sobre el embargo de bienes decretado en los autos proferidos por las Recaudaciones; pero ese embargo, secuestro y retención, no pueden extenderse, en cada uno de los eventos contemplados en las respectivas comunicaciones, a mayor cantidad de aquella en que quedó subsistente en las sentencias de pregón y remate, pues, allí mismo se ordena *levantar el embargo en el exceso* y así es como hay que interpretar y apreciar las tales comunicaciones. En este particular, es perfectamente aceptable el siguiente pasaje del memorial del doctor Tobías Monroy:

'.....las comunicaciones dirigidas a última hora a la Sala Unitaria no pueden tener y no tienen más fuerza que las sentencias de las Recaudaciones.'

"Pero de esto a negarles toda su eficacia a tales comunicaciones para efectos del artículo 282 del Código Judicial, porque la Corte no aceptó tales sentencias como prueba de la excepción de compensación, existe apreciable diferencia.

"En esta parte es innegable que las providencias dictadas por el Magistrado sustanciador no pueden surtir efecto legal en la parte en que exceden del monto a que se refieren las sentencias de pregón y remate pronunciadas por las Recaudaciones de Rentas Departamentales, toda vez que en ellas se ordena levantar el embargo en cuanto excedan de las sumas debidas por el señor Gregorio Jaramillo.

"En tal virtud, el Tribunal Superior del Distrito Judicial —Sala de lo Civil— resuelve:

"1º No es el caso de declarar nulos e ilegales los autos de fecha veintiocho de enero y quince de febrero del año en curso, proferidos por el Magistrado sustanciador con motivo de las comunicaciones procedentes de las Recaudaciones de Rentas Departamentales.

"2º Decláranse legalmente ineficaces las aludidas providencias en cuanto exceden de las cantidades que se ha dispuesto retener a la orden de cada una de las Recaudaciones que en seguida se mencionan: mil cuatrocientos noventa y siete pesos, setenta y cinco centavos ($ 1.497.75) por cuenta de la Recaudación de Rentas Departamentales de Paipa; mil ciento cincuenta pesos, setenta y tres centavos ($ 1.150.73) por cuenta de la de El Cocuy; mil novecientos sesenta y ocho pesos, noventa y seis centavos ($ 1.968.96) de la de Belén; ochocientos cincuenta y tres pesos cuarenta y seis centavos ($ 853.46) de la de Santa Rosa de Viterbo; trescientos setenta y nueve pesos, sesenta y ocho centavos ($ 379.68) de la de Soatá; novecientos setenta y nueve pesos, ochenta y dos centavos ($ 979.82) de la de Guateque; quinientos noventa y ocho pesos, sesenta y siete centavos ($ 598.67) de la de Corrales."

Concepto de la Corte.

Las dos principales providencias que se dejan citadas en la presente, a saber: la de esta Sala de Negocios Generales de la Corte, de fecha diez y ocho de noviembre de 1942, y la de cuatro de mayo del presente año, del Tribunal Superior de Tunja, suministran los elementos de información que son suficientes no sólo para conocer cuáles son las cuestiones materia de la actual controversia entre el ejecutante Gregorio Jaramillo y el Departamento de Boyacá, sino para que la Corte conceptúe y resuelva, por las razones que a continuación pasa a expresar, que el presente recurso de alzada está destinado a prosperar por cuanto el Tribunal *a quo* no ha obedecido ni cumplido la providencia de diez y ocho de noviembre de 1942.

En efecto, hase visto que después de dictado por el mismo Tribunal de Tunja, y confirmado por la Corte en auto de 27 de marzo de 1942, el mandamiento ejecutivo contra el Departamento de Boyacá por la suma de $ 20.302.69, con base en sentencia condenatoria de la Corte contra dicho Departamento, de fecha dos de mayo de 1938, el Fiscal de dicho Tribunal propuso el incidente de excepciones a que se ha hecho referencia ya, fundado en que —según el Fiscal— el Departamento de Boyacá, por compensación, tenía derecho a descontar o "a deducir del monto de la ejecución por capital e intereses, la cantidad de $ 7.429.07 siete mil cuatrocientos veintinueve pesos con siete centavos, que está obligado a pagarle al señor Gregorio Jaramillo, según sentencias ejecutoriadas, dictadas a favor del Departamento de Boyacá y en contra del señor Gregorio Jaramillo por los Recaudadores de Rentas Departamentales de Santa Rosa de Viterbo, Corrales, Paipa, El Cocuy, Belén, Soatá y Guateque...."

Como queda visto también, la Corte, en su providencia del diez y ocho de noviembre de 1942, dejó establecido, en forma que no puede prestarse a dudas, que la excepción de compensación propuesta con base en esas actuaciones no podía prosperar, por las varias razones de orden legal que allí se expuso, entre ellas, las siguientes:

a) Que con respecto a las mencionadas providencias de los Recaudadores, que se referían a un contrato celebrado el once de noviembre de 1933, entre el Departamento de Boyacá y Gregorio Jaramillo sobre producción, expendio y consumo de bebidas fermentadas, no constaba en autos (como no consta ahora tampoco) que las sumas que como alcances se imputaban a cargo de dicho señor, procedieran de saldos líquidos por razón de incumplimiento de tal contrato por parte de Jaramillo, previa una decisión competente sobre este punto; y que no constaba tampoco que Jaramillo las debiera por razón de dicho contrato o que él las hubiese aceptado a su cargo; por lo que la Sala declaró que una obligación de esta naturaleza carecía de los caracteres de claridad y exigibilidad requeridos por el artículo 1715 del Código Civil para que se operara el fenómeno jurídico de la compensación;

b) Que las providencias de que se trataba constituían decisiones administrativas de carácter unilateral, emanadas de una de las partes contratantes, el mismo Departamento deudor de Jaramillo; que este caso no era el de reconocimientos por razón de impuestos ni de multas (artículo 1059 del Código Judicial) sino el de obligaciones que se pretendía deducir como consecuencia del incumplimiento de un contrato con la Administración, y que tampoco constaba que el contrato celebrado entre Jaramillo y el Departamento de Boyacá autorizara a éste para deducir *alcances* a cargo de aquél por virtud del incumplimiento en lo pactado y sin previa decisión de la justicia ordinaria.

Planteada, pues, ante la Corte la excepción de compensación con base en esas providencias de los Recaudadores de las poblaciones mencionadas, necesariamente tenía ella que entrar a considerar, como se dijo, "la fuerza probatoria que tales documentos comporten para los fines de la excepción de compensación propuesta"; y lo hizo la Corte descalificando ese material probatorio que le servía de sustentáculo a tal excepción, en la forma que quedó expuesto y decidido en la providencia cuya cita y análisis se han dejado hechos.

Por ello, después de todo lo expuesto y de lo que él mismo contiene, no le encuentra la Sala explicación satisfactoria ni acertada, al siguiente párrafo del auto del Tribunal, que es materia del presente recurso:

"Que dentro del juicio ejecutivo adelantado por el señor Gregorio Jaramillo contra el Departamento de Boyacá, haya introducido el señor Fiscal del Tribunal, sin éxito, la excepción de compensación, a que alude el punto III del memorial del doctor Monroy que la Sala de Negocios Generales de la honorable Corte Suprema de Justicia hubiera desestimado las providencias de las Recaudaciones en que se deducen los saldos embargados como prueba de los hechos que sirven de soporte a la excepción propuesta, como así fue, en manera alguna quiere decir que tales providencias deban ser incumplidas para los efectos del embargo y secuestro comunicados con posterioridad a la sentencia de excepciones, pues, con mediana inteligencia cabe comprender, fácilmente, que se trata de incidencias diferentes con jurisdicción y competencia distin-

tas a saber: en el incidente de excepciones, ya fallado, el Tribunal y la Sala de Negocios Generales conocieron y apreciaron pruebas bajo un aspecto propio del presente juicio, en tanto que en relación con las comunicaciones de que se hizo mérito al principio de esta providencia y de los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva, en que han tenido su origen, no es esta la ocasión propicia para debatir y apreciar la calidad, contenido y alcance de las providencias de que allí se da cuenta para efectos del artículo 282 del Código Judicial, porque para esto sí carece el Tribunal de jurisdicción y de competencia dentro de este proceso, toda vez que tales comunicaciones obran a los folios 28, 29, 30, 31, 32, 35 y 40 del cuaderno número 7 como reflejo de las medidas sobre embargo, secuestro y retención de cantidades de dinero que el ejecutante persigue en este juicio y que fueron adoptadas en juicio por jurisdicción coactiva contra el señor Gregorio Jaramillo, en su condición de ejecutado, que no se encuentran sometidas al conocimiento y decisión del Tribunal en estos autos.

"No hubo, pues, ausencia o falta de competencia por parte del Tribunal, en los autos de sustanciación dictados por el Magistrado sustanciador con motivo de las comunicaciones en estudio y por tanto no pueden prosperar las peticiones sobre declaraciones de la nulidad procedimental de dichos autos y de su ilegalidad."

Si, como lo reconoce el Tribunal, y es lo cierto, su Fiscal introdujo, sin buen éxito, la excepción de compensación fundado en las mismas providencias de los Recaudadores y si tales providencias, que le servían de soporte a esa excepción fueron *desestimadas* por la Corte, quiere ello decir que tales providencias no pueden recobrar el mérito probatorio que por la Corte se les desconoció, por el simple hecho de que ahora se las presente al Tribunal como simples *comunicaciones* de los embargos a que ellas se refieren, de acuerdo con el artículo 282 del Código Judicial, porque el mismo material probatorio que no encontró idóneo la Corte para que produjera el fenómeno jurídico de la compensación por medio de la respectiva excepción perentoria, no puede tener la virtud de dar origen a ese mismo fenómeno (que es lo que aquí vuelve a pretenderse por el Departamento ejecutado) cuando son las mismas piezas probatorias las que se exhiben para que se tengan en cuenta los mismos embargos "para los efectos consiguientes".

¿Y cuáles serían esos efectos?, vale preguntar.

Sin duda los caminos son aquí distintos, pero como bien sabido es que en derecho lo que no se permite por una vía, no puede permitirse que se haga por otra con idéntico fin, y aquí el fin aparece bien claramente que es el mismo —el que con base en los mismos alcances de los mismos Recaudadores, se descuente la suma de $ 7.429.07 a que ellos ascienden, de aquella a que está condenado el Departamento de Boyacá a pagarle al mismo Jaramillo— la aplicación aislada del artículo 282 del Código Judicial sería demasiado literal y formalista, si se permitiera que bajo su amparo, se desconocieran otras disposiciones de superior imperio, como las de los artículos 1715 del Código Civil y 982 del mismo Código Judicial, con apoyo en las cuales resolvió la Corte en su providencia del 18 de noviembre de 1942, que esas providencias de los Recaudadores no servían para oponerlas en compensación al ejecutante Jaramillo en el ejecutivo de éste contra el Departamento de Boyacá.

Porque, si no es para que se descuente o se deduzca de lo que a este señor debe pagar el Departamento ejecutado, el monto de las cantidades materia de esos *alcances;* ¿para qué ordena el Tribunal que se tengan en cuenta los respectivos embargos y para qué ordena que se retenga a órdenes de las Recaudaciones que los decretaron, las respectivas sumas?

Cierto que de acuerdo con el texto del artículo 282 del Código Judicial, "El embargo que el demandado o presunto demandado persiga, discuta o tenga en otro juicio se comunica al Juez respectivo para los efectos consiguientes"; pero por *los efectos consiguientes* a que se refiere este artículo no pueden entenderse sino los efectos *legales* que sean compatibles con el caso de que se trata; y si tales efectos, como en el presente caso, han de reflejarse sobre los que ya han sido materia de un pronunciamiento judicial fundado en los mismos elementos de convicción que luégo se vuelven a presentar para que destruyan en todo o en parte los efectos de tal pronunciamiento, en tal evento, *"los efectos consiguientes"* a los cuales se refiere el artículo 282 del Código Judicial, no pueden ser otros que aquellos que no hagan nugatorio tal pronunciamiento.

Aplicando estas ideas al presente caso, se advierte que nada importa que se trate de juicios ejecutivos distintos, pues fallada por la Corte en sentido adverso al Departamento deudor la excepción de compensación propuesta por éste, la decisión sobre esta excepción ha de aceptarse y respetarse con todos sus efectos y consecuencias, que son los de impedir la pretendida compensación dondequiera y cuandoquiera que se aduzcan como soporte del pretendido descuento o deducción, en acción ejecutiva, los mismos elementos que se examinaron y descalificaron cuando se falló la excepción. Esta, tratándose de las mismas partes y de la misma causa, debe conservar todas las repercusiones que le son peculiares, y no puede perderlas, si se trata de un

juicio ejecutivo, sino mediante el correspondiente juicio ordinario de revisión. Una solución distinta, conduciría a una conclusión ostensiblemente inconciliable, contraria y jurídicamente inexplicable, como lo sería la de que el mismo material probatorio desestimado por la Corte fue inoperante, por un lado, para producir el fenómeno de la compensación mediante la deducción o descuento de la suma pretendidamente a cargo del ejecutante por razón del alegado incumplimiento del mismo contrato entre Jaramillo y el Departamento de Boyacá, pero que, por otro lado, esos mismos elementos son idóneos para alcanzar ese mismo resultado, con sólo hacerlos conocer del Juez que tramita el juicio ejecutivo en que la Corte los desestimó, y declaró, en consecuencia, que la solicitada deducción por vía de compensación, no podía prosperar.

En apoyo de lo dicho, vale decir que caso muy distinto es el que se refiere en este mismo juicio, a la orden dada por el Tribunal en auto de 16 de diciembre de 1942 (folio 27 vuelto, cuaderno número 7) de tener en cuenta y retener a disposición del Juez 3º Civil de Bogotá, la suma de $ 2.500.00 por razón de un embargo preventivo, cuyos antecedentes se desconocen, a cargo del mismo Gregorio Jaramillo y a favor del señor Nemesio Bohórquez Dávila. Este es el caso en que sí procede la aplicación de lo dispuesto en el artículo 282 del Código Judicial.

En concepto de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal *a quo,* ha procedido en el presente caso en abierta contradicción con lo resuelto por la Corte en su providencia ejecutoriada del diez y ocho de noviembre de 1942, y, en consecuencia, con apoyo en los artículos 146, numeral 3º, 148, 468, 473 y 474 del Código de Procedimiento Civil, *resuelve,* en desacuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Civil, lo siguiente:

a) Son nulos los apartes de los autos de veintiocho de enero y quince de febrero del presente año del Tribunal Superior de Tunja, pronunciados en el ejecutivo de Gregorio Jaramillo contra el Departamento de Boyacá, apartes cuya nulidad pide el apoderado del ejecutante Gregorio Jaramillo en su escrito del cuatro de marzo último que corre a folios uno a seis del cuaderno número 8 del presente juicio, referentes a las comunicaciones sobre embargos procedentes de los Recaudadores a que se ha hecho mención en la parte motiva de la presente providencia;

b) Por consiguiente, dentro del juicio ejecutivo de que se trata no pueden efectuarse los descuentos o deducciones a que se refieren las providencias que fueron materia de examen y decisión en el incidente de excepción de compensación, fallado por la Corte en su providencia del diez y ocho de noviembre de 1942, por las razones expuestas en tal providencia y en la presente; y, por tanto, el Tribunal *a quo* debe darle estricto y pronto cumplimiento a lo en ellas dispuesto;

c) En los términos que preceden, queda revocada la providencia materia del presente recurso de apelación.

Notifíquese, cópiese, publíquese en el próximo número de la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Acción petitoria de dominio de un predio reclamado como baldío por el Estado.

1. Conforme a las disposiciones de los artículos 1º a 3º de la Ley 200 de 1936, se establecen 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. La última presunción se desvirtúa con la presentación —fuera del título originario expedido por el Estado que no haya perdido su eficacia legal— de títulos inscritos otorgados antes de la mencionada Ley 200, en que consten tradiciones de dominio por un lapso de tiempo no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria.

2. Aunque de acuerdo con el artículo 45 del Código Fiscal se reputan baldías las márgenes de los ríos navegables, salvo el derecho que tengan los particulares por título traslaticio de dominio, no debe olvidarse que la Ley 200 es posterior al Código Fiscal, de manera que las presunciones de propiedad respecto de las márgenes de los ríos navegables se rigen hoy también por el estatuto de tierras, que gobierna íntegramente el régimen de los llamados baldíos, frente al Estado. Y, entre las tierras no adjudicables o que constituyen la reserva territorial del Estado, no se cuentan las márgenes de los ríos navegables, sino las tierras baldías donde se encuentren "las cabeceras de los ríos navegables", según el ordinal b) del artículo 107 del Código Fiscal. El artículo 45 del mismo Código se refería a las márgenes de los ríos navegables para el efecto de reputarlas baldías, mas no para establecerlas como reserva ni para hacerlas inadjudicables por el Estado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diciembre dos de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El señor Federico Falquez, de Barranquilla, demandó a la Nación, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa ciudad, para que por la vía ordinaria y previa la tramitación correspondiente, se declare por sentencia definitiva que es del dominio privado del demandante el siguiente inmueble, que le pertenece en propiedad, por haberlo adquirido, conforme a la titulación a que se refiere la propia demanda:

Un terreno situado en jurisdicción del Municipio de Barranquilla, con una superficie de 48.354 metros cuadrados y alinderado así: Por el Norte, con terreno de la sociedad de Lazcano y Cía.; por el Sur y por el Oeste, con terreno del doctor Juan N. Rondón; y por el Este, con el río Magdalena. Terreno que hace parte de un globo de mayores dimensiones denominado Tendal.

En el libelo de demanda el demandante hace la enumeración de la cadena de títulos en virtud de la cual el terreno descrito se ha venido transmitiendo hasta llegar a él. Y además agrega en síntesis como sustentáculo de la acción:

1º Que el Gobierno Nacional desde el año de 1934 se ha pretendido con derechos sobre una zona de terreno ubicada al oriente de la ciudad de Barranquilla y a la orilla del río Magdalena, alegando que se debe considerar esa zona con carácter de baldío;

2º Que en la zona de terreno en referencia hállase comprendido el inmueble de propiedad del señor Falquez, materia de la demanda;

3º Que con relación a la misma zona de terreno, y al solo efecto de darle facilidades al Gobierno para que pudiera llevar a cabo las obras del puerto y terminal marítimo de Barranquilla, celebróse entre el Gobierno y los propietarios un convenio en virtud del cual los propietarios entre ellos el señor Falquez concedieron al Gobierno el derecho de ocupar parte de sus inmuebles, obligándose en cambio a pagar el valor de los terrenos que ocupara, siempre que llevado el asunto al Poder Judicial fuera reconocida la propiedad particular de los propietarios; el texto de ese convenio aparece en el documento privado de fecha 27 de marzo de 1935, suscrito a nombre del Gobierno por el señor Ministro de Obras Públicas, documento que en copia se acompañó al libelo;

4º Que con posterioridad al convenio mencionado el demandante Falquez celebró con el Gobierno Nacional un nuevo contrato en virtud

del cual éste obligóse a pagarle y le pagó todas las mejoras hechas por él en la parte del inmueble que fue ocupada por el Gobierno; el texto de ese convenio lleva fecha 27 de noviembre de 1935, y también fue acompañado en ejemplar original a la demanda;

5º Que como consecuencia del nuevo convenio a que se refiere el punto anterior el Gobierno Nacional tomó, del inmueble perteneciente a Falquez y a que se refiere la parte petitoria de la demanda, con destino al puerto y terminal marítimo de Barranquilla, una porción de terreno circunscrita así: "Parte del predio denominado Pinar del Río ubicado en jurisdicción del Municipio de Barranquilla, con un área total aproximada de 3 hectáreas 5.830 metros cuadrados, comprendida dentro del plano de localización del terminal marítimo y fluvial de Barranquilla y limitada así: por el Norte, con la otra parte del Pinar del Río; por el Oriente, con el río Magdalena; por el Sur y el Oeste, con la zona destinada para el terminal antes ocupada por el doctor Juan N. Rendón."

En representación de la Nación contestó la demanda el señor Fiscal del Tribunal de Barranquilla, oponiéndose a las pretensiones del actor, porque se trata de terrenos que son de la exclusiva propiedad de la Nación; y porque tanto el terreno reclamado como otros varios de la misma zona "están comprendidos dentro de la zona destinada para obras de utilidad pública, según decreto ejecutivo número 1656 de 1939, y en consecuencia no puede acreditarse por ahora dominio particular sobre ninguna porción de esos terrenos, sino con título emanado del Estado, pues los títulos entre particulares de que trata el inciso 1º del artículo 3º de la Ley 200 de 1936 no amparan los terrenos no adjudicables y reservados o destinados conforme al inciso 2º del artículo citado. Por tanto mientras esté vigente el Decreto mencionado, no puede decretarse a favor de particulares los inmuebles que se ha reservado la Nación".

Después del trámite de primera instancia ante el Tribunal, esta entidad dictó la sentencia de 12 de junio del año próximo pasado, apelada por el señor Fiscal del Tribunal, en la que declara que es del dominio privado del señor Federico Falquez el predio individualizado en la demanda.

A la Corte le compete resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal, y por ello entra a resolverlo, dejando constancia de que los trámites de segunda instancia también se cumplieron normalmente y que en el término de prueba de ella el demandante adujo nuevos elementos consistentes en escrituras públicas, declaraciones de testigos y una inspección ocular sobre el terreno de la controversia.

La cuestión legal.

El encadenamiento de los títulos de propiedad, exhibidos por el demandante en el juicio, es el siguiente, a partir del año de 1893:

a) Por la escritura pública número 544 de fecha 27 de noviembre de 1893, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Barranquilla, el General Diego A. de Castro vendió al señor Guillermo Campbell un establecimiento industrial conocido con el nombre de Misisipí, compuesto de un globo de terreno ubicado en la banda occidental del río Magdalena, cerca de la boca del caño que llaman de Arriba, con sus tendales, casas, hornos y demás cosas destinadas al establecimiento o fábrica de hacer ladrillos, construídos por el vendedor.

b) Por la escritura pública número 479 de fecha 8 de noviembre de 1895 pasada ante el Notario Segundo del Distrito de Barranquilla, el señor Guillermo Campbell vendió a Joaquín M. Lazcano el establecimiento que había adquirido del General De Castro.

c) Por escritura pública número 1963 de fecha 11 de septiembre de 1920, otorgada en la Notaría 2ª de Barranquilla, los señores Eduardo, Joaquín y Carlos Lazcano, Margarita Lazcano de Senior, Ana Lazcano de Jimeno y Ana Fuenmayor v. de Lazcano, transfirieron unos derechos a la sociedad Lazcano y Cía. sobre el inmueble a que se refieren los puntos anteriores.

d) Por escritura pública número 2548 de fecha 17 de diciembre de 1920 otorgada ante el Notario Segundo del Circuito de Barranquilla se protocolizó el juicio de sucesión del señor Juan N. Lazcano en cuya partición se le adjudicó a la sociedad Lazcano y Cía., el terreno denominado El Tendal, antes Misisipí, ubicado en jurisdicción del Municipio de Barranquilla.

e) Y por escritura pública número 1596 de 4 de septiembre de 1919 pasada en la Notaría 2ª del Circuito de Barranquilla aclarada y ratificada luégo en escrituras números 80 y 909 de 15 de enero de 1921 y 23 de octubre de 1933, respectivamente, ambas también de la Notaría Segunda de Barranquilla, la sociedad Lazcano y Cía. vendió al señor Federico Falquez un terreno situado en jurisdicción del Distrito de Barranquilla, con una superficie de 38.344 metros cuadrados, que hacía parte de un globo de mayores dimensiones denominado El Tendal, y delimitado conforme aparece en la súplica de la demanda.

Se trajeron al expediente otros títulos de propiedad relativos a años anteriores al de 1893, pero que no es el caso de mencionar, porque los relacionados son suficientes para deducir las conclusiones que se imponen en este proceso.

Además de los anteriores títulos escriturarios, que comprueban que el terreno de la demanda, ha sido objeto de transacciones entre particulares por lo menos desde el año de 1893, obran en autos declaraciones de testigos que establecen que también ha sido poseído materialmente y explotado por sus diferentes dueños. En efecto con el dicho de los señores José J. Lazcano, Manuel J. de la Rosa y Marcelino Escobar se acredita que el terreno del señor Falquez ha estado en posesión de particulares, como propietarios, desde el año de 1879, entre éstos Diego de Castro, Lazcano y Cía., Joaquín M. Lazcano, Guillermo Campbell, y otros, y que esa posesión ha sido continua, tranquila, quieta y pacífica, mediante actos como cercar, establecer cultivos, pastajes de animales, ocupación con ganados, construcción de casas, tejares para la fábrica de ladrillo, indispensables para el buen mantenimiento y conservación del terreno; y que en la actualidad esa posesión la ejerce el señor Federico Falquez, en calidad de dueño del terreno.

* * *

Conforme a las disposiciones de los artículos 1º a 3º de la Ley 200 de 1936, se establecen 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. La última presunción se desvirtúa, con la presentación —fuera del 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.

El demandante señor Falquez ha cumplido los preceptos mencionados, comprobando el traspaso sucesivo del dominio entre particulares del predio de la demanda, por un lapso por lo menos mayor de cuarenta años, lo mismo que la posesión material de dicha propiedad por la ejecución de hechos positivos, como la ocupación de ganados, la plantación de sementeras y la construcción de cercas y edificios. Es el caso por consiguiente de reconocerle el derecho de dominio que reclama.

* * *

La defensa de la Nación se hace consistir en que el terreno es baldío y que para comprobar la propiedad particular se necesita la presentación del título emanado del Estado.

Apoyándose el señor Procurador Delegado en lo Civil, en su alegato ante la Corte, en el ordinal d) del artículo 45 del Código Fiscal según el cual se reputan baldíos "las márgenes de los ríos navegables, salvo los derechos que tengan los particulares por título traslaticio de dominio", sostiene que existe una presunción de que las márgenes del río Magdalena son bienes baldíos. Agrega que la prueba pertinente para destruir la mencionada presunción no puede ser otra que la adjudicación que de tales terrenos haya hecho el Estado, en una de las formas y para uno de los fines indicados en el artículo 46 del mismo Código, "ya que por mandato expreso de los artículos 60 y 71 ibidem y 3º de la Ley 48 de 1882 los terrenos baldíos no son enajenables por venta y su dominio no puede adquirirse por prescripción. El título traslaticio de dominio a que hace referencia el ordinal d) del artículo 45 del Código Fiscal no puede ser otro que aquel por medio del cual el Estado hizo salir de su patrimonio el bien y del cual nacen los derechos de los posteriores adquirentes. No realiza esa noción la serie de títulos, por numerosa que sea, originados entre particulares ni el hecho de la posesión". Y desvirtuando el señor Procurador la aplicación que el Tribunal hizo del artículo 3º de la Ley 200 de 1936 en que apoya la conclusión de que el terreno es del demandante, dice:

"No vale en contra alegar lo establecido por la Ley 200 de 1936, porque en ella se deja a salvo lo relativo a terrenos que no sean adjudicables por estar 'reservados o destinados para cualquier servicio o uso público'. Y los terrenos de que se trata no sólo son baldíos por presunción no destruída, sino que están destinados para el servicio público del terminal marítimo de Barranquilla siendo, por tanto, no adjudicables."

* * *

Las alegaciones anteriores del representante de la Nación no son suficientes a desvirtuar el derecho de dominio que Falquez ha demostrado según las reglas de la Ley 200.

Es cierto que de acuerdo con el artículo 45 del Código Fiscal, ordinal d), se *reputan baldíos* las márgenes de los ríos navegables, salvo el derecho que tengan los particulares por título traslaticio de domino.

Pero no debe olvidarse que la Ley 200 es posterior al Código Fiscal, de manera que las presunciones de propiedad respecto de las márgenes de los ríos navegables rígense hoy también por el estatuto de tierras, que gobierna íntegramente el régimen de los llamados *baldíos*, frente al Estado.

Y como lo sostiene el apoderado del demandante, entre las tierras no *adjudicables* o que constituyen la *reserva* territorial del Estado, no se cuentan las márgenes de los ríos navegables,

sino las tierras baldías donde se encuentren "*las cabeceras* de los ríos navegables", según el ordinal b) del artículo 107 del Código Fiscal. El artículo 45 del mismo Código se refería a las márgenes de los ríos navegables para el efecto de reputarlas *baldías*, mas no para establecerlas como *reserva* ni para hacerlas *inadjudicables* por el Estado.

Por otra parte, los terrenos materia del debate están destinados a un servicio público por disposición del Gobierno y precisamente por esa determinación nació la controversia, para decidir de quién es el dominio y si la expropiación debe adelantarse; pero antes de esa emergencia no eran terrenos destinados a ningún servicio público.

Por tales razones no sería aplicable al terreno del señor Falquez el aparte segundo del artículo 3º de la Ley de Tierras, que excluye de la prueba de propiedad particular consagrada en la primera parte de la disposición, los "terrenos que no sean adjudicables, estén reservados, o destinados para cualquier servicio o uso público".

Sentencia.

Por las razones expuestas la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia apelada, proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Barranquilla.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en el próximo número de la *Gaceta Judicial*.

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Acción de responsabilidad civil por culpa.-Responsabilidad del empresario de transportes.

1. La responsabilidad del empresario de transportes, industria ésta que de por sí implica riesgos, solamente se desvanece probando el caso fortuito o la fuerza mayor, según el artículo 306 del Código de Comercio y el 2073 del Código Civil. En esta materia es clara nuestra legislación sobre la prueba que se exige; son ineficaces las alegaciones sobre ausencia de culpa.

2. El artículo 8º de la Ley 52 de 1919 dice expresamente que una empresa de transportes no queda exenta de responsabilidad por el hecho de que lo estipule en las cláusulas a que adhiere el pasajero.

3. En fallo anterior de la Sala ya se había dicho lo siguiente: "....Aparece que la jurisprudencia y la doctrina distinguen para los efectos de la fijación del daño, entre el momento del accidente y el del fallo que fija la indemnización, y que son las circunstancias del tiempo de la sentencia las que deben ser tenidas en cuenta por el Juez para regular los perjuicios, y no las del momento del accidente."

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diciembre trece de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El señor Daniel Gómez Pinzón demandó en su propio nombre a la Nación, por la vía ordinaria, para que previo el trámite del juicio correspondiente se la condene:

Primero. A pagar al demandante la suma de quince mil pesos, moneda legal, o la que en el curso del juicio se determine por medio de peritos, como valor de los perjuicios materiales que en calidad de daño emergente le ocasionó el Ferrocarril Central del Norte, Sección 2ª, por consecuencia del accidente ferroviario de que fue víctima el actor, el día veintidós de julio de mil novecientos treinta y cinco en la estación de Nemocón.

Segundo. A pagar al demandante la cantidad de quince mil pesos, moneda legal, o la que en el curso del juicio se determine por medio de peritos, como valor de los perjuicios materiales que en calidad de lucro cesante le ocasionó el Ferrocarril Central del Norte, Sección 2ª, por consecuencia del accidente ferroviario de que fue víctima el actor, el día veintidós de julio de mil novecientos treinta y cinco en la estación de Nemocón.

Tercero. A indemnizar al demandante, en la forma expresada en las dos peticiones anteriores, o en la que en el curso del juicio se determine, los perjuicios que al actor le ocasionó el Ferrocarril Central del Norte, Sección 2ª, por consecuencia del accidente ferroviario de que fue víctima, el día veintidós de julio de mil novecientos treinta y cinco en la estación de Nemocón.

Como hechos de la acción, el señor Gómez Pinzón enumera los siguientes:

"I.—El día veintidós de julio de mil novecientos treinta y cinco viajaba yo como pasajero en el tren que saliendo de La Capilla viene hasta Bogotá. Dicho tren llegó a la estación de Nemocón hacia las cinco de la tarde, un tanto retrasado; allí me desmonté del vagón con el fin de proveerme de algunas viandas, pero apenas me había desprendido del carro y sin que hubiera alcanzado siquiera a proveerme, el tren sin pitar, sin toque de campana de atención, sin tener vía libre, sin que hubieran transcurrido los minutos que reglamentariamente espera todo convoy en la estación de Nemocón, arrancó precipitadamente de la estación, momento en el cual traté de ganar mi vagón, con tan mala suerte que el tren me arrolló, lanzándome debajo del carro, en tal forma que las ruedas me trituraron el pie izquierdo, miembro que me fue parcialmente amputado en la clínica del doctor Manuel V. Peña, de esta ciudad, mediante varias intervenciones quirúrgicas;

"II.—Como consecuencia de los traumatismos varios que sufrí en el accidente, mi vida corrió serios peligros durante los primeros veinte días de mi hospitalización en la clínica, donde estuve desde el veintidós de julio de mil novecientos treinta y cinco hasta el trece de septiembre del mismo año, y mis padecimientos han sido supremamente dolorosos en todo el proceso de reacción curativa, en términos que aún continúo sometido a delicados tratamientos y absolutamente

imposibilitado para toda actividad. También padecí, a consecuencia del traumatismo, una subluxación de la décima vértebra dorsal, lesión que exigió también tratamientos adecuados;

"III.—Como resultante necesaria y fatal de las lesiones relacionadas con el numeral anterior, sufro según concepto médico de facultativos prestigiosos, una incapacidad absoluta para la locomoción, que dura desde el veintidós de julio de mil novecientos treinta y cinco hasta el presente, que durará unos cuatro meses más, y pasado este término de incapacidad total, quedaré lesionado de por vida, ya que mi andar será deficiente, y nunca, según dictamen de los peritos técnicos, habré de recuperar mi movilidad normal, vale decir que como consecuencia del accidente ferroviario del cual fui víctima, de un hombre fuerte, sano, vigoroso, capacitado para la lucha diaria, por culpa generada ya por impericia, ya por descuido o negligencia de los empleados del Ferrocarril del Norte, salí hecho un paralítico, definitivamente lesionado de por vida, y como tál con mis facultades para la producción de riqueza notablemente mutiladas, ya que no podré volver a trabajar como antes;

"IV.—Está probado con múltiples testimonios, y especialmente con los informes oficiales de los mismos empleados del Ferrocarril del Norte, y muy especialmente con el testimonio del propio Jefe de la estación de Nemocón, que el tren se puso en movimiento sin que dicho Jefe hubiera dado la vía libre escrita al conductor del tren, ni hubiera dado orden a persona alguna para entregársela, ni mucho menos hubiera dado los dos campanazos reglamentarios que autorizan la partida del tren. Y está probado, además, que la salida del tren fue tan precipitada y tan contra el reglamento, que hubo necesidad de hacerlo retroceder, porque de haber continuado la marcha hubiera chocado con el tren que estaba en viaje en dirección contraria, y que ya había salido de la estación del Mortiño sobre Nemocón;

"V.—El accidente ferroviario de que fui víctima se debió exclusivamente a la impericia, a la imprudencia, a la negligencia de los empleados del Ferrocarril Central del Norte, quienes despacharon el convoy de la estación de Nemocón en forma irreglamentaria, o para emplear el término que ha consagrado el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, en forma *impremeditada;*

"VI.—El accidente me impuso fuertes erogaciones de toda clase; asistencia médica, clínicas, enfermeras, y además de reducirme al lecho por más de veintisiete meses continuos, en los cuales he estado absolutamente incapacitado para trabajar, me ha producido la disminución de mi capacidad para el trabajo como antes del accidente, y me deja mutilado y con incapacidad parcial definitiva para la lucha diaria;

"VII.—La Empresa del Ferrocarril Central del Norte no puso los medios adecuados para impedir el siniestro, y su omisión y descuido la hacen responsable del accidente relatado en los numerales anteriores;

"VIII.—Es hecho cierto y probado que mis distintas actividades, a las cuales estaba entregado en la época del accidente, me producían sumas mayores de trescientos pesos mensuales, producido de los cuales quedé privado desde el veintidós de julio de mil novecientos treinta y cinco;

"IX.—Los perjuicios de todo orden que he recibido, tanto los materiales como los morales, son estimables en dinero, y como tales, resarcibles pecuniariamente;

"X.—En demanda del reconocimiento de mi derecho ocurrí ante el señor Administrador del Ferrocarril Central del Norte, Sección 2ª, por medio del memorial-demanda presentado el veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta y cinco, al cual acompañé las pruebas tanto sobre el accidente, como los certificados médicos que acreditan las consecuencias de las lesiones que sufrí;

"XI.—En virtud de mi demanda, el Administrador de los Ferrocarriles Nacionales dictó la Resolución número 2360, datada el treinta de enero de mil novecientos treinta y seis, por la cual desconoció, haciendo caso omiso de los hechos y del derecho, la indemnización reclamada;

"XII.—El Ministerio de Obras Públicas, al revisar la Resolución número 2360 citada, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley 76 de 1920, dictó la Resolución sin número datada el 16 de marzo de 1936, por la cual analizando los hechos de acuerdo con la verdad comprobada, y después de un brillante examen jurídico, reconoció mi derecho para ser indemnizado en razón de los perjuicios sufridos por culpa del Ferrocarril Central del Norte;

"XIII.—El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales solicitó la reposición de la Resolución del Ministerio de Obras Públicas de 16 de marzo de 1936, y entonces este Ministerio dictó la Resolución sin número datada el 9 de octubre de mil novecientos treinta y seis, por la cual reafirmó las cuestiones de hecho rebatidas en mi reclamación, refrendó la plenitud de mi derecho para ser indemnizado, y denegó la reposición solicitada por el Consejo Administrativo;

"XIV.—El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales se declaró en rebeldía

contra las Resoluciones del Ministerio de Obras Públicas ya citadas y así, en nota del Departamento Secretaría de dicho Consejo, marcada con el número 1756/2, datada el tres de febrero de 1937, es decir después de cuatro meses de dictada la Resolución última del Ministerio, manifestó que se denegaba a un arreglo amigable para liquidar el monto de las indemnizaciones pecuniarias a las cuales el Ministerio de Obras Públicas en representación de la Nación, y como órgano ejecutivo del Gobierno, me reconoció pleno derecho;

"XV.—El Ministerio de Obras Públicas, en virtud de pedimento de mi parte, y por cuanto presenté las pruebas demostrativas del monto de los perjuicios que como consecuencia del accidente ferroviario de que fui víctima, sufrí, dictó la Resolución sin número, datada el dos de agosto de mil novecientos treinta y siete, por medio de la cual, ratificando nuevamente la plenitud de mi derecho para ser indemnizado por los perjuicios que por culpa del Ferrocarril Central del Norte recibí en mi patrimonio, fijó el monto de la indemnización, en la suma líquida de tres mil novecientos diez y siete pesos con cincuenta centavos, moneda legal, fijación injusta fundada en que la contribución del Ferrocarril y la mía, para la acaencia del accidente fue recíproca, y en concepto del Ministerio, tal situación jurídica lleva como corolario la consecuencia de que por iguales partes la empresa y el lesionado carguen con las consecuencias;

"XVI.—A pesar de ser tan exiguo, tan injusto el monto de la indemnización decretada a mi favor por el Ministerio de Obras Públicas, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, no ha obedecido la Resolución del Ministerio, y hasta la fecha no ha cumplido tal Resolución, obligándome así a sustentar este litigio contra la Nación.

"XVII.—El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales con la renuencia inmotivada que dura ya más de dos años, en indemnizarme cumplidamente en razón de los perjuicios que he sufrido, ha aumentado considerablemente las lesiones patrimoniales que me causó el Ferrocarril del Norte con el accidente, y

"XVIII.—El Ferrocarril Central del Norte es empresa de propiedad de la Nación."

"En derecho se funda esta demanda —dice el libelo— en la obligación que impone la ley a todo aquel que causa un perjuicio por acto, omisión o descuido de su parte, a indemnizar el perjuicio causado, y especialmente en las disposiciones contenidas en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil. Ley 62 de 1887. Ley 76 de 1920 y demás concordantes. Además cito los artículos 258, 280, 295, 306, 308 y 322 del Código de Comercio."

El señor Fiscal del Tribunal contestó la demanda aceptando los puntos XI, XII, XIII y I en parte, enumerados y transcritos antes, y negando o remitiendo a prueba los restantes.

Concluído el procedimiento de rigor a que estaba sometido el proceso, puso fin a la primera instancia el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia que declaró civilmente responsable a la Nación del daño sufrido por el señor Gómez Pinzón y la condenó al pago de la mitad de los perjuicios materiales que sufrió el actor, por considerar que éste concurrió imprudentemente en la realización del accidente. Ordenó además el Tribunal que los perjuicios se estimaran por medio del procedimiento que señala el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil y que en ningún caso la condenación fuera inferior a tres mil novecientos diez y siete pesos con cincuenta centavos.

De la anterior providencia apelaron las partes, por lo cual subió a esta Superioridad el negocio, donde se le ha dado la tramitación que le corresponde. Hallándose agotada la sustanciación y siendo el momento de dictar fallo se procede a ello.

* * *

El caso de responsabilidad que contempla el negocio que se desata es uno de los típicos de responsabilidad contractual, porque sobrevino durante la ejecución de un contrato de transporte y con ocasión de él. El convenio que en efecto cumplía el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales con el señor Gómez Pinzón era el de transportarlo de la estación La Capilla a Bogotá, siendo de cargo de la empresa el riesgo, o mejor, la seguridad del pasajero.

El contrato de transporte que regía entre el Ferrocarril y el viajero Gómez Pinzón lo consagra en muchas de sus disposiciones el Código de Comercio, entre otros los artículos 258, 263, 295, 322, etc., y consiste por parte de la Empresa, en conducir al pasajero sano y salvo al lugar de su destino y por parte de aquél, en pagar el precio correspondiente al acarreo.

El doctor Luis Felipe Latorre, en concepto que el actor trajo a los autos, se expresa así:

"En un caso como el presente debe averiguarse ante todo si la culpa que se contempla es de carácter contractual o extracontractual o aquiliana. Si el suceso ocurrido en Nemocón el 22 de julio de 1935 hubiera redundado en daño de un particular que se hallara en la estación, pero sin que fuera pasajero en el tren, no hay duda de que se trataría de una culpa extracontractual, de un cuasidelito que situaría el asunto en determinado terreno, tanto respecto de la carga de la prueba como de la responsabilidad. Habiendo sido damnificado un pasajero, como lo

era el señor Gómez Pinzón, la jurisprudencia universal y los más afamados expositores, como Chironi, Mazeaud, etc., enseñan que se trata de culpa contractual."

Sentado que se trata de responsabilidad contractual ha de verse cómo opera la carga de la prueba y en qué forma se halla aducida en el pleito. Por tratarse de obligación nacida de un contrato de transporte, la carga de la prueba corresponde al demandado, de conformidad con el artículo 306 del Código de Comercio. Al demandante le basta demostrar la existencia del vínculo jurídico y su inejecución. La responsabilidad del empresario de transportes, industria ésta que de por sí implica riesgo, solamente se desvanece probando el caso fortuito o la fuerza mayor, según el artículo 306 del Código de Comercio y el 2073 del Código Civil. En esta materia es clara nuestra legislación sobre la prueba que se exige, son ineficaces las alegaciones sobre ausencia de culpa.

Pasando a las pruebas del proceso, se tiene que el demandante Gómez Pinzón tomó tiquete en el Ferrocarril Central del Norte, para ser transportado de la estación La Capilla a Bogotá. Hé aquí el contrato principal, la conducción de Gómez Pinzón, demostrado por el actor, y que según aparece de las pruebas se cumplió pero trasladando herido el pasajero a Bogotá. Mas el contrato estaba sujeto a la obligación de poner sano y salvo al señor Gómez en esta ciudad, por lo cual debía la Empresa velar por su seguridad. Empero, de las pruebas resulta que el pasajero sufrió la ruptura del pie izquierdo, causada por el mismo ferrocarril, en la estación de Nemocón, intermedia entre la de salida y la de llegada. Hé aquí la inejecución del contrato en una de sus partes, demostrada igualmente por el actor.

Tócale al Ferrocarril demandado acreditar que la inejecución del contrato y por tanto, la herida del señor Gómez, no se debió a culpa suya porque un hecho imprevisto e inevitable para él le impidió que tal acto sucediera. A este respecto, ¿cómo obró el Ferrocarril? El cuaderno principal del expediente dice, por las declaraciones de los señores Rafael Olaya, Luis F. Martínez, Gregoria de Acosta, Gabriel Casas, Julio J. Cuervo, Cipriano Romero, Marco Tulio Rodríguez, Andrés Guzmán, Efraim Garzón y otros, que al llegar el convoy a la estación de Nemocón, el frenero Cipriano Romero y el anunciador Marco Tulio Rodríguez avisaron en alta voz a los pasajeros que venían en los vagones que no se bajaran porque el tren no se demoraba en esa estación, y el Jefe de Estación dio el toque de atención para que los viajeros permanecieran en sus puestos. Además está demostrado que el maquinista también dio el pitazo de atención con el mecanismo de la locomotora. De los distintos testimonios que hablan de ello se transcribe:

Rafael Olaya: "Y al llegar el tren a la mencionada estación (se refiere a Nemocón) el señor Jefe de Estación, Luis F. Martínez, dio el toque de campana de atención para que los pasajeros subieran a los carros y el maquinista pitó. Al mismo tiempo el frenero anunciador Marco Tulio Rodríguez entró a los coches de primera y segunda y advirtió en voz alta a los pasajeros que no se desmontaran porque el tren continuaba la marcha inmediatamente."

Luis F. Martínez: "Al llegar el tren a la estación de Nemocón, una vez parado, yo como Jefe de Estación di el toque de campana reglamentario de atención para que el público se apresurara a subir a los carros y colocarse en sus puestos. La locomotora a su vez dio el pitazo de atención."

Gregoria de Acosta: "Cuando el tren llegó a la estación de Nemocón el Jefe de ésta, señor Luis F. Martínez, dio con la campana el toque reglamentario de atención para que el público ocupara sus puestos en el tren y oí que la locomotora dio también el pitazo de atención."

Gabriel Casas: "Estacionado el tren en la estación de Nemocón sentí el toque de campana de atención al cual respondí con un pitazo también de atención, el cual duró el tiempo suficiente para que los pasajeros tomaran nota de que se aproximaba la salida del tren."

Cipriano Romero: "Parado el tren en Nemocón yo me bajé y grité a los pasajeros que no se bajaran porque el tren no se demoraba."

Marco Tulio Rodríguez: "Antes de llegar a la estación de Nemocón anuncié en voz alta en todos los carros de pasajeros de segunda y primera que no se bajaran porque el tren no se demoraba." (Folios 8 a 15 del cuaderno principal).

A la conducta de la Empresa que se deja relatada siguió el insuceso de que fue víctima el señor Gómez, atribuido a las siguientes causas: a que el pasajero no atendió la insinuación de los empleados del Ferrocarril para que no se bajara del coche; a que no obedeció el toque de atención para que subiera a ocupar su puesto; a que el tren alcanzó a partir sin que el Jefe de Estación diera los dos campanazos de señal de salida, y a que la vía en el momento en que el ferrocarril partió, estaba ocupada por el que en sentido contrario había salido de "El Mortiño".

En estas condiciones, ¿cuál fue la causa del accidente? ¿Que el pasajero Gómez no obedeciera las órdenes del Ferrocarril respecto al momento en que debía ocupar su puesto en el tren y que lo fuese a tomar en tiempo inaceptable;

o que no se hubieran dado los dos campanazos indicativos de la salida del convoy y que se pretendiera continuar la marcha cuando otro tren que viajaba en sentido contrario ya había ocupado la vía?

Para la Sala es indudable que las causas provinieron de una y de otra parte, y que ambas incurrieron en culpa. En efecto, el señor Gómez no obstante la advertencia que se hizo de viva voz por los empleados del Ferrocarril para que los pasajeros no abandonaran los coches, tomó de su cuenta el riesgo y descendió a comprar unas viandas. Hasta aquí hay una imprudencia del pasajero, porque corrió el peligro de que lo dejase el tren, ya que una persona precavida, en iguales circunstancias, compra los comestibles desde la ventanilla del coche y no se expone a perder su puesto en el vagón, lo que le obligó luégo a subir precipitadamente al tren cuando ya se hallaba en marcha. Por su parte la Empresa ferrocarrilera omitió hacer observar en su totalidad el reglamento, porque despachó el convoy sin haber dado los dos toques de salida. Estos campanazos, en la práctica, son la señal cierta de que el ferrocarril empieza su marcha y por ello quien ha comprado tiquete puede, en casos urgentes, demorar hasta ese instante la subida al coche, hallándose cerca de él. Pero cuando no se cumple esta formalidad del reglamento —como sucedió en el caso que se contempla— en que el convoy salió intempestivamente, se coloca al pasajero, por esa omisión, en circunstancias de notorio peligro. De otro lado es posible que el señor Gómez, aunque hubiese descendido del carro, si no se hubiera alejado de él, habría podido tomar el tren al comenzar a ponerse éste en movimiento, sin riesgo de sufrir un accidente.

En cuanto al hecho de que el convoy partiera estando la vía ocupada, no es cargo que incida en el proceso en contra de la Empresa, porque en sí mismo ese hecho tiene repercusión sobre el daño que hubiera resultado al encontrarse los dos trenes, pero no sobre el que recibió Gómez. Este acto de imprudencia pudo haber sido la base de la responsabilidad en que hubiera incurrido la Empresa, de haberse realizado la partida del tren y de que hubiese ocurrido el choque de los convoyes, pero en manera alguna fue concomitante con el accidente que sufrió el demandante, pues otras habrían sido sus consecuencias.

Tanto el actor incurrió en culpa grave, al descuidar sus deberes de pasajero-contratante, como la Empresa al pretermitir señales que debía cumplir en función de su propio reglamento. Esta concurrencia de culpa grave que la Sala deduce a cada una de las partes, la fija en un cincuenta por ciento para cada una, atendiendo a la importancia de las omisiones en que respectivamente incurrieron.

La empresa alega en su favor el contenido del numeral 1º del Reglamento General del servicio de pasajeros y de carga de los Ferrocarriles Nacionales, por el cual se descarga de toda responsabilidad si el pasajero por inobservancia personal de alguna disposición del estatuto, tal como la de subirse a los carros estando el tren en movimiento, que cometió el señor Gómez Pinzón, sufre un daño. A ésto se observa que el demandante procedió en esa forma porque el convoy fue despachado súbitamente y sin cumplirse todos los requisitos que contiene el Reglamento de Tráfico de Ferrocarriles, caso en el cual no puede regir la cláusula de exoneración de responsabilidad para el empresario, porque es debido a su anormal procedimiento como ocurre el suceso. Y porque el artículo 8º de la Ley 52 de 1919 dice expresamente que una empresa de transportes no queda exenta de responsabilidad por el hecho de que lo estipule en las cláusulas a que adhiere el pasajero. La mencionada disposición expresa lo siguiente:

"En los reglamentos, conocimientos de embarque o billetes que expidan los empresarios públicos de transportes no podrán hacer figurar cláusula alguna limitativa de sus deberes o de la responsabilidad que tienen según las leyes, y aunque las hagan constar, no por eso quedarán exentos de indemnizar a los cargadores de las pérdidas, faltas o averías que comprueben haber sufrido en sus cargamentos."

A la misma conclusión de la Corte sobre concurrencia de culpa, llega el señor Procurador Delegado en lo Civil, doctor Carlos J. Medellín, en su alegato ante esta Sala:

"No es mi propósito entrar a impugnar integralmente en sí misma la acción ejercitada. Los propios Organos administrativos de la Nación en el respectivo ramo reconocieron que hubo culpa funcional por parte del conductor del tren que ocasionó el daño cuyo resarcimiento se persigue. Pero al propio tiempo, es innegable que con esa culpa concurrió la *imprudencia de la víctima* para producir entrambas el efecto dañoso. Consistió la culpa del conductor en haber violado los reglamentos del tráfico ferroviario poniendo el tren en marcha intempestivamente, sin las señales previas que tales reglamentos disponen. Consistió la imprudencia de la víctima en haber tomado el tren hallándose ya en movimiento, hecho éste que además fue violatorio de los citados reglamentos, que prohiben tal cosa, según aparece demostrado en los autos. De tal suerte que hubo violación de reglamentos por una y otra parte, concurriendo *por igual* a la producción del daño. Porque si bien puede

decirse que al no haber partido el tren de aquella manera irregular no se hubiera producido el daño, lo mismo puede afirmarse que al no haber infringido el pasajero la prohibición de tomar el tren estando en movimiento, no hubiera sufrido la caída que le produjo las lesiones corporales de que da cuenta el proceso. Sin que pueda sostenerse con algún fundamento que el primero en violar los reglamentos tiene mayor responsabilidad que el segundo. Ambas son violaciones, y el orden en que éstas aparecen perpetradas no disminuye la responsabilidad del segundo infractor. No puede en manera alguna sostenerse como principio de derecho que la violación de una norma reglamentaria por los empleados llamada a observarla, autorice a los particulares para infringir a su turno las que en orden a su propia seguridad han sido establecidas."

* * *

Para avaluar el monto del perjuicio sufrido por el actor se produjo en la primera instancia la respectiva prueba pericial, en que intervinieron los doctores Carlos J. Piñeros, Carlos Melguizo y Luis E. Uribe Cualla. El primero practicó un avalúo por ocho mil ciento treinta y cinco pesos ($ 8.135.00), y los dos últimos, o sea Melguizo como principal y Uribe Cualla como perito tercero, apreciaron los perjuicios en veinte mil doscientos nueve pesos ($ 20.209.00) moneda legal.

El perito doctor Piñeros dedujo como daño emergente la cantidad de mil ochocientos treinta y cinco pesos ($ 1.835.00), que resulta de los gastos hechos por el señor Gómez en drogas, clínica, médicos, etc., y como lucro cesante llegó a la suma de trescientos pesos ($ 300.00) mensuales. Estos trescientos pesos que se dice devengaba el actor cuando ocurrió el accidente, se discriminan así: ciento veinte pesos como Vicerrector y como profesor del Colegio de Vélez, según certificado del Síndico de dicho plantel, que dice: "El Síndico del Colegio Universitario de Varones de Vélez, certifica: que el señor Daniel Gómez Pinzón desempeñó en el año próximo pasado el cargo de Vicerrector del Colegio y Profesor de las clases de aritmética superior, geometría del espacio, contabilidad y ortografía hasta el 22 de julio, día en que salió para Bogotá en uso de vacaciones. Igualmente certifica que como Vicerrector devengaba la suma de ochenta pesos ($ 80.00) de sueldo mensual y como profesor diez pesos ($ 10.00) mensuales por cada asignatura; total ciento veinte pesos ($ 120.00) por mes. Expedido en la ciudad de Vélez, a siete de abril de mil novecientos treinta y seis. (Firmado), *Antonio Palomino.*" Y ciento ochenta pesos como encargado del señor Pedro Ignacio Uribe para atender en Santander a "todo lo relacionado con las fundaciones existentes en los territorios de los títulos de Carare y Opón, de manera de entenderse con la fiscalización de los administradores de esas fundaciones y supervigilancia de los trabajos, debiendo dedicar especialmente la atención a *La Verde, La Caimana, La Perdida, Los Balsos* y *Barrigón* en Carare, y *La Mantellina* y *Quirata* en Onón." (Carta dirigida por el señor Uribe a don Daniel Gómez Pinzón, el 15 de febrero de 1935).

El certificado del Síndico del Colegio de Vélez tiene pleno valor probatorio, pues se trata de un documento público expedido por un funcionario de la Administración en el ramo educativo. Por tanto, ninguna observación cabe formular a la entrada pecuniaria del actor por valor de ciento veinte pesos mensuales, a que se refiere el certificado.

La carta del señor Pedro Ignacio Uribe, ratificada bajo juramento en el presente juicio (folio 32, cuaderno número 3), es un testimonio que según las reglas comunes no valdría como prueba, por no hallarse acompañado de otro u otros testimonios, pero que en el parecer de la Corte sí tiene fuerza probatoria por dos razones: la primera, porque el hecho que ella atestigua, de ser el señor Gómez Pinzón empleado de Uribe, con la asignación que allí se indica, es por su naturaleza de aquellos que necesariamente han de probarse con la certificación o afirmación de la persona natural o jurídica a quien presta sus servicios el empleado; y la segunda, porque si bien es verdad que esa declaración hecha desde la primera instancia del juicio, pudo haber sido tachada de inexacta respecto a lo en ella afirmado, o bien haberse complementado con otros testimonios que acreditasen la efectiva realización del mandato o agencia de Gómez Pinzón por medio de comprobaciones de haber él visitado las tierras del Carare y Opón, o rendido informes a su mandante acerca de su gestión, o recibido órdenes de éste para el cumplimiento sucesivo de sus funciones, es lo cierto que el representante en el juicio de la parte demandada no ejercitó ninguno de estos medios verificativos de la realidad del encargo dado por Uribe a Gómez Pinzón y del contenido de su declaración a que la carta mencionada se refiere. En estas circunstancias debe la Corte reconocer eficacia probatoria al dicho testimonio, no tachado ni rectificado en forma alguna en el proceso.

El peritazgo de mayoría de los doctores Melguizo y Uribe incluye como lucro cesante la suma de ciento ochenta pesos, de que habla la carta del señor Uribe; pues aprecia exactamente en las mismas cantidades que trae el dictamen del doctor Piñeros, el daño emergente y el lucro cesante. Pero no obstante esta apreciación uniforme difiere de aquél en que incorpora dos veces la cantidad por daño emergente, basados los

peritos en que los médicos habían certificado que Gómez necesitaba de otra operación, que no se realizó, por lo que aparece de las declaraciones de los señores Luis A. Baños, Jorge Camacho Fajardo y señorita Rebeca López. También difieren los dictámenes en la cantidad de porcentaje que le descontó el de mayoría, del treinta por ciento por la concurrencia de culpa, cuando el del doctor Piñeros le dedujo el cincuenta por ciento; además porque el de este perito computó cuarenta y dos meses de incapacidad y el de mayoría aumentó la incapacidad a nueve años, divididos así: cuatro definitiva a trescientos pesos, y cinco de incapacidad parcial contados a ciento ochenta pesos.

El dictamen plural de los doctores Melguizo y Uribe dijo:

"Sobre estas bases y tomando en cuenta las que da el señor Ministro de Obras Públicas, que reconoce por Resolución de fecha 2 de agosto de 1937, como daño emergente por gastos de médicos y cirujanos, clínica y drogas, la cantidad comprobada de $ 1.835.00, y como lucro cesante la de $ 300.00 mensuales, a que ascendían los sueldos del señor Gómez Pinzón como Vicerrector y profesor del Colegio Universitario de Vélez, y como Visitador y Fiscalizador en las regiones del Carare, en su calidad de empleado del señor Pedro Ignacio Uribe, según está acreditado en el juicio, sobre estas bases digo, se puede entrar a apreciar numéricamente los perjuicios de que se trata en este caso....

"Gastos de la primera intervención quirúrgica y tratamiento médico hasta el 2 de agosto de 1937, reconocidos por el Ministerio, $ 1.835.... Gastos de la segunda intervención y tratamiento médico desde agosto de mil novecientos treinta y siete hasta el 22 de julio de 1939, es decir un año más de ahora en adelante $ 1.835.00; cuatro años de lucro cesante a $ 300.00 mensuales de acuerdo con lo reconocido por el Ministerio $ 14.400.00; lucro cesante definitivo en el empleo de visitador del Carare, o en cualquiera otro empleo que requiera movimiento o actividad física normal durante cinco años más, a razón de ciento ochenta pesos mensuales $ 10.800.00.

De esta suma deduzco un treinta por ciento como reducción equitativa, dada la imprudencia que pudo cometer el reclamante, o sea la cantidad de $ 8.661.00, que restados del total reducen la indemnización a $ 20.209.00."

En vista de que la fundamentación de los dictámenes ha adolecido de errores que no requieren capacidad especial ni científica para enmendarlos, la Sala acoge el dictamen de mayoría, previas las siguientes rectificaciones: aumentando el descuento por concurrencia de culpa de la víctima a un cincuenta por ciento, por lo que anteriormente expresa la Corte al respecto; suprimiendo la cantidad de $ 1.835.00, valor de una segunda operación que no se efectuó (folios 5 a 6 vuelto del cuaderno número 10), y elevando el monto de la indemnización únicamente hasta el día que murió el demandante Gómez Pinzón, o sea, el nueve de mayo de mil novecientos cuarenta y dos. Por saberse la fecha en que murió la víctima y que no lo fue por causa de la herida del pie, pues la arterioesclerosis, enfermedad de la cual sucumbió, proviene de endurecimiento de las arterias por causas diversas a una herida, los daños no pueden pasar de ese día. El deceso del señor Gómez marca la fecha hasta la cual recibió perjuicios, por lo cual hasta ese día se computa el daño, teniéndose por rata de indemnización periódica el lucro cesante que aparece plenamente comprobado en el expediente, a saber, la de trescientos pesos mensuales durante cuatro años y la de ciento ochenta pesos por mes de ahí en adelante hasta el nueve de mayo de mil novecientos cuarenta y dos; lo que arroja en total seis años, nueve meses y diez y siete días.

En fallo de esta Sala publicado en la *Gaceta Judicial,* tomo XLV, página 371 y siguientes, se lee:

"De las transcripciones anteriores aparece que la jurisprudencia y la doctrina distinguen para los efectos de la fijación del daño, entre el momento del accidente y el del fallo que fija la indemnización, y que son las circunstancias del tiempo de la sentencia las que deben ser tenidas en cuenta por el Juez para regular los perjuicios, y no las del momento del accidente. El derecho —dice Lalou— no se concreta sino por etapas; la última, el fallo, corresponde a una situación diferente a la del momento en que el perjuicio se produce y a la propia demanda. Si en la última etapa la circunstancia esencial de vivir el agente pasivo del daño no se cumple, el derecho a la indemnización no se concreta porque no hay persona capaz de sufrir el daño; éste no existe por carencia de un sujeto de quien pueda predicarse. Los hermanos Mazeaud son categóricos cuando dicen: "Aquí la muerte suprime solamente una parte del daño causado por la falta. Por paradójica que a primera vista parezca esta solución, la muerte se traduce únicamente en una disminución del estado de la víctima debido al hecho nocivo; la muerte obra como una liberación, semejante a la curación, pone fin al perjuicio sucesivo causado por la falta.... 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'."

La Sala teniendo presente lo anterior, procede a hacer el cómputo para fijar la indemnización, así: por daño emergente $ 1.835.00, cantidad invertida por el demandante en gastos de clínica, drogas, médicos, etc., y por lucro cesante $ 20.442.00, suma que corresponde a cuatro años de incapacidad total a trescientos pesos mensuales y dos años, nueve meses y diez y siete dias de incapacidad relativa a ciento ochenta pesos por mes. Deducido el cincuenta por ciento (50%), a causa de la concurrencia de culpa de la víctima, queda en total como valor de la indemnización, la suma de once mil ciento treinta y ocho pesos con cincuenta centavos ($ 11.138.50) moneda legal colombiana.

No es el caso de hacer condenación de perjuicio moral propiamente dicho, porque la parte petitoria del libelo fue expresa en solicitar únicamente daños materiales por lucro cesante y daño emergente, no así los morales, y porque de meras deducciones e interpretaciones de otras partes del proceso no puede llegarse a la conclusión de tener esa petición como realmente solicitada. Se observa, sin embargo, que en los perjuicios materiales por el lucro cesante quedan comprendidos los morales objetivados que corresponden a la merma de la capacidad de producción económica del lesionado con origen en la pena psíquica que debió producirle el daño físico que sufrió. Sobre el moral subjetivo, se repite, no hubo solicitud en la demanda.

* * *

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley *reforma* la sentencia materia de la apelación, la que en su parte resolutiva quedará así:

1º Condénase a la Nación al pago de la suma de once mil ciento treinta y ocho pesos con cincuenta centavos ($ 11.138.50) a favor de los herederos del señor Daniel Gómez Pinzón, como valor del perjuicio material sufrido por el actor en el accidente ferroviario del veintidós de julio de mil novecientos treinta y cinco, estación Nemocón, del Ferrocarril Central del Norte.

2º Absuélvese a la Nación de todo pago por concepto de perjuicio moral.

3º Sin costas.

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

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Acción de responsabilidad civil por culpa del Estado en la tragedia de aviación del Campo de Santa Ana.

(Siendo la doctrina de este fallo igual a la de otros que la Corte ha proferido sobre la tragedia de aviación del Campo de Santa Ana, a aquélla nos referimos.—El Relator de la Corte).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

I

El doctor Alejandro Bernate, como apoderado del General Julio Berrío París, presentó en junio de 1940, ante el Tribunal Superior de Bogotá, demanda contra la Nación o Estado colombiano para que previos los trámites de un juicio ordinario y con citación y audiencia del señor Agente del Ministerio Público, se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que la Nación o Estado colombiano es civilmente responsable de los perjuicios, tanto morales como materiales, causados por el daño que sufrió el General Julio Berrío París con ocasión de las heridas y quemaduras de que fue víctima en el accidente aéreo ocurrido en el Campo de Santa Ana, jurisdicción del Municipio de Usaquén, el día 24 de julio de 1938, durante la revista militar que se verificó en la fecha y lugar indicados; y

Segunda. Que la Nación o Estado Colombiano está obligado a pagar al señor General Julio Berrío París tales perjuicios, los cuales estimo desde ahora en la suma de treinta mil pesos o en los que dentro de este juicio o en uno separado, se compruebe como monto de la indemnización demandada."

La demanda está fundamentada en los siguientes hechos:

"1º El día 24 de julio de 1938 se verificó en el Campo de Santa Ana, jurisdicción del Municipio de Usaquén, una revista militar ordenada por el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Guerra;

"2º Durante la mencionada revista un avión de propiedad del Gobierno Nacional, piloteado por el aviador militar señor César Abadía, que volaba sobre el terreno en el cual se verificaba la revista cayó sobre el campo de éste, causando con su caída y con el incendio que ella produjo, numerosas víctimas, entre las cuales se contó el General Julio Berrío París;

"3º El Teniente César Abadía, quien piloteaba o conducía el avión mencionado, era empleado o agente del Gobierno Nacional, y se hallaba en el momento en que dicho avión vino a tierra, desempeñando las funciones que le correspondían como miembro, en ejercicio activo, del Ejército de la República, en las maniobras militares que se verificaban en el Campo de Santa Ana;

"4º El General Julio Berrío París, quien concurrió a la revista militar del Campo de Santa Ana, como espectador, recibió en el siniestro del avión graves heridas y quemaduras que le han dejado deformidades físicas de carácter permanente e incapacidad total para escribir y parcial para otra clase de trabajos;

"5º El siniestro que sufrió el avión del Teniente Abadía se debió a errores, negligencias, descuidos o culpas de los agentes o empleados subalternos del Gobierno encargados de organizar y llevar a cabo la mencionada revista militar;

"6º El señor Julio Berrío París gozaba de muy buena salud antes del accidente, es persona de distinguida posición social, General retirado del Ejército y vivía dedicado al trabajo para el sostenimiento de su familia, trabajo en el cual obtenía, en promedio, un rendimiento mensual de $ 150.00; y

"7º Mi poderdante, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 100 de 1938 y en su Decreto reglamentario número 1664 del mismo año, solicitó del Consejo de Estado el auxilio de que éstos tratan, y por sentencia del 23 de junio de 1939, obtuvo un auxilio de $ 3.600.00, el cual ha venido pagándole el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la forma ordenada en la sentencia, suma ésta que de acuerdo con la ley y el decreto citados, deben descontarse del monto de la indemnización que se reconozca a favor de mi poderdante en la sentencia que recaiga a esta demanda."

La relación existente entre los hechos anteriormente citados y las disposiciones de carácter sustantivo y de procedimiento, que se anotan en seguida, constituyen los fundamentos de derecho que el actor alega para deducir la responsabilidad del Estado colombiano: artículos 2341, 2347, 2349 y 2356 del Código Civil, y 76, 734 y siguientes del Código Judicial.

El señor Fiscal del Tribunal, al contestar la demanda formulada por el doctor Bernate, aceptó los hechos marcados con los numerales 1º, 2º, 3º y 7º y, negó los restantes.

Surtida la tramitación propia de la primera instancia, el Tribunal Superior de Bogotá, en providencia de fecha veintiuno de julio de mil novecientos cuarenta y uno, desató la litis, declarando la responsabilidad civil de la Nación por las heridas y quemaduras que el General Berrío París sufrió en el accidente de Santa Ana, y por no haberse probado legalmente el monto líquido de los perjuicios tanto materiales como morales, hizo la condenación *in genere*, de la entidad demandada.

Por apelación interpuesta contra el fallo del Tribunal, por el señor Fiscal, ha venido el negocio a esta Sala de la Corte, la que procede a decidir la alzada, agotado como está el trámite legal de la segunda instancia.

En las varias sentencias que esta Sala ha proferido en relación con el siniestro aéreo acaecido con ocasión de la revista militar verificada en el Campo de Marte o Santa Ana, el 24 de julio de 1938, ha tenido ella oportunidad de sentar doctrina en cuanto se relaciona con la responsabilidad del Estado Colombiano en dicho accidente, y a los perjuicios tanto materiales como morales demandados por las numerosas víctimas que de ese infortunado suceso resultaron. Es por ello, por lo que en lo atinente a esta materia y por cuanto en el presente caso, las pruebas aportadas por el actor son las mismas que en los demás, la Sala se remite a las razones que tuvo en cuenta para deducir las conclusiones sobre el particular, a las providencias, publicadas ya, en la *Gaceta Judicial* y especialmente a la pronunciada en el juicio de Luis Eduardo Acevedo Torres contra la Nación, que corre publicada en el número 1991 del tomo LIV, páginas 529 y siguientes.

II

El caso de autos.

Por las declaraciones de los señores Belisario Matos Hurtado y Jorge Arévalo, que obran en copia auténtica en el cuaderno número 1, folios 7 a 8, se deduce que el General Julio Berrío París, presenció la revista militar de Santa Ana, el 24 de julio de 1938, que se encontraba ese día en perfecto estado de salud, y que pocas horas después del accidente lo visitaron en la Clínica de Marly, por haber recibido heridas graves. Que el General Julio Berrío París es un hombre pobre que carece de bienes de fortuna y que con el producto de su trabajo atendía a su sostenimiento, lo mismo que al de su hija. Agregan los mismos testigos, que a consecuencia de las lesiones sufridas por el General Berrío París, éste no ha podido volver a trabajar, quedando por dicha causa privado de los medios para subvenir a las necesidades más urgentes. Que es persona de distinguida posición social, General retirado del Ejército y que no recibe sueldo ni pensión.

En copia auténtica también, obran a folios 8, 8 vuelto del cuaderno número 1 y folio 1 del cuaderno número 2, las declaraciones de los doctores Guillermo Alfonso Parra, en su condición de médico particular, y la de Néstor Santacoloma, como médico del servicio de sanidad del Ministerio de Guerra. El primero afirma: "Me consta que éste (se refiere al General Berrío) fue herido de gravedad en el accidente aéreo de Santa Ana, donde sufrió gravísimas quemaduras que lo han imposibilitado para trabajar y que seguramente, a consecuencia de cicatrices retráctiles producidas por la gran profundidad de las quemaduras en las manos y en los dedos, la impotencia me parece será de carácter permanente y definitiva". Más adelante expone: "Por el conocimiento que me he formado de la constitución física del General Berrío París, puedo considerarla demasiado fuerte, pues a pesar de la extensión y la gravedad de las heridas sufridas, la característica de la evolución de éstas fue francamente hacia la curación y las complicaciones que sobrevinieron en el curso de su curación fueron combatidas y ayudadas en el éxito, gracias a la complexión demasiado fuerte del enfermo. Pero a pesar de su vigorosa contextura fisiológica y física la gravedad de las lesiones sufridas sobre todo en las manos que destruyeron la totalidad de la epidermis y ésta fue sustituída por un tejido queloidiano y retráctil que ha inmovilizado las falanges en su mayor parte y dificultado los movimientos de las manos han provocado una disminución casi total de su capacidad para dedicarse a los trabajos a que ha estado dedicado sin valerse de persona extraña y esto, de manera permanente y definitiva".

El doctor Santacoloma, segundo de los testigos antes mencionado, depone: "En mi condición de médico de sanidad del Ministerio de Guerra, y obedeciendo a órdenes superiores visité al General Julio Berrío París, con el fin de prestarle mis servicios profesionales, y por tal razón me consta no solamente que éste fue herido de gravedad en el accidente aéreo de Santa Ana el 24 de julio de 1938, sino que las heri-

das recibidas subsisten aún y lo han inhabilitado para el trabajo. Por los exámenes que en mi carácter de médico practiqué al General Julio Berrío París, aseguro que éste sufrió deformidades físicas de carácter permanente que disminuyen considerablemente su capacidad para el trabajo y que lo han inhabilitado por largo tiempo para toda clase de trabajo. Por el conocimiento que tengo del General Berrío París, me consta que éste es hombre sano, de constitución fuerte, y capaz por el buen estado de su salud y por consagración al trabajo de obtener con éste considerables rendimientos que le permiten llevar una vida holgada y cómoda, pero a causa de las lesiones recibidas su capacidad productora ha quedado mermada de por vida."

Las declaraciones que se acaban de citar y trnscribir en parte, fueron ratificadas durante el término probatorio de la primera instancia (folios 24 a 28 del cuaderno número 2).

También fue allegada al expediente, durante la primera instancia, una certificación del Juez 2º Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la que consta que en el proceso número 11577, en averiguación del siniestro aéreo ocurrido en el Campo de Marte o Santa Ana, el 24 de julio de 1938, entre los heridos por tal siniestro figura el General Julio Berrío París (folio 5 vuelto del cuaderno número 2).

Del Secretario del mismo Juzgado y en el folio antes citado, aparece el reconocimiento pericial practicado en el General Julio Berrío París, por los médicos legistas. Dicho reconocimiento reza así:

"Oficina Central de Medicina Legal.—Número 13123—Bogotá, diciembre 26 de 1938.—El señor General Julio Berrío París presenta en el cuero cabelludo amplias cicatrices que corresponden a quemaduras de segundo grado. En las mejillas tiene amplias zonas eritematosas consecutivas también a quemaduras de segundo grado. En el dorso de ambas manos extensas cicatrices retráctiles consecutivas a quemaduras de segundo grado. Tuvo ciento cuarenta días (140) de incapacidad definitiva para trabajar.—Le queda una deformidad física permanente, consistente en las cicatrices visibles del cuero cabelludo, donde no existe cabello. Por consecuencia de las cicatrices retráctiles del dorso de ambas manos queda con una notable limitación de los movimientos de los dedos, lo cual constituye una perturbación funcional permanente.—*Guillermo Uribe Cualla.—A. Vargas Mariño.*"

El valor probatorio de los documentos que se han transcrito, no puede desconocerlo esta Sala, como tampoco lo desconoció el Tribunal de primera instancia, para reconocer el daño causado al demandante General Berrío París y la responsabilidad de la parte demandada, deducida del siniestro aéreo del Campo de Marte. Queda, pues, probado el hecho relativo a las lesiones sufridas por la víctima, la incapacidad de ésta para el trabajo y que la Nación es civilmente responsable.

III

Los perjuicios.

Para determinar la cuantía de los perjuicios materiales y morales, así, objetivados como subjetivos, durante el término probatorio de la segunda instancia, se pidió y decretó el avalúo de tales perjuicios por medio de un dictamen pericial. Para el efecto se nombró a los doctores Francisco Espinel y José J. Gómez R., el primero como perito de la Nación y el segundo, de la parte actora, quienes posesionados en legal forma, rindieron por separado su dictamen.

Los peritos principales no se pudieron poner de acuerdo en lo relativo a la vida probable del demandante, pues, si para el doctor Espinel ésta es de seis años, teniendo en cuenta la edad del General Berrío, en la época del accidente —64 años— para el doctor Gómez, es considerada en diez años. Así las cosas, el doctor Espinel estimó los perjuicios en la suma de $ 10.800, teniendo en cuenta que el General Berrío ganaba en la época del siniestro la suma mensual de ciento cincuenta pesos, la que multiplicada por 72 meses (vida probable calculada al General Berrío), da el total de los perjuicios, antes mencionado, o sea de $ 10.800.00. Es de advertir que el perito de la Nación hizo un avalúo global de los perjuicios, sin hacer la debida separación entre los materiales y morales.

El doctor Gómez, teniendo en cuenta el sueldo de $ 150.00 mensuales que —según se afirma— obtenía con su trabajo el General Berrío París, y diez años de vida probable, como se dijo ya, estimó los perjuicios materiales en la suma de $ 18.000.00 y los morales objetivados, en la cantidad de $ 1.200.00.

Como perito tercero, fue nombrado por los principales, dentro del término legal, el doctor Guillermo Nannetti, quien posesionado rindió su dictamen en armonía con las tesis expuestas por el perito principal, doctor Espinel, en cuanto éste fija la indemnización debida al General Julio Berrío París en la suma de $ 10.800.00.

El concepto del Procurador.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en su alegato de conclusión, al referirse al dictamen pericial, dice:

"En referencia al dictamen pericial que sobre el avalúo de los perjuicios se rindió en esta instancia, la Procuraduría hace las siguientes observaciones:

"Esa pieza del expediente debe ser desechada como prueba, en el caso de que la honorable Corte considerara que si se demostró la realidad y efectividad del daño, ya que las conclusiones que en él se presentan son perfectamente infundadas, pues los peritos emiten sus conceptos sobre bases no demostradas plenamente en autos; esto no significa que este Despacho pretenda que se deje de lado lo dispuesto en el artículo 722 del Código Judicial. Y tal disposición no implica en manera alguna que en todo caso el dictamen de los peritos deba aceptarse forzosamente, pues entonces la misión del juzgador sería puramente pasiva y el pleito vendría a ser fallado en realidad por los expertos y no por el juez, contrariando así radicalmente el principio elemental de derecho público de que la administración de justicia corresponde exclusivamente al Organo Judicial, del cual los peritos apenas son simples auxiliares. Si el dictamen, como en este caso, se apoya en meras hipótesis, presunciones o pareceres de los expertos, el Juzgador tiene, según lo establecido en el artículo 723 (ibidem), amplia facultad para ponderar el valor probatorio de la pericia, según los principios de la sana crítica, pero desde el punto de vista puramente jurídico, es decir, estudiando y analizando jurídicamente los *hechos*, en que los peritos fundamentan sus conclusiones para ver si están plenamente demostrados conforme a las reglas de la ciencia probatoria; es claro que, si del expediente aparece que aquellos hechos fueron completamente probados, al Juzgador no le sería lícito separarse de las conclusiones de la pericia.

"Se examinarán separadamente los hechos en los cuales se fundan los peritos:

"1º *La edad del demandante.* En parte alguna del expediente se encuentra la prueba pertinente acerca de la edad del General Berrío, así que los expertos proceden en este punto sobre la hipótesis o suposición.

"2º *El rendimiento que le producía su trabajo.* Sostienen los peritos que el demandante obtenía una entrada mensual de $ 150.00 como rendimiento de su trabajo que no se sabe en qué consistía. Otra hipótesis de los peritos, pues como se dejó demostrado de ningún elemento probatorio de los que obran en este expediente puede deducirse la realidad de un rendimiento por esa suma.

"3º *Incapacidad para seguir obteniendo esa entrada,* caso de que se hubiera demostrado su realidad. Los peritos razonan como si a consecuencia del accidente el demandante hubiera quedado en una incapacidad total y absoluta para trabajar, lo cual es un error, pues como se dejó demostrado atrás, según el concepto de los médicos legistas la incapacidad absoluta para trabajar fue sólo de 140 días, y las consecuencias de las lesiones sólo implican una *limitación* en los movimientos de los dedos que tiene por causa una simple perturbación funcional permanente, pero necesariamente parcial y en ningún caso total.

"4º *Las tablas de supervivencia.* Los expertos se fundan en unas tablas cuya existencia no se ha demostrado en este juicio; pero aún en el caso de que tal demostración no fuera necesaria, son inaplicables por no haberse demostrado la edad del actor.

"En cuanto al daño moral, me limito a pedir que el monto de su indemnización se fije por esa Sala teniendo en cuenta que lo único que daría base para tal condena sería la existencia de una deformidad física consistente en unas cicatrices en el cuero cabelludo y algunas zonas eritematosas en las mejillas, deformidad en realidad insignificante, máxime si se trata de un anciano."

Termina el señor Procurador, pidiendo que se revoque la sentencia del Tribunal, "en cuanto condenó a la Nación a pagar perjuicios materiales y en su lugar se absuelva por no haberse demostrado la realidad y efectividad del daño.

"En subsidio, que no se acepte el dictamen pericial y en cambio se señalen por la Corte las bases para la liquidación de perjuicios, bases que se echan de menos en la sentencia recurrida.

"Que en cualquiera de estos casos, se mantenga el parágrafo 2º de la sentencia, en cuanto ordena abonar el auxilio decretado por el Consejo de Estado."

IV

El concepto de la Corte.

Constatados, como quedan, en forma plena, el daño del cual fue sujeto el actor con motivo del accidente aéreo del campo de Santa Ana, y la responsabilidad de la Nación, sólo falta por examinar y decidir lo atinente a la *existencia* del perjuicio que el demandante sufrió, y lo relativo a la *cuantía* de tal perjuicio.

Con respecto a lo primero, la Sala, en vista de los numerosos elementos de convicción que obran en el expediente y de los cuales se ha hecho ya mención, conceptúa que en el caso de autos la existencia de ese perjuicio es actual, cierta o indudable, como secuela, no, simplemente, del hecho de las lesiones que recibió el demandante, sino, además, de las siguientes consideraciones:

Del carácter o gravedad de dichas lesiones; de la limitación de la capacidad de trabajo de la víctima a causa de tales lesiones, aunque la incapacidad no sea total; a la posición social de

ella; al buen estado de su salud hasta antes del accidente; al resto probable de vida que podía quedarle; y a que había estado produciendo riqueza en el desempeño de empleos antes también de haber quedado lesionado; hechos todos que se encuentran desde ahora respaldados en el expediente con las pruebas aducidas, y que, si bien no son suficientes para que la Corte acoja el dictamen pericial que aquí se ha rendido para tratar de establecer el *quantum* de la indemnización, sí lo son, en concepto de ella, para que se haga una condena *in genere*, a fin de que por medio del incidente de que trata el artículo 553 del Código Judicial y teniéndose como bases para ello las consideraciones que se acaban de expresar, y, particularmente, los sueldos, honorarios, etc., que el demandante devengaba u obtenía con su trabajo en tiempo próximo anterior al accidente, se determine la cuantía del perjuicio material sufrido por él como víctima de tal accidente.

Con respecto al experticio presentado en esta instancia por los peritos doctores Nannetti y Espinel, aunque viene rendido de común acuerdo, basta para declararlo, como se declara, inaceptable por falta de debida fundamentación, la sola consideración, ya tenida en cuenta por la mayoría de la Sala en anteriores y similares casos, de que en la suma de $ 10.800.00, los citados peritos, sin hacer distinción entre unos y otros, engloban tanto los perjuicios morales como los materiales.

En tratándose de los primeros, pero sólo de los morales de carácter subjetivo, la Corte acepta que por este aspecto, corresponde condenar a la Nación, también conforme a las normas establecidas en casos anteriores por la mayoría de la Sala, ya que la existencia de tales perjuicios es indudable por el dolor o la pena moral que la víctima debe experimentar en el resto de su vida como consecuencia de las deformidades que con carácter permanente le han dejado las graves lesiones que padeció en el accidente de autos.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *reforma* parcialmente la sentencia apelada, y en su lugar decide:

Primero. La Nación colombiana es responsable civilmente de los perjuicios materiales y morales subjetivos causados al General Julio Berrío París, por las lesiones que recibió en el accidente aéreo del Campo de Marte o Santa Ana, el día 24 de julio de 1938.

Segundo. La liquidación de los perjuicios materiales mencionados en el punto primero, se hará en armonía con lo dispuesto en el artículo 553 del Código Judicial, atendiéndose a las consideraciones y bases que se dejan señaladas en la parte motiva (IV) de este fallo.

Tercero. Condénase a la Nación a pagar al General Julio Berrío París la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente, por concepto de perjuicios morales subjetivos.

Cuarto. Del monto de la indemnización que reciba el actor, se deducirán los $ 3.600.00 que recibió en virtud de la sentencia del Consejo de Estado, que obra en autos.

Quinto. Dése cuenta al Gobierno Nacional, de la parte resolutiva de esta providencia para los fines consiguientes.

Publíquese, notifíquese, cópiese, devuélvase el expediente a la oficina de origen e insértese en el próximo número de la *Gaceta Judicial.*

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

EXCEPCIONES

Como ya lo ha dicho la Corte en varias ocasiones, lo primero que debe hacer el juzgador es asegurarse de que es competente para decidir el juicio que ante él se lleva, pues si no lo fuere, la economía procesal y razones de interés público le imponen el deber de no adelantar la tramitación del negocio en tales circunstancias.

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de Unica Instancia.—Bogotá, ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

El doctor Mauricio Mackenzie, en su calidad de apoderado especial del señor Roberto González Porratti, con fecha diez de junio del presente año, presentó contra la Nación la demanda que obra a folios 70 a 76 de este expediente y que en síntesis se conocerá por las referencias que a ella se harán en esta providencia.

Corrido el traslado de rigor al señor Procurador Delegado en lo Civil, como representante de la Nación, presentó las excepciones dilatorias de *declinatoria de jurisdicción y de inepta demanda,* con fundamento en razones que expuso en escrito presentado el catorce de julio de 1943, y que corre a folios 78 a 81 del expediente.

Antes de que se tramitaran estas excepciones, el apoderado del demandante corrigió la demanda primitiva por medio de otra que presentó el veintinueve de julio.

Con tal motivo y en cumplimiento del artículo 208 del Código Judicial se dispuso por medio de auto del cinco de agosto último correr nuevo traslado de la demanda corregida al señor Procurador, quien en escrito presentado el catorce del mismo mes de agosto, insistió en las mismas excepciones propuestas de *declinatoria de jurisdicción e inepta demanda,* resumiendo así su expresado escrito:

"Para no alargar más este largo escrito y visto que en el fondo la corrección hecha a la demanda adolece de los mismos defectos observados en la demanda original, pido a los señores Magistrados tengan en cuenta y den por reproducidas en este escrito las observaciones hechas en el memorial de fecha 14 de julio pasado. Y con fundamento en éstas y en las que se acaban de hacer antes, presento las siguientes conclusiones:

"1ª La Sala Civil de Unica Instancia de la honorable Corte no es competente para conocer de la presente demanda, ya que ella no plantea 'controversias provenientes de contratos celebrados' por la Nación.

"2ª En la hipótesis de que alguna o algunas de las acciones incoadas sí dieran nacimiento a una controversia de esa naturaleza, hay otras de las cuales no podría decirse lo mismo.

"3ª La demanda no expresa *'con claridad y precisión'* lo que se demanda, ni los hechos u omisiones, ni los fundamentos de derecho, tal como lo dispone el artículo 205 del Código Judicial.

"4ª De consiguiente, la demanda propuesta no reúne los requisitos legales.

"5ª En la misma demanda se han ejercitado varias acciones, unas principales y otras subsidiarias, y la Corte no es competente para conocer de todas y algunas son contrarias e incompatibles entre sí.

"Pido, pues, *se declaren probadas* las excepciones propuestas."

Se considera:

Como ya lo ha dicho esta Sala en casos anteriores, lo primero que debe hacer el fallador es asegurarse de que es competente para decidir el juicio que ante él se lleva, pues si no lo fuere, la economía procesal y razones de interés público le imponen el deber de no adelantar la tramitación del negocio en tales circunstancias.

De ahí que, planteada en el presente caso la excepción de declinatoria de jurisdicción por el señor Procurador, sea esto lo primero que la Corte estudie y decida, como cuestión de puro

derecho, sin traslado al excepcionante, pues éste ha manifestado que lo renuncia.

Para la Corte también, y desde este punto de vista, la demanda corregida del señor González Porratti, adolece de los mismos defectos contenidos en la demanda primitiva.

En efecto, los pedimentos primero a cuarto principales de la citada demanda, y los subsidiarios, rezan así:

"Basado en los hechos y circunstancias que dejo enunciados, respetuosamente promuevo ante esa honorable Corte Suprema, demanda civil de mayor cuantía, contra la Nación colombiana, y para que en sentencia que cause ejecutoria, con audiencia de la parte demandada y de su representante legal que lo es el señor Procurador General o el señor Procurador Delegado en lo Civil, se hagan por esa altísima Corte, previa la tramitación de única instancia, las siguientes declaraciones y condenas:

"Primero. Que estuvo vigente por todo el tiempo necesario para llevar a cabo la obra de apertura de Bocas de Ceniza, o sea hasta el día en que el Gobierno Nacional recibió la obra, el contrato bilateral, oneroso y conmutativo que se celebró en 1926 entre el Gobierno Nacional y el señor Roberto González Porratti, sobre arrendamiento y explotación de las canteras de piedra que existen en el predio de 'Sierra Vieja' o 'Pajonal', ubicado en el Departamento del Atlántico, y según linderos contenidos en las escrituras públicas números 1035 del 21 de julio de 1919, 426 y 427 del 27 de marzo de 1925, de la Notaría primera de Barranquilla, contrato que lleva fecha 14 de abril de 1926, aclarado el 24 de mayo subsiguiente y aprobado por el Gobierno Nacional, el 19 de junio del mismo año de 1926.

"Segundo. Que a virtud de dicho contrato, la Nación debe reconocer y pagar a Roberto González Porratti, como de plazo vencido, la suma de setenta mil ochocientos ochenta y dos pesos treinta y cinco centavos ($ 70.882.35) moneda corriente a que asciende el importe de la piedra extraída *para construcción*, de las canteras que fueron objeto de dicho contrato, o sea el valor de cuatrocientos setenta y dos mil quinientos cuarenta y nueve (472.549) metros cúbicos de piedra, sólida y servible, extraídos del predio explotado, a razón de quince centavos ($ 0.15) cada metro cúbico, desde julio de 1929 hasta el día 31 de agosto de 1941.

"Tercero. Que a virtud de la explotación, de hecho, llevada a cabo, sin solución de continuidad y como desarrollo del mismo contrato de 1926, por la Nación y con posterioridad a la entrega de la obra de Bocas de Ceniza por los contratistas, la Nación debe, de plazo vencido, a Roberto González Porratti, el importe de cuarenta y ocho mil ochocientos treinta y nueve (48.839) metros cúbicos de piedra sólida y servible extraída del predio de 'Sierra Vieja', para conservación de la obra de Bocas de Ceniza, al mismo precio de quince centavos ($ 0.15) moneda corriente por metro cúbico, o sea la suma de siete mil trescientos veinticinco pesos con ochenta y cinco centavos ($ 7.325.85) moneda corriente.

"Cuarto. Que la Nación rompió unilateral, inadecuada e intempestivamente, el contrato pormenorizado en el pedimento primero, y a que se refieren las afirmaciones de este libelo, sin justa causa y con violación de la cláusula cuarta de dicho contrato, debiendo considerarse tal contrato como vigente, por todo el tiempo que fue necesario para la terminación de la obra de Bocas de Ceniza, o sea hasta el día en que se entregó tal obra al Gobierno Nacional.

"En subsidio, suplico lo siguiente:

"a) Que la Nación debe pagar a Roberto González Porratti, el importe de la piedra extraída, desde julio de 1929 hasta la fecha del fallo, de los terrenos a que se refiere el contrato que entre ella como persona de derecho privado y el demandante se celebró con fecha 14 de abril de 1926, aclarado el 24 de mayo del mismo año de 1926, cuya cuantía se compruebe en el curso de este juicio, a razón de quince centavos ($ 0.15) por metro cúbico, o en el de las diligencias que procedan posteriormente para el cumplimiento de la sentencia.

"b) Que si la Nación sigue desconociendo el contrato de 14 de abril, debe restituir y está en mora de restituir a Roberto González Porratti los terrenos y las canteras que éste le entregó por la ubicación y linderos del contrato especificado en el pedimento primero principal de este libelo.

"c) Que la Nación no puede seguir extrayendo piedra sin pagar el precio que entre ella y González Porratti se fije oportuna y contractualmente, de las canteras que se encuentran en los predios de Roberto González Porratti, ubicados en el Departamento del Atlántico, y cuyos linderos generales son los siguientes:

'Por el Norte, distante diez metros de la línea del ferrocarril en el punto donde estaba la carrilera antes de haber sido movida sobre la vuelta de Sierra Vieja, mide mil ciento setenta y dos metros que abarcan los postes del ferrocarril marcados con los números 186 a 214; por el Sur, mide novecientos sesenta metros y colinda

con terrenos pertenecientes el uno a la sucesión de José Isabel Torres y el otro a Pedro Rodríguez, alias Pájaro Candela; por el Oriente, mide mil trescientos sesenta y siete metros que colindan con terreno que ha venido a pertenecer a los señores Gabriel Martínez Aparicio y herederos de Juan Francisco Barranco; por el Occidente, mide ciento cincuenta y tres metros, treinta centímetros que colindan con terreno que ha venido a pertenecer al expresado Rodríguez (a) Pájaro Candela'.

"Fundo el derecho de mi poderdante en los artículos 669, 673, 714, 715, 716, 717, 718, 740 a 753, 756 a 781, 782 a 792, 946 a 971, 980, 981, 982, 1494 a 1527, 1551, 1602 a 1624, 1626, 1627, 1634, 1757 a 1770, 1973 a 2069, 2512 a 2545, 2637, 2641, 2652, 2673, 2674 del Código Civil. Ley 45 de 1930, Ley 50 de 1936, Ley 83 de 1935 (sobre expropiaciones), Ley 67 de 1936, Ley 77 de 1927. Libro 2º, Títulos 12, 13 y 14 del Código Civil .Libro 4º, Título 23 del Código Civil, artículos 40, 143, 152, 155, 205, 207, 209, 232, 312, 313, 472, 553, 630, 634, 635, 637, 645, 734 a 763, 852, incisos 3º del Código Judicial.

"En las leyes especiales que sobre expropiación existen, en cuanto a las formalidades que el mismo Gobierno debe llenar previamente: Ley 83 de 1935, 67 de 1936 y 77 de 1937, y la 200 de 1936. En el artículo 31 de la Constitución Nacional, que estaba vigente cuando se hizo el contrato.

"Oigo notificaciones en la Secretaría de su Despacho, o en mi oficina: Edificio Cubillos número 302.

"Es esa honorable Corte competente para conocer de esta demanda, a virtud de lo preceptuado en el artículo 40 del Código Judicial; dígnese usted admitirla; correrle traslado de ella al representante legal de la Nación, que lo es el señor Procurador General, y abrir el negocio a prueba, con la debida oportunidad. Cuantía de la acción: más de $ 50.000 moneda corriente.

"Como el señor Procurador Delegado en lo Civil, manifestó que la honorable Corte no era competente para conocer sobre las peticiones que en mi libelo inicial formulé sobre perjuicios, dominio de las fincas en que se hallan las canteras, tradición titular, etc., en la presente corrección me he limitado a demandar a la Nación para que pague el importe de la piedra extraída de dichas canteras, según los términos y modalidades del contrato de 1926, no obstante considerar que dichas controversias, hoy eliminadas de esta última demanda, eran fallables por la honorable Corte, no solamente por la interpretación sana del alcance lógico del artículo 40 del Código Judicial, sino también por la jurisprudencia de la honorable Corte, sentada en reiteradas ocasiones, entre otras en el fallo que aparece marcado con el número 42 del tomo III de la Compilación Garavito.

"Es natural que al eliminar de la presente demanda reformatoria, los pedimentos de que se ha hecho mérito, lo hago con la expresa reserva de que mi poderdante, don Roberto González Porratti, una vez fallada esta litis, o durante el curso de ella, podrá iniciar ante el Tribunal Superior de Barranquilla, o el que sea competente, la demanda que crea conveniente, si la Nación insistiere en retener las canteras y seguir extrayendo piedra de allí, sin previo pago."

Por lo que se deja transcrito, puede verse que aunque el demandante dice que, en la presente corrección prescindió de las peticiones que formuló en el primitivo libelo "sobre perjuicios, dominio de las tierras en que se hallan las canteras, tradición titular, etc.", y que en la presente corrección se limita a demandar a la Nación para que pague el importe de la piedra extraída de dichas canteras "según los términos y modalidades del contrato de 1926", lo cierto es —se repite— que aunque el demandante se refiere en lo citado a este contrato y a los derechos que conforme a él alega que le corresponden por lo que hace al pago de la piedra extraída desde el mes de julio de 1929, luégo expresa (pedimentos tercero principal y c) subsidiario, con fundamento en los hechos VI, XII, XVII y XVIII del libelo) que se trata de un aprovechamiento irregular, arbitrario o extracontractual por parte de la Nación, de las canteras de que se trata, "las cuales retiene contra todo derecho" (la Nación).

Tiénese, de este modo, que las acciones iniciadas son varias: unas, que se hacen derivar del contrato celebrado con la Nación para extraer piedra para la obra de Bocas de Ceniza; y otras, deducidas de una explotación irregular o de hecho de las canteras, por parte de la Nación, según lo afirma el demandante.

Según esto, la Corte sería competente para conocer de las primeras, mas no de las segundas, sino el tribunal Superior de Barranquilla, de acuerdo con lo establecido en los artículos 40 y 76 del Código Judicial. Pero como en la misma demanda se han promovido todas esas acciones, resulta que esta Sala Civil de Unica Instancia de

la Corte no es competente para conocer de la presente demanda por oponerse a ello el artículo 209 del Código Judicial, que dice:

"En una misma demanda se pueden ejercitar varias acciones, siempre que concurran los siguientes requisitos:

"1º Que el Juez sea competente para conocer de todas. Con todo, si una o más acciones son de mayor cuantía, pueden juntarse a otra u otras de menor cuantía, prorrogándose la jurisdicción y siguiéndose, en su caso, la tramitación que corresponde a la de mayor cuantia.

"2º Que puedan sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir el mismo procedimiento judicial; y

"3º Que las acciones no sean contrarias e incompatibles entre sí. Sin embargo, pueden proponerse 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 carácter subsidiario de algunas de las peticiones del libelo, no les quita, tampoco, el carácter de inconciliables, dada la naturaleza del asunto por razón de la competencia de los distintos tribunales encargados de fallar las cuestiones materia de ellas, a las cuales sirven también de fundamento los mismos hechos de la demanda que se han dejado citados ya y que se consideran contrarios o incompatibles.

En virtud de lo expuesto, y considerando que se trata de una cuestión de puro derecho, se declara que la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Unica Instancia, no es competente para conocer del presente juicio, por lo cual se declara, igualmente, que está probada la excepción de declinatoria de jurisdicción propuesta en él por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*, en su próximo número. Archívese el expediente.

José M. Blanco Núñez.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Prescripción de acciones civiles provenientes de contratos celebrados con el Gobierno.

Los términos del artículo 3º de la Ley 53 de 1909, son muy claros en el sentido que de ellos aparece sin dificultad. Fue dictada con el fin expreso de reglamentar lo atinente a la "prescripción de ciertas acciones en cuanto a contratos celebrados con el Gobierno", según lo consigna el título de la Ley. Luego es inválida la distinción que se hace entre acciones que tienen por fuente exclusiva la resolución, por haber creado un derecho en favor del particular, y las acciones emanadas del contrato, alegando que las primeras son las que se extinguen por la prescripción de seis meses, según el artículo 3º, en tanto que las acciones emanadas del contrato prescriben de acuerdo con el derecho común. Cuando rigiendo un contrato celebrado con el Gobierno Nacional el contratista reclama por la forma de ejecución a la interpretación que se le está dando, o expirado solicita el cumplimiento de prestaciones que estima pendientes a su favor, el Gobierno tiene que dar contestación a esas solicitudes, por medio de una resolución administrativa, que es la forma adecuada a darle expresión a la voluntad de la Nación, en que acepta o deniega la pretensión. En el primer caso la Nación y el particular coinciden en la forma de dar ejecución o de cumplir el contrato, y entonces ese acuerdo de voluntades es como un desprendmiento del contrato, que obliga de consuno a las dos partes, a igual de lo que entre los particulares ocurre, según la última parte del artículo 1622 del Código Civil. En el segundo caso, la Nación rechaza la aspiración del contratista de que según el contrato tiene derecho a exigir determinada prestación; entonces esa manifestación de la Nación respecto del contrato, obliga al contratista, de modo definitivo, si en el término de seis meses no la contradice formalmente ante los Jueces comunes, ejercitando las acciones civiles que para él emanen, con el fin de destruír la situación jurídica planteada por el Gobierno en la respectiva resolución. Y como esa situación está creada por la resolución, y obedece a ella, es razonable que el artículo 3º hable de intentar las acciones civiles que para el particular emanen de las decisiones de que hablan los artículos precedentes. **Sobra decir que el mismo fenómeno se opera cuando el Gobierno oficiosamente en la resolución exige algo del contratista, que encuentra autorizado por el contrato. Esta exigencia, por el transcurso de seis meses, se vuelve definitiva para la parte, por presumirse que el particular ha renunciado a toda acción civil.**

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de Unica Instancia.—Bogotá, noviembre treinta de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El doctor Alfonso López Michelsen, obrando como apoderado del señor Tomás Acevedo, varón mayor de edad y vecino de la ciudad de Tumaco, presentó demanda contra la Nación, para que con citación y audiencia del señor Agente del Ministerio Público, y previa la sustanciación del juicio ordinario civil de única instancia, se la condene por esta Sala de la Corte, al tenor de las siguientes declaraciones:

"Primera. Que se declare que el señor Tomás Acevedo, de las notas civiles dichas, llevó a cabo sus gestiones y cumplió en un todo su compromiso, de conformidad con el contrato celebrado entre él y la Junta de Defensa y Mejoras del puerto de Tumaco, por escritura pública número 16 de 19 de enero de 1926, pasada en la Notaría de Tumaco, hasta obtener los fines de su mandato; y que si éstos no se realizaron con la ejecución de las obras portuarias y suministros de los dineros necesarios para esas obras, no fue por culpa suya, sino por obra exclusiva de la Nación, que ordenó la suspensión de las obras y que no se llevara a cabo el empréstito convenido.

"Segunda. Que la Nación está obligada a pagar al señor Tomás Acevedo el valor de las remuneraciones estipuladas, esto es, el dos por ciento (2%) en el primer millón y el uno y medio por ciento (1½%) en el excedente del costo de las obras portuarias o sea del suministro para ellas según el presupuesto aprobado por el Gobierno y formado por la casa "R. W. Hebard & Cía.,

Inc." de New York, comprometida a la erogación de los dineros, presupuestados en la suma de un millón, seiscientos sesenta y un mil, ciento setenta y dos dólares, según el proyecto económico; o de dos millones, ochocientos treinta y dos mil, quinientos veintiún dólares, según el proyecto mediano; o de cuatro millones, cuatrocientos diez y seis mil, cuatrocientos noventa y dos dólares, conforme al proyecto grande, valores en dólares americanos, con más los intereses legales durante el tiempo de la demora en el pago dicho, valor total que debe liquidarse pericialmente dentro de este mismo juicio.

"Tercera. Que en subsidio de no ser condenada la Nación al pago de la suma anteriormente mencionada, se la condene a indemnizar a mi mandante señor Tomás Acevedo de las notas civiles dichas, los perjuicios que ella le ocasionó al suspender por ley y por actos exclusivos del Gobierno Nacional, la finalización del contrato celebrado por la escritura pública número 16 de 19 de enero de 1926, pasada ante la Notaría de Tumaco, perjuicios que estimo en no menos del porcentaje estipulado en el proyecto económico, equivalente a veintinueve mil novecientos veintisiete (29.927) dólares americanos, o su equivalente en moneda colombiana, más los intereses legales durante el tiempo de la demora en dicho pago, o lo que se estime por peritos como monto de tales perjuicios.

"Cuarta: Que asimismo, sea condenada la Nación en uno y otro caso, a indemnizar a mi mandante, el valor de los cables cruzados entre éste y la Junta de Defensa y Mejoras del puerto de Tumaco, con motivo de las gestiones del señor Acevedo, de conformidad con la cláusula tercera del contrato y según la correspondiente liquidación que se haga de tales gastos."

El demandante en apoyo de la acción, citó en el libelo los hechos de donde deduce el derecho.

En traslado la demanda al señor Procurador, este funcionario impugnó la acción aceptando unos hechos y negando otros. Propuso además, como perentoria la excepción de extinción de la acción ejercitada en la demanda, desprendida del artículo 3º de la Ley 53 de 1909, por cuanto el demandante dejó pasar más de seis meses desde la ejecutoria de la resolución ministerial de 22 de mayo de 1940, sin haber intentado dicha acción.

El juicio se abrió luégo a pruebas en cuyo término el demandante allegó las que creyó pertinentes; en seguida el expediente se corrió en traslado para alegar, terminado el cual se citó para sentencia. Y estando agotados los trámites correspondientes se procede a dictarla.

Los hechos.

La acción contra el Estado se deriva como lo afirma el demandante en el libelo de demanda del contrato contenido en la escritura pública número 16, otorgada el 19 de enero de 1926 ante el Notario Público de la ciudad de Tumaco. Consta en esa escritura que se acompañó al libelo de demanda en copia legalmente expedida que los señores Leoncio Ortiz del Corral, en su calidad de Presidente de la Junta de Defensa y Mejoras del Puerto de Tumaco, Efraím Llorente, Personero Municipal de ese Distrito y miembro nato de la expresada Junta, celebraron con el señor Tomás Acevedo, un contrato del cual se destacan las siguientes cláusulas esenciales: 1º Acevedo se comprometió a gestionar en los Estados Unidos de Norte América, en nombre y representación de la Junta de Defensa y Mejoras del puerto de Tumaco, la consecución de un empréstito de un millón de pesos oro para las obras de amurallamiento de la isla de Tumaco contra los embates del mar, y para la mejora de ese puerto. El empréstito debía contratarse con una casa o entidad que al propio tiempo que facilitara el dinero se encargara de la ejecución de las obras sujetándose a los planos oficiales existentes, o a los que levantaran los ingenieros de la casa prestamista siempre que aquéllos fuesen aprobados por el Ministerio de Obras Públicas. 2º Las condiciones del empréstito en cuanto a intereses, descuento inicial, amortización, etc., no podrían exceder de las estipuladas para los empréstitos de los Municipios de Bogotá y Medellín. 3º Los gastos de viaje de Acevedo, de agencias, intermediarios, publicaciones, etc., serían de su cuenta; pero la Junta de Defensa del puerto le reconocería los gastos de cables. 4º En el caso de que mediante las gestiones de Acevedo se consiguiera el empréstito y la ejecución de las obras, la Junta le pagaría el dos por ciento de comisión sobre el total del empréstito, deducido el descuento inicial, caso de haberlo. 5º A buena cuenta de esa posible comisión, la Junta hizo entrega a Acevedo por medio de su tesorero de la cantidad de dos mil pesos oro; y en el caso de que Acevedo no consiguiera el empréstito o lo consiguiera en condiciones distintas de las expresadas en la cláusula segunda, se obligó a reintegrar o a devolver a la tesorería de la Junta la ya expresada cantidad de dos mil pesos, con sólo la deducción del importe de los cables que hubiera dirigido a la Junta en relación con el empréstito y ejecución de las obras. 7º Fijóse el término de un año, a contar de la fecha de la firma de la escritura para que el señor Acevedo realizara las gestiones tendientes a la consecución del empréstito; "de tal manera que si vencido el año, nada hubiere conseguido o hubiere conseguido algo en condiciones distintas de las que se le han seña-

lado o que no fueren aceptadas por la Junta y por el Gobierno Nacional, será exigible la obligación de reintegrar a la Tesorería de la Junta los dos mil pesos, sea por el señor Acevedo o por su fiador solidario". 8º La Junta se abstendría de hacer gestiones para la consecución del empréstito en los mercados de los Estados Unidos mientras tales gestiones estuvieran a cargo del señor Acevedo en el mismo país. 9º El señor Acevedo se ajustaría en la celebración del contrato de empréstito a las instrucciones que por escrito le diera la Junta, en todos los pormenores no comprendidos en las cláusulas del contrato.

Por Resolución número 2 de 31 de enero de 1926 la Junta de Defensa y Mejoras del puerto de Tumaco, resolvió aumentar hasta dos millones de pesos la cuantía del empréstito y autorizó a Acevedo para garantizarlo debidamente.

La Junta de Defensa y Mejoras del puerto de Tumaco fue creada por la Ley 37 de 1924, y sería integrada por el Administrador-Tesorero de la Aduana de Tumaco, el Presidente del Concejo, el Personero Municipal y dos vecinos honorables nacionales o extranjeros nombrados por el Ministerio de Industrias para períodos de dos años. Esta Junta quedó autorizada expresamente según el artículo 3º "para negociar empréstitos bancarios nacionales o extranjeros, destinados a las obras de defensa y mejoras de dicho puerto, las que se ejecutarán según los planos levantados previamente por ingenieros competentes y aprobados por el Ministerio de Obras Públicas. Al efecto quedó asimismo autorizada la Junta para caucionar hasta la totalidad de la renta sobre el usufructo de los bosques, para el servicio de amortización de la deuda, sin perjuicio de que el Gobierno, en caso de obtener un empréstito, destine a la misma obra las sumas de dinero necesarias para llevarlo a cabo, sea que la Junta consiga o nó el empréstito a que se refiere la primera parte de este artículo."

En cumplimiento de su mandato, el señor Acevedo se trasladó a los Estados Unidos de Norte América, logrando interesar en el negocio a la casa constructora R. W. Hebard y Cía., Inc., de Nueva York, la cual firmó un convenio ad-referéndum con el señor Acevedo. Para negociar en firme dicho convenio, la casa envió a Colombia al ingeniero señor L. H. Walter como su representante legal. Acevedo regresó a Colombia acompañado del señor Walter, quien en representación de R. W. Hebard y Cía., procedió a formalizar con la Junta de Defensa y Mejoras del puerto de Tumaco el convenio que había pactado en Nueva York el señor Acevedo. Al efecto, en la escritura pública número 218, otorgada en la Notaría de Tumaco el 28 de septiembre de 1926 el señor Walter en nombre y representación de la casa R. W. Hebard y Cía., Inc., de Nueva York suscribió con la Junta de Defensa y Mejoras del puerto de Tumaco el contrato por medio del cual la compañía se comprometió a llevar a cabo en Tumaco el examen, los estudios y planos de los sitios más adecuados de las obras que en la escritura se detallaron, teniendo en cuenta que la línea del ferrocarril habría de pasar por dentro de la zona de terreno que debería quedar defendida contra los embates del mar; la Junta se comprometió a someter al Ministro de Obras Públicas en Bogotá los planos que hiciera la compañía y a pagarle a ésta la suma de diez mil pesos moneda legal colombiana como valor de los exámenes técnicos, preparación de los planos, presupuestos e informes. Por la cláusula 4ª la compañía convino en financiar y construir el puerto y las obras de defensa de Tumaco, de acuerdo con los estudios y los planos que ella hiciera aprobados o modificados por el Ministerio de Obras Públicas. La compañía se comprometió a hacer todo lo posible por conseguir un empréstito de la suma suficiente para sufragar el costo de la construcción de las obras del puerto proyectadas, y en caso de que debido a cualquier circunstancia la compañía no lograra conseguir dicho empréstito quedaría rescindido el contrato en todas sus cláusulas, excepción hecha de la cláusula tercera relativa al estudio y confección de los planos. En caso de que la compañía consiguiera el empréstito, quedó convenido y entendido que su producto sería depositado en una casa bancaria, al crédito de la Junta, para ser empleado únicamente en los trabajos de construcción y mejoras del puerto de Tumaco. En la escritura además se convino el tipo máximo del interés que debía pagarse por el empréstito y las garantías con que la Junta lo iría a respaldar.

Por Resolución número 122 de 1927 el Ministerio de Obras Públicas aprobó los planos elaborados por la casa contratista R. W. Hebard & Cía., para la defensa y mejoras del puerto de Tumaco, elaborados según el contrato anterior celebrado por dicha casa con la Junta de Defensa y Mejoras del mencionado puerto.

Entre los considerandos de aquella resolución dícese que el ingeniero del Ministerio a cuyo estudio pasaron los planos, informó que ellos cumplían con las estipulaciones del contrato y que por lo tanto convenía tenerlos en cuenta para el estudio general del problema de defensa y mejora del puerto de Tumaco. Y que por razón del contrato y por declaración expresa de E. W. Hebard y Cía., la aprobación que el Ministerio les diera a los planos, no significaba que la Junta o el Ministerio quedaban obligados a negociar con aquella firma la construcción de las obras o a ceñirse a sus planos o indicaciones.

El 27 de octubre del año de 1927 sancionó el Gobierno la Ley 42 de aquel año, cuyo artículo 3º

dispuso que el Gobierno procedería a organizar inmediatamente los trabajos relativos a la construcción de las obras requeridas para la defensa de la isla de Tumaco y arreglo del puerto, escogiendo al efecto los planos y presupuestos definitivos de entre los varios estudios que tiene en su poder.

Por Resolución número 16 del mismo mes de octubre, la Junta de Defensa y Mejoras del Puerto de Tumaco aprobó la siguiente resolución:

"Dígase al señor Acevedo que la Junta no encuentra base o fuente legal que, según las condiciones estipuladas en el contrato en que se apoya su petición, la autorice para el reconocimiento de la remuneración solicitada. Pero como un acto de justicia a sus gestiones, verificadas con la casa Hebard, de la que se obtuvo el estudio y planos sobre las obras de Tumaco, esta Junta lo releva de la obligación del reintegro de la suma de $ 2.000 que recibió a buena cuenta de la posible comisión por la consecución del empréstito; por lo tanto cancélesele la escritura que para garantizar la devolución otorgó a favor de la Junta. La Junta reconoce asimismo que el señor Acevedo ha cumplido leal y estrictamente con todas las obligaciones que le imponía el contrato celebrado el 19 de enero de 1926, hasta el punto de interesar a la casa Hebard & Co., en la operación financiera de suministrar el empréstito para las obras de amurallamiento de Tumaco, de la cual fue apenas un detalle o base para calcular la cuantía de dicha operación los estudios científicos y levantamiento de los planos respectivos. Por lo mismo la Junta reconoce que en justicia el señor Acevedo tiene derecho a una remuneración mayor de la que se hace en el punto anterior de esta proposición, pero como se tiene conocimiento de que por virtud de una nueva ley la Junta dejará de existir dentro de pocos días, no puede fijar la cuantía de tal remuneración y declina esa facultad en el Ministerio de Industrias o en el de Obras Públicas, teniendo en cuenta el contrato a que se ha hecho referencia y la eficacia de las gestiones del señor Acevedo. Queda a cargo de la Presidencia la cancelación de la fianza referida."

Pasaron luégo varios años. Y en el de 1940 el señor Acevedo, por medio de apoderado, elevó al Ministerio de Obras Públicas una reclamación tendiente a que la Nación le pagara el valor de la remuneración estipulada en el contrato con la Junta de Defensa y Mejoras del puerto de Tumaco, más los intereses legales sobre el valor de lo debido y el valor de los cables; y en subsidio que se le reconociera una indemnización por sus gestiones. Fundamentó la solicitud ante el Ministerio en los mismos hechos que se dejan relacionados. El Ministerio, en Resolución del 22 de mayo de 1940, negó la pretensión del solicitante, alegando que no era posible reconocer comisión ninguna al señor Acevedo por empréstitos que no se habían contratado.

La excepción de prescripción.

Propuesta por el señor Procurador como defensa fundamental de la Nación la excepción de prescripción, emanada de la Ley 53 de 1909, precisa examinar ante todo la eficacia de la alegación, pues de estar extinguida la acción, ello sería suficiente para absolver al demandado.

Según el artículo *primero* de la ley mencionada, las resoluciones con carácter definitivo que dicten los Ministros del Despacho Ejecutivo, en asuntos de los respectivos Ministerios, son reconsiderables y revocables por los mismos funcionarios dentro del término que allí se señala a partir de la notificación de la resolución que debe hacerse conforme a las prescripciones del artículo *segundo*. Y agrega el artículo tercero:

"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 esté término, sin que los interesados hayan hecho reclamación alguna, se presumirá que han renunciado toda acción civil, y la Nación quedará libre de responsabilidad 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."

Aplicando esta disposición se tiene que la acción ejercitada en este juicio está prescrita. La segunda resolución del Ministerio de obras Públicas en que insistió sobre el rechazo de la reclamación de Acevedo acerca del pago de honorarios por las gestiones que le encomendó la Junta de Defensa y Mejoras del puerto de Tumaco, fue dictada el 26 de julio de 1940, habiendo sido notificada personalmente al apoderado de Acevedo el 2 de agosto siguiente.

Ahora bien: el libelo de demanda inicial de este proceso, dirigido a reclamar judicialmente la remuneración que el Ministerio había negado, promovióse en el mes de abril de 1942, es decir, vencido con creces el plazo de seis meses que el artículo 3º transcrito le daba a Acevedo para intentar la respectiva acción.

Pero alega el apoderado de Acevedo en el alegato de conclusión lo siguiente, con el fin de desvirtuar la aplicación que se intente hacer del artículo 3º a la acción intentada:

"Esta disposición se refiere a acciones civiles que intenten los interesados, siempre que emanen de resoluciones con carácter definitivo que dicten los Ministros del Despacho Ejecutivo en asuntos de sus respectivos Ministerios, sin que ellos hayan hecho reclamación alguna dentro del plazo de seis meses comunes, contados desde la ejecutoria de la respectiva decisión.

"Pero en el caso de Tomás Acevedo, si bien se hizo un reclamo ante el Ministerio de Obras Públicas, ello se debe en primer lugar a lo resuelto por la Junta de Defensa del puerto de Tumaco, que antes de expedirse la Ley 42 de 1927, que la suprimió, dijo expresamente que Acevedo había cumplido con sus obligaciones de mandatario y que 'por lo mismo la Junta reconoce que en justicia el señor Acevedo tiene derecho.... pero como se tiene conocimiento de que por virtud de una ley la Junta dejará de existir dentro de pocos días, no puede fijar la cuantía de tal remuneración y declina esa facultad en el Ministerio de Industrias o en el de Obras Públicas, teniendo en cuenta el contrato a que se hace referencia y la eficacia de las gestiones del señor Acevedo.'

"Ahora bien: si la misma Junta de Defensa del puerto de Tumaco conceptuó que el Ministerio de Obras Públicas o el de Industrias debían arreglar las gestiones de Tomás Acevedo que quedaron pendientes y que no tenía por qué perderlas debido a la Ley 42 de 1927, artículo 8º, 'teniendo en cuenta el contrato a que se ha hecho referencia' (es decir, el de 19 de enero de 1926, entre Acevedo y la Junta), ello demuestra que al hacer su reclamo Acevedo ante el Ministerio de Obras Públicas, jamás podía invalidarse su derecho a demandar en juicio ordinario a la Nación."

.....

"Más claro: el artículo 3º de la Ley 53 de 1909, a nuestro modo de ver, no encaja cuando la resolución ministerial niega la solicitud del particular contra la Nación, sino únicamente cuando la decisión es favorable a su petición y por lo mismo viene a constituir un derecho, que puede hacerse efectivo mediante el ejercicio de una acción civil y esto cuando la solicitud del interesado proviene del simple trámite administrativo y no cuando como en el caso de Acevedo, su demanda ordinaria se basa en un contrato escriturario, que está sometido como cualquier otro a la legislación civil ordinaria.

"Y si como se deja expuesto, el contrato de Tomás Acevedo con la Junta de Defensa del puerto de Tumaco, se otorgó por escrito y no privadamente sino por escritura pública, la demanda propuesta por Acevedo contra la Nación, es conducente y jamás puede presumirse que él ha renunciado su derecho a demandar en juicio civil ordinario a la Nación como lo ha hecho en esta demanda de una equidad excepcional."

Para la Corte es inadmisible la interpretación que en los anteriores párrafos se le asigna al mandato del artículo 3º de la Ley 53 de 1909. Los términos de la disposición son muy claros en el sentido que de ellos aparece sin dificultad. Fue dictada con el fin expreso de reglamentar lo atinente a la "prescripción de ciertas acciones en cuanto a contratos celebrados con el Gobierno", según lo consigna el título de la ley. Luego es inválida la distinción que se hace entre acciones que tienen por fuente exclusiva la resolución, por haber creado un derecho en favor del particular, y las acciones emanadas del contrato, alegando que las primeras son las que se extinguen por la prescripción de seis meses, según el artículo 3º, en tanto que las acciones emanadas del contrato prescriben de acuerdo con el derecho común.

Cuando rigiendo un contrato celebrado con el Gobierno Nacional el contratista reclama por la forma de ejecución o la interpretación que se le está dando, o expirado, solicita el cumplimiento de prestaciones que estima pendientes a su favor, el Gobierno tiene que dar contestación a esas solicitudes, por medio de una resolución administrativa, que es la forma adecuada a darle expresión a la voluntad de la Nación, en que acepta o deniega la pretensión. En el primer caso la Nación y el particular coinciden en la forma de dar ejecución o de cumplir el contrato, y entonces ese acuerdo de voluntades es como un desprendimiento del contrato, que obliga de consuno a las dos partes, a igual de lo que entre los particulares ocurre, según la última parte del artículo 1622 del Código Civil. En el segundo caso, la Nación rechaza la aspiración del contratista, de que según el contrato tiene derecho a exigir determinada prestación; entonces esa manifestación de la Nación respecto del contrato, obliga al contratista de modo definitivo, si en el término de seis meses no la contradice formalmente ante los Jueces comunes, ejercitando las acciones civiles que para él emanen, con el fin de destruir la situación jurídica planteada por el Gobierno en la respectiva resolución. Y como esa situación está creada por la resolución y obedece a ella, es razonable que el artículo 3º hable de *intentar las acciones civiles que para el particular emanen de las decisiones de que hablan los artículos precedentes.*

Sobra decir que el mismo fenómeno se opera cuando el Gobierno oficiosamente en la resolución exige algo del contratista, que encuentra autorizado por el contrato. Esta exigencia, por el transcurso de seis meses, se vuelve definitiva para la parte, por presumirse que el particular ha renunciado a toda acción civil.

En el único antecedente legislativo que se encuentra acerca de la Ley 53 de 1909, consistente en el informe de la respectiva comisión que estudió en el Senado para segundo debate el proyecto de ley, resalta bien claro cuál fue el propósito que se tuvo al presentar ese proyecto, el cual no sufrió ninguna modificación en las Cámaras, a pesar de lo que aconsejó dicha comisión, cuyas ideas al respecto, sobre meros detalles no fueron acogidas. Aquel propósito no fue otro que el de reglar la cuestión vinculada con la prescripción de las acciones civiles provenientes de contratos celebrados con el Gobierno, cuando ha mediado una resolución administrativa en que se define algún conflicto suscitado entre el Gobierno y el contratista, originado en el contrato mismo. Dijo la comisión en lo pertinente:

"Considerado el proyecto en sí mismo, es indudable que reviste suma importancia, y es de conveniencia nacional verdaderamente incuestionable. En efecto, la manera intemperante de conceder privilegios sobre caminos, y en general acerca de mejoras materiales cuya ejecución contrata el Gobierno con particulares o compañías, ha conducido, en muchísimos casos, a la paralización completa de aquellos servicios, con perjuicio evidente de secciones que anhelan la efectividad de ciertas mejoras. Ligado el Gobierno por concesiones y privilegios de diversa índole con contratistas poco escrupulosos o tardos, no tiene medios suficientemente eficaces para reasumir su libertad y contratar nuevamente. El artículo 81 de la Ley 60 de 1905 concede a los derechos del acreedor público un término de diez años dentro del cual pueda ejercitar cobro haciendo valer su acción. De otra parte, los principios generales de nuestra legislación civil establecen un término mayor, de suerte que el Estado y peculiarmente el Gobierno en estos casos, deben aguardar pacientemente el curso hasta de cuatro lustros para declarar suelta la obligación con algunos concesionarios y reasumir la libertad para contratar de nuevo.

"Salta a la vista la inconveniencia de tal estado de cosas. A menudo el concesionario retiene su privilegio, e invocando el derecho de parte, estorba, apoyada en la defensa que le prestan las leyes comunes, la pronta ejecución de la obra necesaria. Además, el turno constante del personal de los Ministerios, la mutación no imposible en los sistemas de fomento, la intervención de la política en materia tan extraña a ella como ésta, vienen a hacer nugatoria, a la postre la facultad misma de constreñir al moroso, otorgada al Gobierno por las leyes. Proveer a estas deficiencias, acortando ciertos términos, es el objeto plausible del proyecto presentado a nuestro estudio. Empero, acaso no sea inconducente hacerle algunos reparos accidentales, dejando en pie ante el honorable Senado y librándola a su sabiduría, la gravísima cuestión jurídica que encarna tal proyecto, en orden a una reforma sustancial de nuestra legislación civil. Para concretar, diremos: que el artículo 1º está bien; que el 2º adolece de un inconveniente, relativo al tiempo para entender surtida la notificación, tiempo a la verdad muy breve".....

"El artículo 3º entraña, a no dudarlo, una modificación de las disposiciones del Libro 4º, Título 41, del Código Civil, sobre prescripciones, y caso de ser aceptada esta reforma trascendental, parece inconveniente aceptarla como está. Acaso debería duplicarse el término para todos y para las personas ausentes del territorio de la República, contando, como lo hace el artículo 2529 del Código Civil, dos días entre ausentes, por uno solo. Asimismo, el término de la prescripción debería ser doble, ya que el espíritu de esta ley es no suspenderla sino poner pronto a la Nación a salvo. En tal virtud, gozarían también de este privilegio las personas enunciadas en el artículo 2530 del Código Civil, a saber: los menores, los dementes, los sordomudos, los que se hallen bajo potestad paterna o marital, o bajo tutela o curaduría, y la herencia yacente, etc."

Tampoco es válida la observación de que en el presente caso la acción es la que proviene de la resolución de la Junta de Defensa y Mejoras de Tumaco, en que reconoce que Acevedo cumplió satisfactoriamente sus obligaciones de mandatario de ella. Pues tal resolución no puede considerarse aisladamente del contrato, y es apenas un episodio que tiene su causa inmediata en él; distinguir así entre el contrato y la resolución, con el objeto de deducir derechos especiales de la segunda, es sutilizar sin resultado, porque siempre se tropieza con el contrato como origen, explicación, o motivo directo de lo que la Junta determinó.

Por lo tanto no puede ser más claro que el señor Acevedo perdió toda acción civil tendiente a reclamar judicialmente las remuneraciones e indemnizaciones que le negó el Ministerio de Obras Públicas en las resoluciones administrativas del año de 1940, pues desde que fueron dictadas hasta que se propuso la demanda corrieron más de seis meses, bajo el imperio de la vigencia del artículo 3º de la Ley 53 de 1909. Al empezar la vigencia de la Ley 167 de 1941 sobre organización de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya se había consumado en su totalidad aquella prescripción.

Sentencia.

A mérito de lo expuesto la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia, admi-

Acción petitoria de pago de perjuicios materiales y morales.

Cuando una persona lanza un cargo que sea efectivamente lesivo de la buena fama y reputación de otra, pero luégo lo rectifica por el mismo medio de que se ha valido para formularlo y, con la necesaria prontitud para limitar su difusión en el público, no se ve la razón para deducir de allí una acción de responsabilidad civil indemnizatoria, por el sencillo motivo de que el daño que se cause ha sido reparado oportunamente y en debida forma.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diciembre once de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

En el juicio ordinario que para obtener indemnización de perjuicios por culpa extracontractual sigue el señor Antonio J. Gómez conjuntamente contra la Nación y el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, como Juez de primera instancia dictó la correspondiente sentencia, en la cual formuló las siguientes declaraciones con el fin de resolver la demanda principal del señor Gómez y la contrademanda recíproca del Consejo Administrativo:

"1º Es el caso de declarar, como en efecto se declara, que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, como representante del Estado colombiano, es responsable civilmente por los perjuicios —morales y materiales—, causados y ocasionados al señor Antonio J. Gómez R., mayor y vecino de Bogotá, por haberle hecho a éste, con imprudencia, negligencia y ligereza notorias, la imputación injusta de hallarse complicado el dicho señor Gómez, en el hurto de estampillas adheridas a memoriales sobre exención de fletes, presentados por interesados particulares, al Consejo, en el año de 1932; imputación que sirvió de antecedente remoto para suspender primero al demandante Gómez, de su cargo de Secretario del Departamento de Tráfico del Consejo, y luégo para despedirlo en forma definitiva, aunque alegando otros motivos.

"2º Es el caso de condenar, como en efecto se condena, al Consejo Administativo de los Ferrocarriles Nacionales, como representante del Estado colombiano, a pagar al señor Antonio J. Gómez R. la indemnización de perjuicios, a que tiene derecho dicho señor, por los daños de que es responsable civilmente por cuasi-delito, aquella entidad, pago que se hará, previa la liquidación correspondiente, de acuerdo con las reglas del artículo 553 del Código Judicial.

"3º Es el caso de ordenar, como en efecto se ordena, por los motivos especiales de que se habla en los considerandos del presente fallo, que, tan pronto como se ejecutorie, sea publicado en la forma que también queda explicada en tales considerandos de la sentencia.

"4º No está probada la imprudente exposición al daño, por parte del señor Gómez y, en consecuencia, no hay lugar a reducir su apreciación por este concepto.

"5º Absuélvese a la Nación y al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, de los demás cargos o peticiones de la demanda principal.

"6º Es el caso de declarar, como en efecto se declara, que no está probada la demanda de reconvención, cuyos cargos carecen de todo fundamento.

---

nistrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *resuelve:*

Declárase probada la excepción perentoria de extinción de la acción civil principal y subsidiaria, ejercitada en la demanda por el señor Tomás Acevedo, por haber corrido el término de seis meses prescrito en el artículo 3º de la Ley 53 de 1909. En consecuencia, por tal motivo, se absuelve a la Nación de los cargos contra ella formulados en la demanda.

No hay costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, e insértese copia del fallo en el próximo número de la *Gaceta Judicial.*

Archívese el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán, José Miguel Arango, José M. Blanco Núñez, Ricardo Hinestrosa Daza, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

"7º No se hace condenación en costas porque el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales no fue demandado en su propio nombre, sino como representante del Estado colombiano."

Contra este fallo interpusieron el recurso de apelación la Nación y el Consejo Administrativo, por lo cual el expediente vino a la Corte, en donde el negocio fue sometido a los trámites de la segunda instancia, que están ya agotados, por lo que corresponde ahora decidir de la legalidad del fallo apelado.

El fundamento de hecho de la acción principal.

Las declaraciones del Tribunal en lo tocante a la demanda principal de Antonio J. Gómez absuelven favorablemente la respectiva pretensión de éste formulada en la solicitud de que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, en su condición de gerente de éstos a nombre de la Nación, sea condenado a indemnizarle "los perjuicios morales y materiales que ha recibido y pueda recibir por haber imputado al actor, la responsabilidad de los hechos mencionados en esta demanda y que son lesivos de su buena fama y reputación".

La imputación de que se queja Gómez y de que éste hace mérito en la demanda, está contenida principalmente en el siguiente oficio que el Consejo le dirigió para avisarle que desde ese día quedaba suspendido en el ejercicio del empleo de Secretario del Departamento de Tráfico, que Gómez venia desempeñando en las oficinas de la corporación:

"Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales—Departamento, Secretaría—Número 54006/2—Bogotá, noviembre 9 de 1934.

"Señor don Antonio Gómez R.—Departamento de Tráfico—Presente.

"Ref.: *Suspensión en su empleo.—Sírvase usted tomar nota de que por motivo de haber omitido la anulación correspondiente de las estampillas en seis (6) memoriales de los presentados por intermedio de la Caja de Crédito Agrario para la exención de fletes, se ha hecho usted responsable, en parte, del abuso cometido por un empleado del Archivo que, aprovechando esa circunstancia, arrancó las estampillas correspondientes de los mencionados memoriales para aprovechar su valor. En tal virtud, la Administración General ha dispuesto suspender a usted en su empleo hasta nuevo aviso.*

"Soy de usted muy atento servidor,

"(Firmado), *Jorge Camargo,* Subsecretario."

Antonio J. Gómez que desde el año de 1924 trabajaba como empleado subalterno en las oficinas de la Dirección General de los Ferrocarriles, primero cuando dicha Dirección dependía del Ministerio de Obras Públicas hasta el año de 1931, en que fue creado el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles, como entidad oficial autónoma, y luégo como empleado de esta entidad, ella le confió por último las funciones de Secretario del Departamento de Tráfico, según Resolución número 648 del mes de septiembre de 1933, comunicada a Gómez en el oficio del 19 de los mismos (folio 2, cuaderno principal) en el que se le advierte que ganará un sueldo de $ 150 mensuales a partir del primero del mes de octubre siguiente. "Como usted actualmente desempeña —dice la comunicación— el puesto de Encargado de Tarifas y Pasajes, dependiente de esta Secretaría —la General del Consejo— desde la fecha indicada dicha Sección quedará dependiente del Departamento de Tráfico."

Gómez desempeñó así el último cargo en el Consejo desde el 1º de octubre de 1933 hasta el 9 de noviembre de 1934, en que fue suspendido del empleo, según la comunicación del 9 de noviembre arriba transcrita.

Era Jefe del Departamento de Tráfico del Consejo, y por lo tanto superior inmediato del señor Gómez, el señor Enrique Pérez, entre quienes existía marcada enemistad, originada, según lo asevera el demandante en la demanda, y lo corroboran varios testigos, como Jaime Montoya Márquez (folio 7 del cuaderno número 12), en el hecho de que el señor Gómez hizo campaña tendiente a que el Consejo decretara la prima producida por el excedente de carga de aquella época, no en favor exclusivo del señor Pérez, conforme en un principio se había establecido, sino en beneficio de todos los empleados del Departamento de Tráfico. Por causa de la enemistad existente entre el Jefe Pérez y el Secretario Gómez ocurrían frecuentes desavenencias entre ellos, según lo declaran los testigos Jorge A. Parra, Jaime Montoya Márquez y Roberto J. Herrera, Secretario General del Consejo (folios 5 vuelto, 6 y 7 del cuaderno número 12).

El origen inmediato para que el Consejo tomara la determinación de suspender a Gómez en el ejercicio del empleo de Secretario del Departamento de Tráfico, fue el siguiente, en lo cual no hay desacuerdo visible entre las partes:

1º En el año de 1932, con fechas 20 de junio, 30 de agosto, 13 de septiembre, 23 de diciembre, 9 de septiembre y otra indeterminada del mismo año, varias personas presentaron a las dependencias del Consejo, memoriales solicitando exenciones de fletes en los ferrocarriles (cuaderno número 3, folios 103 y siguientes y cuaderno número 4, folios 19 y siguientes).

2º Un empleado subalterno del Consejo, señor Enrique Guillén, Ayudante del Archivo, indebidamente arrancó las estampillas adheridas a los memoriales anteriores y las vendió por intermedio de Lorenzo Hernández, Cartero del mismo Consejo (cuaderno número 4, folios 20 y 21).

3º El Archivero del Consejo, señor Jaime Montoya Márquez al darse cuenta de la mutilación de los memoriales, pasó una nota al Administrador con fecha 6 de noviembre de 1934, haciéndole conocer la irregularidad observada (cuaderno número 4, folios 20 y 21).

4º El Consejo estimó que la omisión de Gómez en anular las estampillas que venían adheridas a los cinco memoriales expresados había sido causa para que el empleado Guillén las arrancara con el objeto de aprovechar su valor. Y así se lo comunicó a Gómez en la nota que se transcribió al principio.

5º El mismo día el Consejo suspendió también a Enrique Guillén y a Lorenzo Hernández. Al primero se le hizo saber que se le suspendía "en virtud del abuso cometido por usted al desprender estampillas de documentos privados del archivo para aprovechar su valor" (folio 18, cuaderno número 12).

Los hechos posteriores a la comunicación del Consejo a Gómez son los siguientes en los cuales también están acordes las partes:

1º Como el Consejo le imputó a Gómez la omisión del deber que sobre él recaía de anular las estampillas de los memoriales, éste se apresuró a reclamar contra esa apreciación, en que se fundaba la medida que contra él se tomó. Entonces el Consejo, a ese reclamo contestó así en nota del 12 de noviembre de 1934:

"Con relación a su memorial en referencia, esta Administración ha estudiado atentamente su caso y llega a las siguientes conclusiones:

"De acuerdo con los decretos vigentes sobre impuesto de timbre la anulación de estampillas corresponde en las oficinas públicas donde hay Secretario a este empleado, pues el ordinal 3º del artículo 2º del Decreto número 92 de 1932, no está modificado por ninguno de los numerales del artículo 56 del Decreto 1696 de 11 de octubre de 1932, por cuanto a que las estampillas que traen las solicitudes sobre exenciones de fletes están impuestas por el ordinal 18 del artículo 1º del Decreto 92 primeramente citado.

"En vista de la organización que el Consejo dio por medio de la Resolución 647 al Departamento de Tráfico, y al nombramiento respectivo, usted desempeña las funciones de Secretario del referido Departamento, por consiguiente, y de acuerdo con lo dicho en el punto anterior, a usted correspondía y corresponde, anular las estampillas que vengan adheridas a los memoriales sobre exenciones de fletes.

"Es pues evidente, dado lo anteriormente expuesto que la suspensión de su empleo, impuesta por la Secretaría, ha sido correcta, y esta Administración, la confirma.

"No está fuera de lugar, antes bien, sin duda es de primordial importancia, anotar la circunstancia muy llamativa, de que en vez de argumentaciones fundadas en la letra de los decretos y reglamentos, la Dirección de una Empresa aprecia la buena voluntad, oportunidad, cuidado y acierto con que su personal dé curso a los asuntos que se resuelven con su intervención.

"Con respecto al término de la suspensión la Administración resolverá y comunicará a usted oportunamente lo que estime conveniente.

"Soy de usted atento y seguro servidor,

(Firmado), *Jorge Páez G.*"

2º El 13 de noviembre el señor Gómez se presentó en las oficinas de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca para que en vista de la primera comunicación que a él le había dirigido el Consejo se averiguara por esa oficina "si él había incurrido en responsabilidad por el hecho de que las estampillas adheridas a los memoriales mencionados en la nota, no fueron anuladas, y para que, en caso afirmativo, se le impusiera la sanción legal correspondiente, agregando que su manifestación no entrañaba denuncio contra el Consejo de los Ferrocarriles, ni sus miembros y empleados". (Certificación del Administrador de Hacienda Nacional de Cundinamarca, folio 7 del cuaderno número 1).

3º Ese mismo día 13 de noviembre el señor Gómez recibió la siguiente nota del Consejo:

"Señor don Antonio Gómez—La ciudad.

"Atentamente rogamos a usted se sirva entregar al señor Enrique Pérez, Jefe del Departamento de Tráfico las llaves de la Oficina de Tráfico y escritorio, pues se necesitan algunos de los papeles que usted tiene guardados en él y que pertenecen al Consejo."

4º Ese mismo día 13 de noviembre en las horas de la tarde el señor Alberto Correa Jefe de Impuestos Nacionales en el Departamento de Cundinamarca, por orden de la Administración de Hacienda, y a virtud de la petición del señor Gómez, se trasladó a las oficinas del Consejo con el fin de definir, en vista de los memoriales mutilados, a qué empleado correspondía la obligación de anular las estampillas. En dicho examen el Jefe de Impuestos llegó a la conclusión de que aquellos memoriales habían sido presentados al Consejo mucho tiempo antes del

nombramiento y posesión de Gómez en el puesto de Secretario del Departamento de Tráfico; y que por lo tanto éste no tenía por qué haber anulado las estampillas. (Informe del Jefe de Impuestos Nacionales al Administrador de Hacienda, cuaderno número 4, folios 18 a 24).

5º El 14 de noviembre Gómez basado en el hecho anterior solicitó nuevamente del Consejo que le hiciera justicia, en memorial que figura en copia a los folios 8 a 10 del cuaderno número 1.

6º El 16 de noviembre Gómez recibió la siguiente comunicación del Consejo, en la que al propio tiempo que se le da la razón en el asunto de las estampillas se le avisa que ha quedado definitivamente suspendido del cargo de Secretario del Departamento de Tráfico:

"Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales—Departamento: Administración—Número 54562/1—Bogotá, noviembre 16 de 1934.

"Señor don Antonio Gómez R.—Ciudad.

"Ref.: Su información respecto al incidente de las estampillas en la Sección de Archivo.—Lo primero es manifestar a usted la complacencia con que la Administración General ha visto que el esclarecimiento de este asunto con la intervención de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca ha conducido a la conclusión de que usted se encuentra por completo libre de responsabilidad en este pequeño pero penoso y delicado asunto, que demostró por fortuna que el delito ascendió solamente a la sustracción de siete estampillas, pero no a la falta de ellas en ningún documento de los que las requieren.

"Al propio tiempo lamento inmensamente que usted no hubiera tenido a bien dirigirse previamente a esta Superioridad en solicitud de las averiguaciones que usted pudiera estimar necesarias a fin de conseguir su justificación, conducto y procedimiento por medio de los cuales se hubiera, sin duda, llegado al mismo esclarecimiento dentro de la cordialidad acostumbrada, así como también en el orden de jerarquía natural y forma apropiada, sin perjuicios naturalmente de su derecho a recurrir, en caso de parcialidad en su contra o de denegación de justicia, a los recursos o entidades que estimara convenientes. El extraño e innecesario procedimiento adoptado por usted trajo al Consejo, como es natural, la más justificable contrariedad y desagrado.

"Aprovecho la oportunidad para significarle también la evidente inconveniencia para el buen servicio, proveniente de sus ya largas e intensas diferencias con su Jefe inmediato las cuales, como usted mismo me lo ha manifestado, quizás han podido influir en este desgraciado incidente y que vienen causando el entorpecimiento consiguiente en las funciones a cargo de ambos.

"Por último, y con pena de mi parte, debo comunicar a usted que el Consejo me ha dado instrucciones para declarar insubsistente, como lo hago, el nombramiento hecho en usted como Secretario de la Sección de Tráfico, no sin antes expresar a usted su reconocimiento por los eficaces y buenos servicios prestados en su labor.

"De usted atento, seguro servidor,

"*Jorge Páez G.*, Administrador General."

7º Esta carta es consecuencia de lo que se convino por los miembros del Consejo, según el acta de la sesión verificada en la misma fecha, y que a la letra dice:

"*Acta número 402.*—En Bogotá, a 16 de noviembre de 1934.....

. . . . . .

"7) *Cambios en el personal de las oficinas del Consejo.*—El Administrador General da cuenta del incidente ocurrido con motivo de la sustracción de unas estampillas ya usadas por parte de algún empleado del Archivo y en lo cual la Administración creyó que se encontraba complicado el Secretario del Departamento de Tráfico encargado de la anulación de las estampillas. Dice el Administrador General que efectivamente no tuvo ninguna responsabilidad el mencionado Secretario del Departamento de Tráfico, pero que en vista de la manera como se condujo durante el incidente y de los choques que han venido sucediéndose desde tiempo atrás entre el Jefe del Departamento de Tráfico y el Secretario, no cree conveniente la presencia del mencionado Secretario nuevamente en las oficinas. El Consejo autorizó para declarar insubsistente el nombramiento.

"El Presidente (firmado), *César García Alvarez*—El Secretario (firmado), *Roberto J. Herrera.*"

8º El 15 y el 20 de noviembre, respectivamente, les fue levantada a los señores Lorenzo Hernández y Enrique Guillén, por el Consejo, la suspensión de sus empleos, que les había sido impuesta el 9 de noviembre, el mismo día en que fue suspendido el señor Gómez. Se recordará que el primero desempeñaba el oficio de Cartero y el segundo era Ayudante del Archivo (folios 64 vuelto y 65, cuaderno número 3).

9º Por Resolución del 28 de enero de 1935 el Administrador del Consejo declaró definitivamente insubsistente el nombramiento del señor Guillén, después de investigar su conducta en el asunto de las estampillas. Dice así la Resolución:

"Confirmar el contenido de la nota número 54005/2 del 9 de noviembre de 1934, y declarar de manera definitiva la insubsistencia del nombramiento del señor Enrique Guillén del puesto de Ayudante Primero del Archivo del Consejo para que fue nombrado por Resolución número 1300 de 28 de julio de 1934, a causa del motivo anotado en la citada nota" (folio 19, cuaderno número 12).

Apreciación de los hechos por el demandante.

Se toman del libelo de demanda los apartes más importantes, en donde se consigna la manera como el demandante Antonio Gómez aprecia los hechos anteriores, de los cuales deduce la responsabilidad del Consejo a la luz del criterio con que él juzga tales hechos:

"18. En el asunto de las estampillas figuraron tres personas: el empleado del Archivo que las sustrajo, señor Enrique Guillén; un empleado inferior señor Lorenzo Hernández quien fue a venderlas por orden de aquél; y el suscrito a quien se pretendía deducir responsabilidad. De los tres el único despedido fue el suscrito. Los dos primeros fueron restablecidos en sus puestos a tiempo que a mí se me comunicaba la destitución.

"19. Para suspender al suscrito en su empleo 'hasta nuevo aviso' no era menester invocar falta alguna. El Consejo tiene facultad no sólo para suspender sino para remover libremente a sus subalternos.

"20. Si se suspende a un empleado 'hasta nuevo aviso', y se da como causa de la suspensión el hecho, la falta o la culpa del empleado, la suspensión tiene por objeto que durante ella se esclarézcan las cosas y se determine la responsabilidad del empleado, de modo que si se prueba la inculpabilidad de éste, se le restablezca en el empleo. En el caso de ahora, a pesar de haberse comprobado la plena inculpabilidad del suscrito, en vez de ser restablecido se le destituye.

"21. Pero, desde un principio el propósito fue el de destituirme; mas en vez de hacerlo así francamente, en ejercicio de claras facultades del Consejo, se me declaró responsable de un hecho no cometido por mí, y sobre esa declaración se basó la suspensión.

"22. Si para suspenderme y destituirme, no se requería la invocación de falta alguna, y si demostrada mi inculpabilidad, se declaró, empero, mi destitución, significa que el haber afirmado el hecho que se me imputaba y haberlo confirmado poniendo todos los medios para sostenerlo, carecía de objeto como causa de despido, pero sí perjudicó y viene perjudicando mi reputación.

"23. Entre los empleados del Consejo y de los Ferrocarriles; en la ciudad de Bogotá y fuera de ella; en las oficinas públicas, en el comercio e industrias, con los cuales el suscrito mantenía relaciones por razón de sus funciones de Secretario del Departamento de Tráfico de los Ferrocarriles, se hicieron públicos estos hechos: a) que el suscrito había sido suspendido declarándoseme responsable en parte del abuso cometido por el empleado del Archivo que sustrajo las estampillas; b) que la suspensión había sido confirmada a pesar de mis descargos; c) que después de todas las averiguaciones yo había sido destituído y los otros dos empleados habían sido restablecidos en sus puestos; d) que las decisiones del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles aparecían rodeadas de la mayor exactitud ya que en su poder estaban todos los documentos en que se apoyaban. Todo esto me viene causando un gravísimo daño moral y material en mi nombre de empleado y en mi reputación, debido a las dudas, sospechas y conceptos desdorosos a que ello ha dado lugar.

"24. El suscrito gozó siempre de la más alta reputación como empleado y como particular, por la manera como supo cumplir las obligaciones anexas a los empleos que ocupó y la escrupulosidad que inspiró en todo momento sus actos de todo género, adquiriendo en largos años de trabajo reputación de empleado honorable a carta cabal.

"25. Al decretar el Consejo mi suspensión obró a sabiendas de que yo no era responsable de la falta de anulación de las estampillas; obró a sabiendas porque es de presumir que el Consejo conoce los nombramientos que ha hecho en su personal, entre los cuales está el mío de Secretario del Departamento de Tráfico con fecha 19 de septiembre de 1933, y los memoriales de los cuales fueron desprendidas las estampillas son todos de 1932; y porque no es lógico suponer que al decretar mi suspensión y al confirmarla, el Consejo no hubiese pasado la vista por estas fechas, y al pasar la vista no hubiese encontrado que los memoriales fueron presentados mucho tiempo antes de la fecha en que me encargué de la Secretaría del Departamento de Tráfico."

Apreciación de los hechos por la parte demandada.

El Consejo de los Ferrocarriles, por conducto de su Administrador General en la contestación de la demanda aprecia los hechos relacionados de manera distinta. En términos generales esa apreciación coincide en lo sustancial con la del señor Fiscal del Tribunal, como representante de la Nación demandada, por lo cual basta que la Corte mencione lo que dice el Consejo.

Este niega la causa o razón de la demanda, "pues ésta párte del falso supuesto de que el Consejo Administrativo destituyó al demandante por haberlo declarado responsable de un acto que él supone, siendo así que expresamente en la carta número 54562/1 ya citada, en que le comunica la destitución, sienta lo contrario, y que la destitución fue hecha en el libre ejercicio de la facultad legal para organizar, seleccionar y vigilar por la formación de un personal idóneo en las oficinas centrales del Consejo y en las empresas administradas por él. El demandante ha ideado una supuesta responsabilidad para urdir este libelo de demanda haciéndose pasar por sacrificado, sin que en el fondo pueda alegar perjuicio alguno".

En cuanto al cargo del demandante (hecho 12 de la demanda) de que cuando los memoriales de los cuales fueron desprendidas las estampillas se presentaron al Consejo, él no era Secretario del Departamento de Tráfico, y no le correspondía por tanto anularlas, replica el Consejo que en el año de 1932 el actor Gómez desempeñaba un puesto en las oficinas centrales del Consejo, que era el mismo denominado más tarde *Secretario del Departamento de Tráfico,* en el que le correspondían entre otras funciones, la de estudiar los memoriales sobre exención de fletes, proponer lo que correspondiera en cada caso, y en consecuencia, anular las estampillas, que de acuerdo con la ley y demás decretos debían llevar los referidos memoriales.

Y en cuanto a la queja del demandante, de que habiendo querido esclarecer el punto tocante a la fecha de los memoriales de los cuales se arrancaron las estampillas, fechados en el año de 1932, mucho antes de que él se encargara del puesto de Secretario del Departamento de Tráfico, en el mes de septiembre de 1933, pidió al Jefe del Archivo del Consejo, señor Jaime Montoya Márquez, que le permitiera tomar las fechas de presentación de los expresados memoriales, a lo que éste empleado le manifestó que tenía orden de no mostrarlos, sin embargo de lo cual iba a consultar a la Secretaría del Consejo, y después de hacer la consulta el señor Montoya, regresó reiterándole a Gómez la misma orden (hecho 12 de la demanda); el Consejo replica así:

"En cuanto al esclarecimiento personal que pretendió hacer el reclamante, estaba fuera de lugar, pues lo natural y obvio era que se hubiera dirigido al Administrador General solicitando el esclarecimiento de los hechos, sin perjuicio de que en caso de que no hubiera sido atendida y despachada su petición, hubiera acudido a las autoridades o entidades a quienes hubiera podido solicitar la práctica de las diligencias que para el caso fueran pertinentes. En cuanto a la negativa de examinar personalmente los documentos, declaro que es reglamento en los archivos del Consejo que los documentos existentes en ellos, no pueden verse o consultarse sino mediante autorización del superior y en el caso del demandante, tratándose de documentos sobre los que se iba a hacer una investigación, se había ordenado se mantuvieran en absoluta reserva, por interés del Consejo, de las rentas nacionales y de todos los que pudieran ser responsables de los hechos que se iban a investigar."

El demandante afirma en la demanda (hecho 13), que en vista de la negativa del Consejo a dejarle tomar nota de los memoriales de donde se habían desprendido las estampillas, él dio el denuncio a la Administración de Hacienda Nacional. "Los Secretarios del Consejo manifestaron que el suscrito no podía estar presente en la visita, pero tuvieron que permitirlo porque el Jefe de Impuestos manifestó que como denunciante debía estar presente."

El Consejo replica:

"El denuncio que se hizo por el actor es un acto de completa rebeldía, al orden establecido por los reglamentos del Consejo Administrativo y su presentación por el actor impidió a la entidad hacer en forma privada la investigación, lo que produjo como consecuencia inmediata la trascendencia de los hechos al público, y los cuales por este motivo y por las actuaciones del actor adquirieron caracteres de verdadero escándalo, lo cual sin duda alguna se debió exclusivamente a la actitud asumida por el demandante, lo que determinó su destitución, como se le dijo por la Administración General en la carta número 54562/1 de fecha 16 de noviembre de 1934, según la cual, la Administración lamentó inmensamente que el actor no hubiera tenido a bien dirigirse previamente a ella en solicitud de las averiguaciones que el demandante hubiera estimado necesarias, a fin de conseguir la aclaración de los hechos y su justificación si era el caso, adoptando al efecto un procedimiento por el cual se hubiera llegado a un completo esclarecimiento de los hechos y responsabilidades, dentro de la cordialidad acostumbrada, así como también dentro del orden de jerarquía natural y en la forma apropiada, sin perjuicio, como era natural, del derecho para el actor, de recurrir en caso de parcialidad en su contra o denegación de justicia, a los recursos, entidades o autoridades que hubiere estimado conveniente. Se colocó pues el actor en abierta pugna con la Administración General, con el Secretario del Consejo y finalmente, con el Jefe del Departamento de Tráfico, quien más tarde fue atacado por vías de hecho, por otro empleado, quien, al hacerlo, manifestó, más o menos, que el motivo

para ello era, o estaba intimamente ligado, con lo ocurrido con el actor."

Por último el Consejo afirma que la "destitución del demandante no obedeció a habérsele declarado responsable de hecho alguno, sino que se ejecutó por el Consejo en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley 29 de 1931 y los reglamentos de la institución".

Apreciaciones del Tribunal sentenciador.

El Tribunal al empezar el fallo sostiene que el señor Gómez "fue suspendido en el ejercicio de sus funciones, por habérsele supuesto complicado en un hecho vergonzoso, consistente en la sustracción de estampillas de timbre nacional, las cuales habían sido adheridas a seis memoriales, sobre exención de fletes, presentados por particulares al Consejo que, aclarado posteriormente el hecho, gracias al empeño que puso Gómez y a la intervención del respectivo Administrador de Impuestos, se vino a establecer la perfecta inocencia de aquél; a quien, sin embargo, se le despidió de su empleo, alegando, para tal efecto, las diferencias que existían entre el empleado despedido y su Jefe de oficina, así como también imputándole precipitación o falta de prudencia al formular sus reclamos, cuando trató de defenderse de los cargos que se le hacían".

Luégo al estudiar la culpa del demandado, sostiene que "hubo descuido y negligencia al no estudiar y comparar la fecha de los memoriales de que, se dijo, fueron sustraídas las estampillas, por no encontrarse anuladas, comparación que ha debido hacer con la fecha en que entró a desempeñar el demandante Antonio Gómez R., el cargo de Secretario del Departamento de Tráfico, porque es indiscutible que, si hubiera mediado ese estudio y esa comparación, a buen seguro que no le imputaran ni dedujeran a Gómez la responsabilidad que, con notorio error y con flagrante injusticia, creyeron que serviría para motivar la suspensión en el desempeño de su cargo.

"Esa falta de cuidado, además, condujo al Consejo no solamente a suspender temporalmente al señor Gómez, sino que originó la imprudencia de señalar a dicho empleado, como complicado en la sustracción de aquellas especies de timbre, según se desprende del acta 402 que antes fue transcrita; cargo que, no por el hecho de haber sido recogido posteriormente por el mismo Consejo, reconociendo su irresponsabilidad, dejó de causarle agravio en su patrimonio moral y económico; imprudencia que resalta mucho más si se considera que el Consejo tuvo pleno conocimiento de que los responsables de la sustracción de las estampillas habían sido los empleados Enrique Guillén y Lorenzo Hernández (certificado-respuesta del Administrador General a las preguntas 8ª y 9ª de las posiciones; folios 9 y 10 del cuaderno 3) y que, no obstante ese convencimiento, Gómez R. fue destituído definitivamente de su puesto, mientras que a los verdaderos culpables se les restituía en sus cargos.

"Si la ley exige, pues, que en todos los actos se proceda con prudencia, cuidado, previsión y diligencia necesarios, para no causar daño a otro, y que en caso de que éste se cause, surge la obligación de indemnizar los perjuicios producidos, es claro que, habiendo sido negligente, imprudente y hasta apasionada la actitud del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, en las actividades que lo llevaron a destituír a su empleado Antonio Gómez R., imputándole el cargo injusto de hallarse *complicado* en la sustracción de unas estampillas, dicha entidad, como representante del Estado colombiano, incurrió en grave culpa civil y, por lo mismo, está en la obligación de indemnizar los perjuicios que le causó al demandante."

Apreciaciones de la Corte.

La Corte, para formular sus apreciaciones, de manera sintética recapitulará los hechos esenciales de donde el demandante deriva la acción indemnizatoria contra el Consejo de los Ferrocarriles, tal como ella entiende que esos hechos, al concluír el debate, deben mirarse, al través del prisma del juzgador, no empañado por el interés de las partes, cada una de las cuales afirma hechos, acentúa circunstancias y deduce las conclusiones que estén más de acuerdo con la causa que defiende. La misión del Juez es la del observador colocado en campo superior y distinto del de la controversia, desde donde fríamente contemple todos los pormenores de la agitada lucha de las partes en pugna, con el fin de pronunciar el veredicto que conceda la razón al que realmente la tiene, y no simplemente a la parte que crea sinceramente tenerla, pues esa convicción es natural en quien somete como demandante o demandado su causa a los azares del debate judicial.

En el presente caso los hechos que han originado el debate son muy sencillos. Así los ve la Corte, no obstante el volumen del expediente, sobrepasado de lo normal, debido al empeño de las partes por demostrar hechos que ellas han creído de vital importancia para su causa, pero que para el juzgador, desde su ángulo especial de observación y análisis de conjunto, o son secundarios o carecen totalmente de importancia.

Para la Corte los hechos básicos de la acción, que ya están relatados en todos sus pormenores

en la primera parte de este fallo, deben resumirse y puntualizarse sencillamente así:

1º Que el Consejo de los Ferrocarriles en su carta del 9 de noviembre de 1934 le hizo el cargo al señor Antonio J. Gómez, su empleado, de que por haber omitido el deber legal de anular unas estampillas, en seis memoriales presentados sobre exención de fletes en los ferrocarriles, se había hecho responsable, o había dado ocasión a que un empleado del Archivo, aprovechando la circunstancia de que las estampillas estaban sin anular, cometiera el abuso de arrancarlas de los memoriales con el fin de aprovechar su valor; por cuyo motivo el Consejo suspendió a Gómez en su empleo;

2º Que el mismo día el Consejo suspendió también tanto al empleado del Archivo que había confesado ser el autor de la sustracción y aprovechamiento de las estampillas, como al Cartero o mandadero del Consejo por cuyo conducto aquél las vendió.

3º Que el Consejo, no obstante el reclamo de Gómez contra el motivo en que se fundaba para suspenderlo, y sus alegaciones apoyadas en la ley fiscal, de que a él no le pudo corresponder el deber de anular las estampillas en los seis memoriales, porque cuando éstos se presentaron al Consejo, Gómez no había sido designado aún en el cargo de Secretario del Departamento de Tráfico, el Consejo no lo atendió y fue necesario que interviniera la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, por conducto del Jefe de Impuestos Nacionales, quien le dio la razón a Gómez.

4º Que en vista del resultado de la inspección practicada por el Jefe de Impuestos Nacionales en el archivo del Consejo, y especialmente sobre los seis memoriales en que faltaban las estampillas, el Consejo le dirigió a Gómez con tres objetos: 1º para manifestarle "la complacencia con que la Administración General ha visto que el esclarecimiento de este asunto con la intervención de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca ha conducido a la conclusión de que usted se encuentra por completo libre de responsabilidad" con cuya manifestación el Consejo le levantó a Gómez el cargo de abandono del deber que le había hecho en la primera carta; 2º para reclamarle por el procedimiento que adoptó Gómez de hacer intervenir a la Administración de Hacienda, prescindiendo de dirigirse previamente al Consejo en solicitud de las averiguaciones correspondientes, "que usted pudiera estimar necesarias a fin de conseguir su justificación, conducto y procedimiento por medio de los cuales se hubiera, sin duda, llegado al mismo esclarecimiento dentro de la cordialidad acostumbrada"; y 3º para notificarle que quedaba definitivamente suspendido del cargo, por causa de "la evidente inconveniencia para el buen servicio, proveniente de sus ya largas e intensas diferencias con su Jefe inmediato las cuales, como usted mismo me lo ha manifestado, quizá han podido influir en este desgraciado incidente y que vienen causando el entorpecimiento consiguiente en las funciones a cargo de ambos"; agregando que el Consejo le expresaba "su reconocimiento por los eficaces y buenos servicios prestados en su labor".

5º Que por los mismos días en que el Consejo le notificó a Gómez su cesación definitiva del empleo, fueron vueltos a sus puestos los señores Guillén y Hernández, pero Guillén fue luégo destituído por haber quedado confirmado el cargo de ser el responsable de la sustracción de las estampillas en los seis memoriales.

En consecuencia de acuerdo con los hechos anteriores el Consejo de los Ferrocarriles sólo le imputó a Gómez el cargo de omisión de sus deberes, al dejar de anular las estampillas de los seis memoriales presentados en el año de 1932. No le imputó ningún hecho delictuoso. Afirmó que por la anotada falta de anulación de las estampillas, un empleado del Archivo se había aprovechado de éstas, arrancándolas. Leyendo detenidamente la carta del 9 de noviembre, en que se formula la imputación de que se queja el demandante Gómez, no encuentra la Corte la imputación de ningún hecho escandaloso, conforme califícalo el Tribunal. Porque el hecho de advertirle a un empleado particular o público, con razón o equivocadamente, que por causa de haber faltado a un deber en el ejercicio de sus funciones, otra persona se ha aprovechado de ello para cometer un delito o un abuso, no es imputarle al empleado la comisión del delito.

Además, no debe perderse de vista, y este es un hecho esencial, del cual muy poco mérito hace el Tribunal, que el Consejo en su nueva carta del 16 de noviembre, siete días después de la primera, rectificó completamente el cargo y le dio toda la razón a Gómez en lo tocante a la anulación de las estampillas. El Consejo convino, a virtud de la visita practicada por el Jefe de Impuestos, que Gómez no había cometido ninguna falta y que por lo tanto se encontraba libre de toda responsabilidad en el asunto de las estampillas.

Cuando una persona lanza un cargo que sea efectivamente lesivo de la buena fama y reputación de otra, pero luégo lo rectifica por el mismo medio de que se ha valido para formular el cargo y, con la necesaria prontitud para limitar su difusión en el público, no se ve la razón para deducir de allí una acción de responsabilidad civil indemnizatoria, por el sencillo motivo de que el daño que se cause ha sido reparado oportunamente y en debida forma.

Este es el caso del Consejo de los Ferrocarriles con el señor Gómez, con la diferencia de que a éste se le imputó haber omitido el cumplimiento de uno de sus deberes en el cargo que desempeñaba; en manera alguna un hecho delictuoso que fuera en desmedro de su fama de hombre honrado.

Y el que el Consejo se viese obligado a rectificar por obra de la intervención del Jefe de Rentas, podrá ser un irregular proceder del Consejo, pero no alcanza a constituír culpa generadora de daño, pues de todas maneras dada de buen o mal grado, la rectificación cumplió satisfactoriamente su objeto, que era el de testimoniar que el cargo de olvido o negligencia en el cumplimiento de un deber inherente al puesto que desempeñaba Gómez en el Consejo, era infundado y se retiraba.

Tal como la Sala aprecia el desarrollo de los hechos, observa que no existía ningún fundamento para que entre los empleados del Consejo y los relacionados y amigos del señor Gómez, se divulgase el rumor de que él había sido retirado del empleo por estar complicado en el robo de las estampillas. Y si ese rumor se divulgó, como lo afirman los testigos traídos por el demandante, éste tuvo un medio demasiado fácil de anularlo, con la carta de despido, en la que luégo de declararlo libre de toda responsabilidad en el incidente de las estampillas se le informa que la causa del retiro obedece a sus desacuerdos y falta de entendimiento con su jefe inmediato.

La acusación que se le hizo a Gómez no daba pie a nadie para pensar que él hubiera sido autor o cómplice en la sustracción de las estampillas. Empero, si inicialmente pudo haber algún equívoco, la luz se hizo y el punto lo aclaró completamente el mismo Consejo en el momento de separarlo definitivamente del empleo, mediante la carta de retiro, en la cual el demandante tenía un arma poderosa para desbaratar cualquier conseja en el círculo de sus conocidos y relacionados.

Después de la mencionada carta de despido, a nadie que la leyera podía caberle duda de dos cosas: primero, que Gómez estaba libre de toda responsabilidad directa o indirecta en el incidente de las estampillas; y segundo, que no obstante ser un buen empleado que había prestado eficaces y buenos servicios en la administración de los ferrocarriles, el Consejo lo retiraba debido a sus desacuerdos y enemistad existente entre él y su superior inmediato, el Jefe del Departamento de Tráfico, señor Enrique Pérez.

Con esta carta, que es un certificado de buena conducta, el señor Gómez estaba en capacidad de desvanecer cualquier mal entendimiento que entre los empleados del Consejo y sus conocidos y relacionados se le hubiese podido dar a la actitud de dicha entidad cuando nueve días antes lo declaró en suspensión temporal, juntamente con los dos empleados de menor categoría, sindicados de la sustracción de las estampillas; y era una obligación de su parte desbaratar antes que creciera, con esa carta, el rumor que corrió de que a él se le había destituido por hallarse complicado en el robo de las estampillas; y si ese rumor, no obstante la categórica rectificación del Consejo, prosperó, de ese hecho es imposible deducir ninguna responsabilidad civil, porque no se debe a descuido o negligencia de aquel organismo en aclarar oportunamente un procedimiento que inicialmente pudo parecer o presentarse equívoco, sino a la interpretación caprichosa de terceros, de lo cual ya nadie es responsable.

El demandante reconoce en la demanda que el Consejo tenía la facultad legal de removerlo del puesto, aun sin necesidad de alegar causal ninguna. Y eso es evidente. El Consejo de los Ferrocarriles tiene por virtud de la misma ley que lo creó la facultad de libre nombramiento y remoción de sus empleados. De manera que del hecho en sí de despedir al señor Gómez, alegando, fundada o infundadamente, motivos relacionados con el orden interno de las oficinas, no se le puede deducir ninguna clase de responsabilidad civil, porque tal procedimiento no alcanza a constituír siquiera un abuso del derecho.

En el presente caso la acción del actor descansa sobre dos pilares fundamentales, que él ha tratado de unir y combinar a efecto de darle robustez al derecho alegado: de un lado el procedimiento que el Consejo empleó para suspenderlo del cargo; y de otro lado, la destitución. El primero, aunque como está visto no implicaba en realidad ninguna imputación desdorosa o "escandalosa", sino simplemente la anotación de la falta de cumplimiento de una función, fue oportunamente corregido, con el reconocimiento contenido en la carta del 16 de noviembre, que rectificó la anterior del día 9; y el segundo, la destitución, fue un acto que el demandado realizó en ejercicio de una facultad legal, y que aunque se hubiera consumado alegando causas irreales, carece de efectos en orden a comprometer la responsabilidad civil del Estado.

Fundada o infundada la causa del despido del señor Gómez consistente en la falta de armonía y acuerdo que existía entre él y el señor Enrique Pérez, su jefe, y en la contrariedad y el desagrado que al Consejo le produjo la conducta de aquél de requerir la intervención de la Administración de Hacienda Nacional para averiguar lo concerniente a las estampillas, lo cierto es que el Consejo procedió en ejercicio de una facultad legal que carece de limitaciones por ausencia de

un verdadero estatuto de carrera administrativa que impida que el empleado público sea removido de su cargo sin causa justificada.

La Corte considera que al demandado podrá asistirle razón en cuanto a que el Consejo extremó con él su rigor, pues si como el mismo Consejo lo reconoció, Gómez era un buen empleado, había podido trasladarlo a otra oficina para remediar los inconvenientes de que continuara trabajando al lado de un jefe con el cual estaba totalmente enemistado. Pero de que a Gómez no se le guardaran las consideraciones que su buen comportamiento merecía, es hecho que no alcanza a comprometer la responsabilidad civil de la Nación para obligarla a indemnizar perjuicios.

Conclusión de todo lo expuesto, es la falta de solidez legal de la acción instaurada por el demandante.

Demanda de reconvención.

El Consejo de los Ferrocarriles contrademandó al señor Antonio J. Gómez, para que se hagan contra él las siguientes declaraciones:

"Primero. Que mi demandado es responsable civilmente de haber omitido comunicar a todas las empresas a que correspondía, la Resolución ejecutiva número 16, de fecha 15 de febrero de 1934, que decretaba unas rebajas en algunos numerales de las tarifas de fletes correspondientes a empresas férreas de las que, por ser de propiedad de la Nación, administra la entidad denominada *Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales* cuya personería represento;

"Segundo. Que el referido señor Antonio J. Gómez R., debe ser condenado a restituir y pagar al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, las sumas de dinero que devuelva la entidad que represento por causa de los reclamos que mi demandado, como apoderado de varios comerciantes ha presentado, apoyándose en que no habiendo sido liquidados los fletes de acuerdo con la Resolución ejecutiva arriba citada, o sea, que hay un error en las liquidaciones de fletes de los artículos cuya tarifa fue rebajada.

"Tercero. Que se declare igualmente en el fallo que ponga fin a esta demanda de reconvención, que el señor Gómez R., ya citado, está obligado a pagar al Consejo las sumas de dinero que por peritos sean fijadas, como monto de la indemnización civil correspondiente y que sufra la entidad que represento, con motivo de la omisión en que incurrió, según parece, voluntaria y deliberadamente el actor, puesto que dio el aviso a unas empresas y a otras nó, al no comunicar la Resolución ejecutiva sobre rebajas, a que se hizo referencia en el punto 1º de esta demanda, en su condición de Secretario del Departamento de Tráfico del aludido Consejo Administrativo.

"En caso de que no se hagan por ese honorable Tribunal, conjunta o separadamente ninguna de las tres declaraciones principales que dejo anteriormente enumeradas, pido muy respetuosamente se le condene en subsidio a devolver al Consejo Administrativo la suma de un mil cuarenta y siete pesos veintidós centavos ($ 1.047.22) moneda corriente, que indebidamente se le pagaron a título de auxilio de excedencia, el cual sólo se paga a los empleados que dejan el servicio por causas distintas de mala conducta, y el demandado incurrió en causales de esta especie, por haber faltado a sus obligaciones como Secretario del Departamento de Tráfico, al omitir comunicar a las empresas la Resolución ejecutiva número 16 de 15 de febrero de 1934, citada en el punto primero de esta reconvención, auxilio que se decretó por el Consejo antes de que se conociera la omisión en referencia, y de acuerdo con lo reglamentado para estos casos por las Resoluciones números 55 y 70 de 1932, dictadas por el Consejo en uso de sus atribuciones legales sobre reglamentación interna, que en copia autenticada acompaño a este libelo."

El Tribunal sentenciador resume en los siguientes párrafos el fundamento de hecho de la contrademanda:

"Los cargos fundamentales que se le hacen a Gómez, por la dicha demanda, el Tribunal cree entenderlos del modo que va a expresarse:

"El 15 de febrero de 1934, bajo el número 16, dictó el Presidente de la República una Resolución que, a la letra dice:

'Aprobar la siguiente modificación a la tarifa de fletes del Ferrocarril de Girardot-Tolima-Huila, propuesta por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Las galletas, confites, dulces y pastas alimenticias de fabricación nacional se aforarán en la 7ª clase de la tarifa vigente, o sea a $ 0.06 por tonelada-kilómetro entre Facatativá y San Joaquín y a $ 0.05 por tonelada-kilómetro en el resto de la línea. La modificación que precede regirá desde la fecha que determine el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Comuníquese, etc.'

"El señor Gómez, empleado entonces en el Departamento de Tráfico del Consejo, y en ausencia del señor Jefe de dicho Departamento, tenía obligación de comunicar las modificaciones de las tarifas, a las empresas ferrocarrileras, de acuerdo con el sistema empleado por el Consejo.

"Según ese sistema la comunicación debía hacerse a todas las empresas.

"Gómez se limitó a comunicar, la modificación de que trata la Resolución arriba copiada,

únicamente a la empresa que allí mismo se menciona, y a la Oficina de Ajustes, pero no la comunicó a todas las demás empresas administradas, que eran: Ferrocarril Central del Norte (en sus dos secciones), Ferrocarril de Girardot-Tolima-Huila, Ferrocarril del Pacífico, Ferrocarril de Nariño, y a las empresas asociadas para transportes directos o en combinación con los ferrocarriles nacionales, representadas por la Oficina de Ajustes, que funciona en esta ciudad.

"De acuerdo con lo alegado, dícese que Gómez incurrió en responsabilidad civil de omisión en el ejercicio de los deberes de su cargo y debe ser condenado a pagar determinadas sumas por este concepto."

El mismo Tribunal para desechar la contrademanda expuso lo siguiente, que la Corte acoge, ya que en esta segunda instancia el Consejo no ha insistido guardando silencio alrededor de la referida acción:

"Para el Tribunal es suficiente investigar, con el fin de saber si el cargo es, o nó, fundado, el sistema empleado por el Consejo, al respecto.

"Durante la secuela del juicio se practicó una cuidadosa prueba de peritos que dictaminaron, después de minucioso examen, dando las razones de su concepto, resumido en dos conclusiones, a saber:

"Primera. En el primer período, de enero de 1932 a septiembre de 1933, anterior al desempeño por el señor Antonio Gómez R. del cargo de Secretario del Departamento de Tráfico del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, no se siguió un solo y único sistema para comunicar las resoluciones sobre tarifas de fletes y pasajes en los ferrocarriles que administra el Consejo, pero el sistema más uniforme fue el seguido con las resoluciones comunicadas con notas que llevan las iniciales del señor Antonio Gómez R., sistema que fue el mismo seguido con la Resolución ejecutiva número 16 de 15 de febrero de 1934. En los extractos de este primer período se pueden verificar aquellas resoluciones en las cuales no se siguió ese solo y único sistema y que llevan las iniciales A. G. R., R. J. H., M. S. U. o I. C. C.

"Segunda. En el segundo período de 1º de octubre de 1933 a 9 de noviembre de 1934, en el que el señor Antonio Gómez R. desempeñó el cargo de Secretario del Departamento de Tráfico del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, éste siguió un solo y único sistema —el mismo seguido con la Resolución ejecutiva número 16 de 15 de febrero de 1934— para comunicar las resoluciones sobre tarifas de fletes y pasajes en los ferrocarriles que administra el Consejo. Todas las comunicaciones de este período llevan las iniciales del señor Antonio Gómez R."

"El dictamen, cuyas conclusiones acaban de insertarse, aparece firmado por los expertos, debidamente nombrados, y posesionados, señores Gregorio Garavito y Jesús Antonio Uribe; presentado al Tribunal el 21 de febrero de 1936, se corrió el traslado que manda la ley, por auto del 12 de marzo siguiente, notificado regularmente, sin que las partes lo hubieran objetado.

"La materia sobre que versa el dictamen es susceptible de esta prueba.

"Reúne las características del artículo 722 del Código Judicial.

"El Tribunal la recibe como plena, y de acuerdo con ella decide que es injusto el cargo que se pretende deducir al demandante, en la demanda de reconvención, la cual habrá de declararse no probada."

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, *resuelve* de la siguiente manera el recurso de apelación pendiente en este proceso:

1º *Revócanse* los numerales *primero* a *quinto* de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, y en su lugar se *absuelve* a la Nación y al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, de la acción deducida contra esas entidades en el libelo de demanda de Antonio J. Gómez R.; y

2º *Confírmase* el numeral sexto de la parte resolutiva de la misma sentencia, recaído a la demanda de reconvención.

No hay costas ni en la primera ni en la segunda instancia.

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

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Acción petitoria de pago de perjuicios por los ocasionados en la tragedia de aviación del Campo de Santa Ana.

1. Es doctrina de la Corte en sus dos Salas Civiles, de Casación y de Negocios Generales, la de que en el daño moral son perjuicios avaluables e indemnizables los que se concretan de un modo objetivo, y que los puramente subjetivos escapan a la regla general de avalúo e indemnización, porque la naturaleza de estos últimos no permite aplicarles sus normas; y que por ordenamiento del artículo 95 del Código Penal el Juez Civil, en los casos de daño moral subjetivo, puede reconocer al lesionado, a título de satisfacción por el quebrantamiento de su derecho, aunque no de indemnización, una cantidad hasta de $ 2.000.00.

(Lo demás de la doctrina a que alude la Corte se encuentra extractado al principio del fallo a que ésta misma se refiere).

2. El Juez, al fallar, debe contemplar las circunstancias que configuran entonces el hecho sometido a su decisión. Y si se trata de daños, hay que tener en cuenta el daño inicial, el que se produce al momento del accidente, y los que hayan sido su consecuencia, aumentándolo o agravándolo, hasta el día del fallo; y viceversa, lo que lo disminuya o atenúe; la curación de un enfermo, su agravación, su muerte. Si la indemnización que se reclama tiene como fundamento unas lesiones o heridas que se causaron inicialmente, pero que han desaparecido al tiempo de fallar, esa modificación en la entidad del daño habrá de tenerla en cuenta el Juez para no condenar al responsable como si las heridas existiesen y se prolongasen en el porvenir; desaparecidas las lesiones, el perjuicio futuro no existe, ha cesado y tan sólo deberá repararse el que antes se ocasionó. Del mismo modo, si antes del fallo ocurre la muerte del lesionado, habrá lugar posiblemente a que sus deudos reclamen el perjuicio que se causa a ellos con la cesación de esa vida; ellos podrán reclamar que la justicia ordene indemnizarles del perjuicio que reciben y del que van a recibir en el futuro por la falta de asistencia económica de la persona que falleció. Es este un nuevo daño a terceros, distinto del que se venía causando al herido antes de morir, y por el que los terceros podrían demandar indemnización. Y así, es impropio decir que su sucesión ilíquida pueda reclamar un derecho de resarcimiento que no estuvo en los medios jurídicos de esa persona adquirir; no incorporado tal pretendido derecho en el patrimonio del causante, tampoco pudo pasar a la sucesión, sencillamente porque no se puede transmitir aquello que no se tiene.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, trece de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Por medio de apoderado el doctor José de Jesús Pulecio demandó a la Nación, en su propio nombre y en el de su hija menor Gloria Pulecio Mahecha, ante el Tribunal Superior de Bogotá, para que en juicio ordinario se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que la Nación es responsable y debe pagar al doctor José de Jesús Pulecio, seis días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio los perjuicios tanto materiales como morales ocasionados al demandante por razón de la muerte de su esposa, la señora Ana Julia Mahecha de Pulecio, ocurrida el 24 de julio de 1938, a consecuencia del siniestro de aviación que tuvo lugar el día citado, en el Campo de Marte o Santa Ana, situado en jurisdicción del Municipio de Usaquén, perjuicios que serán tasados por peritos en el término probatorio de este juicio.

"Segunda. Que la Nación es responsable y debe pagar al doctor José de Jesús Pulecio, seis días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio, los perjuicios, tanto materiales como morales ocasionados al demandante por razón de la muerte de sus menores hijos llamados Lilia, Alberto y Germán Pulecio Mahecha, ocurridas, la primera, el 24 de julio de 1938, a consecuencia del siniestro de aviación que tuvo lugar el 24 de julio de 1938, en el Campo de Marte o Santa Ana, situado en jurisdicción del Municipio de Usaquén, perjuicios

que serán tasados por peritos en el término probatorio de este juicio.

"Tercera. Que la Nación es responsable y debe pagar a la menor Gloria Pulecio Mahecha, representada por su padre, doctor José de Jesús Pulecio, seis días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio, los perjuicios tanto materiales como morales, ocasionados a la citada menor por razón de la muerte de su madre, la señora Ana Julia Mahecha de Pulecio, y de sus hermanos Lilia, Alberto y Germán Pulecio Mahecha, ocurridas el 24 de julio de 1938 las dos primeras, y el 25 del mismo mes de julio las dos últimas, ocasionadas a consecuencia del siniestro de aviación que tuvo lugar el 24 de julio de 1938, en el Campo de Marte o Santa Ana, situado en jurisdicción de Usaquén, perjuicios que serán tasados por peritos, en el término probatorio de este juicio.

"Cuarta. Que la Nación es responsable y por ello debe pagar a las sucesiones ilíquidas de Alberto y Germán Pulecio Mahecha, representadas por el padre de dichos menores, doctor José de Jesús Pulecio, seis días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio, el valor de los perjuicios morales y materiales recibidos por dichos menores por causa y con ocasión de la muerte de su madre señora Ana Julia Mahecha de Pulecio, fallecida a consecuencia del siniestro de aviación que tuvo lugar el 24 de julio de 1938 en el Campo de Marte o Santa Ana, jurisdicción del Municipio de Usaquén, perjuicios que serán avaluados por peritos en el curso del juicio."

De los hechos aducidos como fundamento de la demanda destaca éstos la Sala:

"3º El Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Guerra, ordenó y ejercitó en el Campo de Marte o Santa Ana, situado en jurisdicción del Municipio de Usaquén, en las horas de la mañana del día 24 de julio de 1938 una revista militar en la que debía tomar parte, con pruebas de acrobacia el Cuerpo de Aviación Militar.

"5º Al hacer las maniobras aéreas el Cuerpo de Aviación Militar el avión marca Hawk número 826, piloteado por el Teniente del Ejército César Abadía se precipitó en forma inesperada contra la tribuna destinada al Cuerpo Diplomático y cayó sobre el terreno adyacente a dicha tribuna causando la muerte y heridas de muchas personas que presenciaban la revista.

"6º Entre las personas que murieron a consecuencia del siniestro citado en el punto anterior, se encuentran la señora Ana Julia Mahecha de Pulecio y los menores Alberto, Germán y Lilia Pulecio Mahecha.

"7º Las personas citadas en el punto anterior, todas fueron gravemente heridas y quemadas con la gasolina que arrojó el avión y fueron trasladadas por los policías o soldados encargados del salvamento a la Clínica de Marly.

"8º El mismo día 24 de julio de 1938 fallecieron a consecuencia de las quemaduras y heridas en la Clínica de Marly, la señora Ana Julia Mahecha de Pulecio y su menor hija Lilia Pulecio Mahecha, y al día siguiente fallecieron en la misma Clínica, a consecuencia de las quemaduras y heridas que recibieron los menores Germán y Alberto Pulecio.

"9º El hogar del doctor José de Jesús Pulecio fue modelo y estaba compuesto de él, su esposa y sus cuatro hijos menores.

"10º La muerte de la señora Ana Julia Mahecha de Pulecio y de los menores Lilia, Germán y Alberto Pulecio Mahecha causó graves perjuicios tanto materiales como morales al doctor José de Jesús Pulecio, hasta el punto de que prácticamente quedó terminado su hogar.

"11º Hoy el doctor José de Jesús Pulecio, distinguido médico cirujano de la capital, se encuentra en una situación muy anómala, porque ha tenido que desatender en gran parte su numerosa clientela, para consagrarse, hasta donde le es posible al cuidado y atención de su menor hija Gloria Pulecio Mahecha."

La primera instancia del juicio terminó por sentencia del Tribunal que declaró la responsabilidad de la Nación y su condena a indemnizar perjuicios así:

1º La Nación colombiana es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales sufridos por el doctor José de Jesús Pulecio y por la menor Gloria Pulecio Mahecha, a consecuencia de la muerte de la señora Ana Julia Mahecha de Pulecio y de los menores Lilia, Alberto y Germán Pulecio Mahecha, causada por las lesiones que ellos recibieron el 24 de julio de 1938, cuando el avión militar que piloteaba el Teniente de la Aviación César Abadía, se estrelló sobre la multitud que presenciaba las maniobras militares en el Campo de Santa Ana.

2º En tal virtud, condénase a la Nación:

A) A pagar al doctor José de Jesús Pulecio la cantidad de ocho mil pesos ($ 8.000.00) moneda corriente a título de reparación del daño moral meramente subjetivo ocasionado por la muerte de su esposa y de sus tres hijos.

B) A pagar al doctor José de Jesús Pulecio los perjuicios patrimoniales que sufrió a consecuencia de la muerte de su cónyuge, cuyo importe se tasará según el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

C) A pagar a la menor Gloria Pulecio Mahecha la cantidad de tres mil quinientos pesos ($ 3.500.00) moneda corriente a título de repa-

ración del daño moral causado por la muerte de su madre y de sus hermanos.

D) A pagar a la menor Gloria Pulecio Mahecha los perjuicios materiales que recibió a consecuencia de la muerte de su madre, que se liquidarán por el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial.

3º Niéganse las demás declaraciones y peticiones solicitadas.

4º No se hace condenación en costas."

La sentencia del Tribunal fue pues favorable en forma general a la demanda, porque condenó a la Nación a pagar a los demandantes José de Jesús Pulecio y Gloria Pulecio "los perjuicios materiales y morales" sufridos por ellos "a consecuencia de la muerte de Ana Julia Mahecha de Pulecio y de Lilia, Alberto y Germán Pulecio Mahecha". Pero al concretar la condena sólo reconoce al doctor Pulecio la cantidad de $ 8.000.00 por concepto de daño moral subjetivo y los perjuicios patrimoniales que se demuestren por el procedimiento establecido en el artículo 553 del Código Judicial, limitados, letra B de la parte resolutiva, a las consecuencias de la muerte de la cónyuge del doctor Pulecio; y a Gloria Pulecio la suma de $ 3.500.00 también por daño moral subjetivo y los perjuicios materiales que se demuestren por el mismo procedimiento, limitados, letra D, a los perjuicios por la muerte de la madre de la menor Gloria. Es decir, que el fallo limita el daño moral al subjetivo y no admite la existencia de daño moral objetivado y que para el material excluye como causa de él la muerte de los menores Lilia, Alberto y Germán. De otro lado, al negar las demás peticiones de la demanda, niega el fallo la del punto *cuarto*, en el que se reclama para las sucesiones ilíquidas de Alberto y Germán Pulecio "los perjuicios morales y materiales recibidos por dichos menores por causa y con ocasión de la muerte de su madre señora Ana Julia Mahecha de Pulecio".

De la referida sentencia apelaron ambas partes por medio de sus representantes en el juicio.

En la Corte el asunto recibió la tramitación propia de esta instancia y durante el término probatorio se produjeron varias pruebas a solicitud de los demandantes. En los alegatos de conclusión, tanto el señor Procurador Delegado en lo Civil, como el señor abogado del doctor Pulecio y de su menor hija presentan interesantes argumentaciones, en cuyo examen se detiene la Sala, para llegar después a las conclusiones que estima jurídicas.

* * *

El señor Procurador acepta el fallo de primera instancia con dos salvedades: la una referente a la cuantía de la indemnización reconocida por el Tribunal en concepto de daño moral no objetivado, que fija en las sumas de $ 8.000.00 para el doctor Pulecio y de $ 3.500.00 para la menor Gloria Pulecio Mahecha y que comprenden las que corresponden a las cantidades referentes al daño recibido por el padre y la hija a consecuencia del fallecimiento de cada uno de sus deudos; pues estima la Procuraduría que la indemnización no puede ser acumulativa y llegar a exceder del máximo de dos mil pesos fijado en el artículo 95 del Código Penal.

Al estudiar la Sala más adelante la crítica que el señor abogado de los actores le hace a la doctrina sentada ya por la Corte respecto a la limitación en la cuantía del daño moral subjetivo, de conformidad con la norma del artículo 95 del Código Penal, se referirá también al primer reparo del señor Procurador aquí relacionado.

El otro reparo al fallo materia de la apelación, que presenta el señor Procurador, favorece los intereses eventuales de la parte demandada, pues expresa, en cuanto a los perjuicios morales objetivados cuya indemnización pide el doctor Pulecio, que "esta segunda instancia arroja datos para una revaluación de las conclusiones de la primera".

* * *

El doctor Rafael Ruiz Manrique, apoderado de los demandantes, presenta un extenso e interesante estudio de varios tópicos relacionados con la materia jurídica contemplada en la sentencia del Tribunal, a los cuales se refiere la Corte en seguida con la extensión que obligadamente requiere el examen de los varios puntos tratados por el señor abogado.

En la parte final de su alegato concreta así su petición:

"Las consideraciones que dejo hechas como fundamento del recurso me permiten solicitar respetuosamente de la honorable Corte la modificación de la sentencia apelada en los siguientes puntos:

"a) Que en capítulo especial de la parte resolutiva se condene a la Nación al pago de los perjuicios morales objetivados que se causaron al doctor José de Jesús Pulecio y a su menor hija Gloria Pulecio Mahecha, con motivo de la muerte de las cuatro personas que fallecieron en el accidente;

"b) Que se condene igualmente a la Nación, como fue solicitado en la demanda, al pago de los perjuicios materiales causados a mis demandantes (sic) con motivo de la muerte de los menores Lilia, Alberto y Germán Pulecio Mahecha, y

"c) Que se condene a la Nación al pago de los perjuicios materiales y morales recibidos por

las sucesiones ilíquidas de Alberto y Germán Pulecio Mahecha con ocasión de la muerte de la señora Ana Julia Mahecha de Pulecio, ocasionada en el siniestro."

El señor abogado reclama el pago a sus mandantes de perjuicios morales objetivados con motivo de la muerte de las personas que fallecieron en el accidente, punto éste que coincide al parecer, cuando menos en parte, con los perjuicios patrimoniales reconocidos *in genere* en el fallo. Pide además el doctor Ruiz Manrique dos declaraciones adicionales, que no contiene la sentencia y que él indica bajo las letras b) y c) de la conclusión de su escrito ya inserta. En la letra b), que no se limite el perjuicio reconocido por el Tribunal a favor de los demandantes, a los daños causados con el fallecimiento de la señora Ana Julia Mahecha de Pulecio, sino que se extienda a los que provengan de la muerte de los niños Lilia, Alberto y Germán Pulecio. En la letra c), que se declare la existencia de perjuicios materiales y morales recibidos por las sucesiones ilíquidas de Alberto y Germán Pulecio con origen en la muerte de la señora Ana Julia Mahecha de Pulecio.

Clarificados, en la forma que se ha visto, el contenido de la sentencia apelada y los propósitos que en la segunda instancia persiguen el señor Procurador Delegado y el señor abogado de los demandantes, entra la Sala al estudio necesario para dictar sentencia.

La responsabilidad de la Nación.

No es preciso repetir aquí las consideraciones de orden jurídico que la Corte ha hecho en numerosos fallos referentes a la responsabilidad de la Nación en el siniestro aéreo ocurrido el 24 de julio de 1938, en el Campo de Santa Ana, Municipio de Usaquén, para afirmar su convicción actual de que ella debe responder de los daños que por motivo de ese accidente se hayan producido y se comprueben en la forma que exige la ley. A lo expresado en dichos fallos sobre la responsabilidad del Estado se remite ahora la Corte.

Los perjuicios morales, subjetivos y objetivados, reclamados por los demandantes José de Jesús Pulecio y Gloria Pulecio.

Antes de hacer la Corte el examen adecuado para deducir lo que corresponda en este aspecto del perjuicio que se reclama, y como el doctor Ruiz Manrique critica la doctrina jurisprudencial que la Corte tiene sentada en materia de daño moral y su reparación, la que considera equivocada e injurídica, toma en cuenta la Sala, como es debido, los reparos que se formulan, y pasa para ello en seguida a la consideración de este tópico general y doctrinario, para volver luégo al caso de la controversia en el presente litigio.

El daño moral y su reparación.

Es doctrina de la Corte en sus dos Salas Civiles, de Casación y de Negocios Generales, la de que en el daño moral son perjuicios avaluables e indemnizables los que se concretan de un modo objetivo, y que los puramente subjetivos escapan a la regla general de avalúo e indemnización, porque la naturaleza de estos últimos no permite aplicarles esas normas; y que por ordenamiento del artículo 95 del Código Penal el Juez Civil, en los casos de daño moral subjetivo, reconoce al lesionado, a título de satifacción por el quebrantamiento de su derecho, aunque no de indemnización, una cantidad hasta de $ 2.000.00.

Previamente a la consideración por la Sala de los reparos que a esa doctrina le hace el señor abogado de los demandantes, trae aquí la exposición sintética de ella, tomándola de otros fallos, particularmente del que aparece publicado en la *Gaceta Judicial* número 1991, páginas 548 y siguientes.

La ley civil previene que el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización. Daño es toda lesión en el patrimonio, y éste comprende bienes materiales y morales, derechos patrimoniales propiamente dichos y derechos extrapatrimoniales. Cualesquiera que sean los derechos que ese daño afecte, procede la acción de responsabilidad civil.

Pero no han estado de acuerdo los expositores de derecho acerca de la posibilidad jurídica de reparar o compensar económicamente el daño subjetivo. Hay jurisprudencia de tribunales franceses que consagra la reparación pecuniaria compensatoria del dolor de afección, el *pretium doloris*. Mas si se busca una explicación doctrinaria en los autores que comentan la materia y que se refieren a esos fallos jurisprudenciales, resulta, o bien que al defender esa tesis presenten argumentos que comprenden a un mismo tiempo las dos especies de daño moral, el subjetivo y el objetivo, o bien, que por sus razonamientos no demuestran haberse detenido a espacio en la parte esencial del problema.

Colin y Capitant forman en el primer grupo y dicen, replicando a quienes protestan por el reconocimiento de una reparación pecuniaria en razón de daños morales, por resultar arbitraria su estimación en dinero, que no niegan el fundamento de la crítica, pero que les parece más chocante que ninguna reparación pueda darse por la perturbación moral que haya experimentado la víctima, y citan los artículos 45 y 47

del Código suizo de las obligaciones, que conceden expresamente el derecho a indemnización por el dolor de afección, disponiendo que si "a consecuencia de la muerte de la víctima quedan otras personas privadas de su sostén, hay que indemnizarlas también de esta pérdida" (artículo 45), y que (artículo 47) "el Juez puede, teniendo en cuenta las circunstancias particulares, conceder a la víctima de las lesiones corporales, o, en caso de muerte de un hombre, a la familia, una indemnización equitativa a título de reparación moral". Obsérvese que tanto los preceptos presentados como fundamento a reclamar indemnización por el dolor de afección, como los autores que los citan, parecen referirse evidentemente al daño moral de afección, pero en cuanto ese daño se objetiva, puesto que se habla allí del caso en que unas personas quedan "privadas de su sostén", por la muerte de otra, relación ésta de carácter patrimonial, que no es daño moral subjetivo sino objetivado.

Entre los autores que tratan concretamente del daño moral subjetivo están Josserand, Planiol y Ripert y los hermanos Mazeaud. El primero afirma que el concepto de culpa delictual no da lugar a discutir según la naturaleza del daño que por ella se ocasione, es decir, que en todos los casos debe repararse el perjuicio, y que si los reclamados por los parientes de la víctima que ha perecido en un accidente no son la exacta representación del dolor que aquéllos experimentaron, son al menos una contrapartida aproximada que tiene el carácter de una satisfacción, más bien que una compensación. Planiol y Ripert expresan:

"La dificultad de apreciación del daño tampoco es razón poderosa para negar la indemnización; tropezamos con ella muchas veces en materia de perjuicios materiales y sin embargo la jurisprudencia ha afirmado desde hace tiempo que eso no justifica el declarar sin lugar la demanda."

Los hermanos Mazeaud no ven inconveniente, a falta de cosa más adecuada, en que se repare con dinero el dolor moral de un padre privado de su hijo o el del esposo burlado, pues el dinero es un equivalente apropiado para que la víctima le dé la inversión que le plazca.

La Corte Suprema de Justicia colombiana también declaró, en fallo pronunciado el 21 de julio de 1922, por su Sala de Casación, y que se ha hecho célebre por las constantes citas que a él hace la jurisprudencia posterior, lo siguiente:

"El hecho de que en muchos casos sea difícil determinar el *quantum* de la reparación de un daño moral, esa circunstancia no puede ser óbice para fijarlo, aunque sea aproximadamente, ya que de otro modo habría que concluir que derechos de alta importancia quedaban desamparados por las leyes civiles, cuandoquiera que su infracción escapara a la acción de las leyes." *(Jurisprudencia de la Corte,* tomo III, número 2932).

Refiriéndose al daño moral el notable expositor Georges Ripert en su obra *La régle moral dans les obligations civiles,* edición de 1935, se expresa así:

"No hay ninguna duda en la jurisprudencia sobre el principio de la reparación del perjuicio moral. Los contornos de la teoría permanecen imprecisos, aunque con la norma de que es necesaria la reparación."

Sin embargo, el propio autor, admitiendo, como otros expositores admiten, que es inobjetable en principio la reparación del daño moral subjetivo, parece manifestarse contra ella en estos términos:

"El daño moral resulta en realidad de la receptividad de la víctima. Es su sensibilidad lo que lo determina. Un estoico de corazón duro no sufrirá por la muerte de un pariente; un amigo de corazón, experimenta un dolor extremo con la muerte de un amigo. Es por esto por lo que el número de víctimas en el daño moral es ilimitado; cada uno se cree víctima. La jurisprudencia se ha hallado en presencia de este problema a propósito del daño causado por la muerte y consistente en el ataque a los sentimientos de afección. Se ha encontrado seriamente embarazada. Si la pena experimentada constituye un daño que puede ser reparado por la indemnización, va a ser indispensable conceder reparación a todos los que sufren con la muerte e invitarlos a fijar ellos mismos la cifra que les parezca una suficiente compensación a su dolor.... Pero sería profundamente inmoral decir que el que ha sido atacado en sus sentimientos se consolara de ese ataque gracias a la indemnización que recibiera." (Obra citada, números 181 y 182).

Para la mayoría de la Sala las expresiones de Ripert traducen su pensamiento y son las que a su juicio se acercan más a la solución de este intrincado problema filosófico-jurídico.

Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de él en forma concreta, determinada o determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados e indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetivación.

El daño moral es la lesión del patrimonio intrínsecamente moral, en que se comprende la parte afectiva de él, los afectos, el amor en la familia, y la parte social, en los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales.

La injuria al sentimiento del amor filial o al del honor puede ocasionar perjuicios morales inestimables por su naturaleza, y perjuicios morales objetivados. El hijo de un hombre que muere en un accidente experimenta el dolor o la pena natural a la privación del afecto de su progenitor, pena subjetiva, psíquica, no objetivable; pero además puede sufrir, como consecuencia de su estado aflictivo o depresivo, una merma o disminución en sus facultades o aptitudes para el trabajo que reduzcan su esfuerzo y afecten consecuencialmente su patrimonio material. El comerciante que pierde su reputación sufre una pena psíquica por la misma causa, daño inestimable pecuniariamente, y puede también recibir un daño moral que se manifiesta objetivamente en los menores rendimientos de su negocio, debidos a su inhibición para el trabajo, que lo hace menos productivo, y en la baja de sus entradas, porque la pérdida del crédito le trastorna el negocio.

Es la calidad de los bienes o intereses afectados lo que le comunica su naturaleza propia al daño, no la circunstancia de que éste pueda tener una manifestación externa o material. Si se lesionan bienes del patrimonio moral, hay daño moral; si los del patrimonio material, existe el daño de esta clase. Si se vulneran bienes inmateriales, intrínsecos, inherentes a la persona humana, se produce el daño moral; si se lesionan bienes extrínsecos, no inherentes a ella, se causa el daño material. De donde se infiere que la objetivación del daño moral, en cuanto puede hacerse para darle realidad procesal-jurídica, esto es, en sus manifestaciones materiales, constituye daño moral y no daño material. La enfermedad proveniente de la pena ocasionada por un ataque al sentimiento de afección, y la depresión psíquica con el mismo origen y que produce inhibición para el trabajo, que consecuencialmente afectan el patrimonio material, son daño moral objetivado, manifestaciones o afectos materiales de aquél, porque se derivan de una lesión en un bien perteneciente al patrimonio moral. El perjuicio considerado en toda la gama consecuencial del daño moral es perjuicio moral aunque se presente en forma objetivada.

El daño moral objetivado puede fácilmente repararse. Tal cosa ocurre con el perjuicio inferido a una persona en su patrimonio por la pérdida de su crédito, causada por la difamación; dicho daño es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas. Pero no puede decirse lo propio del daño moral no objetivado.

Tales diferencias, en lo tocante a la reparación del daño moral, sugieren e imponen conclusiones diversas, según el género del perjuicio, subjetivo u objetivo.

Las repercusiones objetivas del daño moral, el daño moral objetivado, han de indemnizarse aplicándoles las normas que regulan la fijación y resarcimiento del perjuicio material. Se procura y se obtiene que ese perjuicio moral se objetive y concrete económicamente y por esa vía se llegue a la reparación debida. En dicha categoría cabe la mayor parte del daño moral, y por el procedimiento aquí señalado puede alcanzarse su reparación.

Hasta aquí el camino recorrido para la determinación del daño moral es cierto, seguro y no arbitrario.

Mas no sucede lo mismo cuando se trata del daño moral no objetivado. En él se contempla un perjuicio puramente subjetivo: es la pena misma, el dolor, el sufrimiento lo que se considera; pues si se mira a sus consecuencias en el orden material, entonces ya el daño moral subjetivo se vuelve objetivado.

No puede negarse que en las hipótesis, de la injuria al honor del comerciante y de la muerte de un hombre, hay un daño de naturaleza subjetiva, el del dolor o la pena causados a la persona que sufre la difamación o a los deudos de quien perece en el accidente. A ese daño, que ataca el sentimiento del honor o el sentimiento de afección, cabe bien aplicar las observaciones hechas por Ripert, adecuadas e inobjetables cuando se trata de este género de daño moral. Si se quisiera medir tal pena para avaluarla, habría que llegar, como único medio para lograrlo, a la libre y arbitraria apreciación del presunto lesionado, que es quien puede decir la intensidad de su dolor. Cualquiera otra intervención dirigida a alcanzar ese objetivo es ineficaz, porque es imposible someter a una escala de medida la personalidad psicológica de los agentes receptores del perjuicio moral.

Tal daño moral no objetivado, inasible por su naturaleza, no puede reducirse a cifras, ni traducirse pecuniariamente, si no se quiere caer en la más completa arbitrariedad. Por esta razón no son valederas las que pretenden sustentar y explicar una jurisprudencia que deja ilimitadamente al arbitrio de los Jueces la fijación del perjuicio moral subjetivo. Tal perjuicio no se puede dejar al arbitrio judicial, en la esperanza que parece ha sido la que fundamenta ese sistema, de que el Juez pueda, apreciando las circunstancias propias de cada caso, hacer la determinación de aquel daño sin limitación alguna y fijar el monto de la indemnización correspondiente. Se cree posiblemente que dando a los Jueces semejante misión, así de extensa, para que no la

tengan los peritos, aquéllos en su prudencia pueden encontrar la forma de llegar a una equitativa reparación. Sin embargo, debe desecharse tal propósito, pues no siendo posible someter a medida alguna la lesión subjetiva, en sí misma, en su entidad intrínseca, porque ello pertenece al dominio de lo inasible, no hay por qué pensar que un Juez, asumiendo la función de los peritos, pudiese estimar, con las bases propias de un dictamen pericial, que siempre son objetivas, o sin ellas, la intensidad de la pena o el dolor del agente que recibe el daño, para medirla, graduarla y fijar su estimación en cifras que concreten el avalúo del perjuicio.

En la zona del daño puramente subjetivo la reparación no se realiza completamente, porque es imposible alcanzarla, porque los sentimientos no se compran ni se venden, porque el afecto en la familia y la estimación social y pública no son artículos de comercio, y porque el dinero es incapaz de restablecer el equilibrio espiritual alterado por una lesión emanada de esta clase de daño. Admitir el *proetium doloris* para compensarlo económicamente, como daño moral subjetivo, es aceptar un absurdo moral y jurídico.

Lo que no implica que el daño puramente subjetivo haya de quedar sin una satisfacción de orden moral-pecuniario, como así lo llaman Josserand y Demogue, pero que es más bien la necesaria afirmación de la injusticia cometida, al quebrantarse el derecho ajeno, que la indemnización civil del daño. "Nuestro sistema permite así fácilmente evitar —dice Demogue— que el debate tome el carácter de un regateo del honor y del afecto, puesto que se trata de reaccionar contra el acto dañoso y en manera alguna de hacerlo desaparecer con una compensación." *(Traité des obligations, en général, par René Demogue,* tomo IV, números 409 y 411).

Ni cabe afirmar, como lo hace el propio Josserand, cuando dice. refiriéndose al daño moral subjetivo, que si los perjuicios avaluados no son la exacta representación del dolor, "son al menos una contrapartida aproximada"; ni que la dificultad de apreciación del daño tampoco justifica el que se declare sin lugar la demanda, como lo anota Planiol; ni que —como se dijo en la sentencia de 1922 ya citada— "el hecho de que en muchos casos sea difícil determinar el *quantum* de la reparación de un daño moral.... no puede ser óbice para fijarlo, aunque sea aproximadamente"; pues las consideraciones que aquí se han hecho sobre la naturaleza del perjuicio subjetivo y la imposibilidad de medirlo económicamente ponen de manifiesto que es equivocada la tesis conforme a la cual se pretende conceder o reconocer "una contrapartida aproximada", o fijar "aproximadamente" el daño de esta clase; porque no puede decirse con fundamento que una suma de dinero se aproxime al monto de una justa reparación, cuando se desconocen por completo los contornos que encierran el daño, si se contempla en el aspecto de un pretendido valor económico. Es imposible en este caso aproximarse al daño para fijar la indemnización, porque el daño así contemplado no se conoce.

Tal criterio de la satisfacción por el daño moral y no de su reparación, es el que se halla previsto en la ley colombiana, para la especie de daño de que ahora se trata. En efecto, al decir el artículo 95 del Código Penal que *"cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral* ocasionado por el delito, podrá fijar el Juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido hasta la suma de dos mil pesos", párte de la imposibilidad que existe de reconocer la indemnización común por el perjuicio. En el orden material el perjuicio se avalúa aplicando simplemente un criterio racional y humano; en el subjetivo, para que la reparación fuese acertada debería basarse en la estimación del perjudicado. Pero si ésta rigiese, el *quantum* de la indemnización sería el que por aquél se señalara, lo que es inadmisible. Como la reparación no puede alcanzarse aplicando las reglas ordinarias para fijar el monto de perjuicios, se pronuncia la ley ordenando una satisfacción, según se ha expresado, o haciendo la simple afirmación del quebrantamiento del derecho. Y por ser procedente la satisfacción de que se habla, y no la reperación ordinaria establecida en la ley civil como norma para todos los daños, es aceptado el concepto de modicidad de la suma que ha de entregarse, de acuerdo con el artículo 95 ya visto.

* * *

Ahora han de considerarse los reparos que a la doctrina de la Corte sobre daño moral opone el señor abogado de los demandantes. En lo pertinente de su alegato ante la Corte dice:

"Dos aspectos deben estudiarse en la teoría consagrada como jurisprudencia de la Corte: 1º Si puede aceptarse el concepto de *satisfacción* o *afirmación* del derecho vulnerado como título de la indemnización, y 2º Si el artículo 95 del Código Penal es aplicable a los juicios civiles. Al analizar este último punto, debe buscarse el origen de esa disposición y la manera como ella ha sido aplicada por la jurisprudencia."

a) La Corte, en materia de culpa extracontractual, encuentra el fundamento de la responsabilidad en el texto de los artículos 2341 y 2347 del Código Civil. Conforme a ellos, quien ejecuta un hecho propio o quien responde del hecho ajeno, debe ***indemnizar*** el daño.

Indemnizar, según el Diccionario, es "resarcir un daño o perjuicio". Y *resarcir*, según el propio Diccionario es "reparar, compensar un daño, perjuicio o agravio".

La Corte no puede separarse de los términos que usa la ley al consagrar la forma en que debe establecer el equilibrio jurídico. Si la ley dice que debe *reparar o compensar el daño*, la indemnización debe dirigirse a ese fin. Entonces tendríamos, siguiendo la expresión de los clásicos de la lengua, que la indemnización debe consistir en "componer, enderezar o enmendar el menoscabo que ha padecido una persona" (reparar); y si no fuere posible la reparación, o sea la acción de volver las cosas al estado anterior, debe compensarse en dinero el daño, o sea, "hacer un beneficio en resarcimiento del mismo". O, atendiendo a la terminología jurídica de Escriche, dar una cosa a cambio de otra de igual valor.

¿Pero de dónde pudo sacar la Corte los títulos de satisfacción o afirmación del derecho vulnerado para deducir de allí que el perjuicio moral no se mide en su cuantía y que ésta carece de importancia? *Satisfacer*, quiere decir "pagar enteramente lo que se debe, hacer una obra que merezca el perdón de la pena debida, aquietar y sosegar las pasiones del ánimo, saciar un apetito de pasión, etc." Y por *afirmar* se entiende "dar firmeza, sostener o dar por cierta alguna cosa".

Si la indemnización se concede a título de satisfacción, ese vocablo no admitiría el concepto de que la cuantía desempeña un papel secundario. Satisfacer quiere decir: "pagar enteramente lo que se debe, hacer una obra que merezca el perdón de la pena de la vida, aquietar y sosegar las pasiones del ánimo, saciar un apetito o pasión." ¿Cómo puede pensarse que quien ha perdido a su hijo o a su madre, se declare indemnizado porque el Tribunal de justicia le dice que fue injusta la actitud del agresor? ¿Será esto el pago entero de lo que se debe o bastará para sosegar la pasión producida por la injuria o para saciar el deseo de resarcimiento? Y si la Corte acepta como incuestionable e indiscutible el derecho de la víctima al respeto de su patrimonio afectivo o de su integridad personal, ¿puede aceptarse el concepto de que la indemnización es perfecta por el solo hecho de que la justicia le dice que su derecho es firme y que se dará por cierto el hecho de la agresión? Los conceptos que emite la Corte en esta materia están demostrando que hay contradicción entre el significado de los vocablos y el fin que busca la doctrina que expone.

Si la justicia quiere declarar firme el derecho de la víctima o satisfacer la necesidad del restablecimiento de un equilibrio desaparecido, necesita adoptar los medios necesarios para encontrar la equivalencia, aunque sea aproximadamente, entre la entidad del daño y la cuantía de la indemnización.

Giorgi en el estudio que hace sobre la liquidación del daño, después de analizar los diversos casos en que la *reparación* no es posible porque no permite volver las cosas al estado anterior, habla de la reparación en forma pecuniaria y se expresa así:

"Para reparar, pues, en todos los casos y *completamente el daño*, la práctica y la ley han debido recurrir a la indemnización pecuniaria, que si bien menos perfecta, bajo el punto de vista teórico, que la reparación en forma especifica, es por otra parte más usada en la práctica, porque se adapta mejor a la mayor parte de los casos. Hé aquí, pues, la necesidad de *avaluar el daño* para encontrar *el equivalente;* hé aquí la liquidación en el sentido estricto de la palabra; hé aquí la necesidad de los varios medios con que se liquida la indemnización de perjuicios."

Si la reparación debe ser completa y equivalente al daño, no puede estimarse que tratándose de un perjuicio extrapatrimonial exista la imposibilidad de apreciación por medio de peritos. Porque aquí se plantea un dilema: si los peritos, considerados como expertos no pueden hacer una apreciación aproximada, el Juez, que no es considerado por la ley como experto, está menos capacitado para hacer esa apreciación; o el Juez es experto, y entonces careceria de razón la institución del peritaje para apreciar también los daños materiales.

En legislaciones extranjeras, al tratarse de la liquidación de daños morales se tiene establecida la limitación de su cuantía según el arbitrio del Juez. En algunas se da a la víctima o damnificado el derecho de apreciar bajo juramento esos perjuicios, dejando esa apreciación al límite que el Juez en un caso dado le señale para evitar los abusos; en otras, es procedente la prueba pericial que el Juez desecha total o parcialmente cuando carezca de fundamentos sólidos.

En la legislación colombiana rige este último sistema. Si una apreciación pericial no es suficientemente fundada, uniforme y explicada, el Juez tiene la facultad de desecharla, llamando nuevos peritos y dando las razones que le obligan a ello.

Pero de aquí a que el Juez o Magistrado declaren que el daño moral no puede repararse con la equivalencia que él reclama, sino que basta fijar una suma cualquiera para ostentar la firmeza del derecho vulnerado, hay gran diferencia. La equivalencia si no es perfecta debe ser aproximada y el objeto de la indemnización no se consigue mientras no se encuentre esa

equivalencia. Ya veremos en el capítulo siguiente que la Corte ha desfigurado la significación del artículo 95 del Código Penal, sus antecedentes y la razón que tuvo el legislador para establecer la limitación allí consagrada.

Toda la doctrina de la Corte, en cuanto consagra una limitación para valorar los daños de carácter moral, descansa en el texto del artículo 95 del Código Penal, que considera aplicable a la cuestión civil y cuyo texto es el siguiente:

"Cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el Juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos."

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el artículo se refiere a la indemnización civil por consecuencia de un delito. En cambio, la legislación civil, o sea nuestro Código Civil y numerosas disposiciones sobre responsabilidad que se encuentran en otros Códigos y leyes especiales, consagra la obligación de reparar daños por hechos que no constituyen delitos. Generalizar la aplicación del artículo 95 es desconocer la separación y diferencia establecida por el mismo legislador.

En segundo término, el artículo se refiere a una imposibilidad de hecho por ausencia de pruebas. No a una imposibilidad física o moral de traducir en dinero el perjuicio de orden moral sufrido por la víctima. Entre los antecedentes del artículo 95 se encuentra el artículo 90 del proyecto de Código Penal redactado por Ferri en Italia. Ese artículo dice así:

"Toda sentencia de condena debe imponer la obligación de restituir lo quitado a la parte lesionada o a sus herederos y de resarcir el daño, fijando *"la suma total si ésta puede determinarse en vista de los actos procesales,* o una suma parcial, proporcionada al daño ocasionado a la gravedad y modalidades del delito y a las condiciones económicas del imputado y su familia o del ofensor y sus herederos."

La disposición copiada, que fue el principal antecedente del artículo 95, demuestra claramente que la imposibilidad de que habla aquel precepto, se refiere a una ausencia de prueba dentro del proceso, es decir, al desconocimiento de todos los elementos de juicio que deben servir de base a los peritos para la valoración. Y es natural que se hubiera dictado esa disposición, porque es frecuente, que en un proceso penal no sea posible traer a los autos los antecedentes de la víctima de orden social y material y las condiciones de los herederos llamados a recibir la indemnización. Es entonces cuando el Juez debe proceder *arbitrio judicis* a fijar el valor de la indemnización, facultad que naturalmente es limitada para evitar los abusos que pudieran cometerse. No se trata de una imposibilidad subjetiva para hacer la valoración, porque, si existiera, el Juez se encontraría siempre en esa misma imposibilidad como lo apunté anteriormente.

Si la Corte de Negocios Generales se preocupa por hojear algunos de los procesos penales que se iniciaron con posterioridad a la vigencia de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, encontrará este hecho frecuente: el Juez, en cumplimiento de la obligación que le impone la ley, designa peritos para avaluar los daños de carácter moral causados a los herederos de la víctima. Posesionados los peritos se presentan al Juez para decirle: en el expediente no se encuentra prueba ni documento alguno que establezca los antecedentes de la víctima ni el número y condición de los herederos. Desconocemos su condición social, su grado de instrucción, su edad, sus posibilidades pecuniarias, etc.; y en ausencia de estos elementos que deben ser la base de nuestro dictamen, nos abstenemos de avaluar los daños para cuya apreciación fuimos llamados.

Este y no otro es el caso que prevé el artículo 95 del Código Penal. Pero no es el mismo que encuentra la Corte en los diversos negocios fallados por ella y en los cuales aplica aquella disposición. Si en un negocio civil se establece la condición de la víctima, la de sus herederos o damnificados, su edad, su grado de instrucción, su actividad profesional, su situación pecuniaria, etc., el Juez Civil no puede hacer abstracción de aquellos elementos probatorios para fijar arbitrariamente el valor de la indemnización que corresponda al daño moral. Y no puede hacerlo porque si bien la moral es una, la debilidad humana permite también que en ese campo moral existan grados para reparar las injusticias que se cometan contra el patrimonio afectivo o de otro orden subjetivo. No puede considerarse que el padre que abandona su hijo por largos años, que no cuida de él, que no atiende a su educación y mantenimiento, tenga derecho a igual indemnización en caso de muerte de ese hijo, al padre que dedica todo su esfuerzo moral y espiritual a la formación de su propio hijo, con solícito cuidado y marcado interés. Este último encuentra en la realización de su obra una satisfacción que hace parte de los elementos de su vida. El cariño de su hijo lo retribuye el esfuerzo y representa uno de los más caros valores patrimoniales de ese padre. En cambio, no sucede lo mismo con el padre desnaturalizado que abandona el cumplimiento de sus deberes morales y que en un momento dado se ve privado de su hijo por causa de un accidente u otro motivo. En los dos casos existe una lesión del patrimonio afectivo, pero los grados son diferentes.

Ahora bien: si se admite, como es necesario admitir la diferencia de grados, es natural que la reparación de los daños busque una equivalencia más o menos aproximada para que la justicia no pierda su naturaleza de dar a cada uno lo que es suyo.

Las razones anteriores están demostrando con evidencia la falta de fundamento de la doctrina de la Corte en cuanto establece una limitación rígida para la apreciación de los daños morales. Parece que ese Tribunal no desconoce la tesis aquí expuesta de que el perjuicio extrapatrimonial admite grados, pues he podido observar en varias sentencias la aceptación de ese principio. La indemnización que ha fijado por daños morales, no es de dos mil pesos en todos los casos. Ha fijado quinientos en unos, mil en otros, y dos mil en los demás.

¿Con qué criterio ha procedido para hacer la apreciación en los distintos casos? ¿De qué elementos ha dispuesto para establecer la diferencia? Los fallos brillan por la ausencia de esas consideraciones.

Supongo que no haya buscado la base de diferenciación en los antecedentes del artículo 95 del Código Penal, porque serían inaplicables a los asuntos civiles. En efecto, las consideraciones que se tuvieron en cuenta en el artículo original propuesto, o mejor los elementos que querían entregar al Juez para establecer los diferentes grados, eran los siguientes: gravedad del hecho cometido, modalidades del delito y condiciones económicas del procesado. Pregunto. En el asunto civil, ¿será posible, para fijar el monto de la indemnización, tener en cuenta la gravedad del hecho cometido o las modalidades de un delito, o las condiciones económicas del responsable? Esos elementos de nada pueden servir para la apreciación del daño moral. Es cierto que la Comisión del Código desechó el último de los elementos citados por considerar que no era posible sujetar el monto de la indemnización a las condiciones económicas del procesado; pero sí dejó como elemento de apreciación los dos primeros.

Y no siendo éstos los elementos de que debe servirse el Juez para establecer una diferencia en la cuantía del daño con relación a los diversos casos que ocurren, ¿cuáles deben ser los otros elementos? Indudablemente, los que menciono en apartes anteriores: condición social de la víctima, grado de instrucción, actividades profesionales, capacidad económica, etc., del damnificado.

Y si estos son los elementos de apreciación que establecen grados diferentes en los distintos casos de daño moral, no se ve el motivo para consagrar una limitación que en la mayor parte de los casos coloca en la situación más desairada a la justicia cuando consagra una reparación irrisoria por un daño moral de incalculable valor y trascendencia. En el ensayo que antecede creo dejar demostrada la inconsistencia de la teoría de la Corte en cuanto a la limitación consagrada en la jurisprudencia para la apreciación del daño moral; y demostrada también, la inaplicabilidad del artículo 95 del Código Penal en que sustenta aquella doctrina. También creo haber evidenciado un hecho claro: si los expertos no pueden hacer una apreciación aproximada del daño moral, el Juez o Magistrado se halla en una mayor incapacidad.

Pero hay algo más: el artículo 95 del Código Penal concuerda exactamente con el artículo 480 del Código de Procedimiento Civil. En ambos casos, la ley se refiere a una imposibilidad por falta de pruebas.

Dice el artículo 480 citado:

"Cuando haya de hacerse condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fija su importe en cantidad líquida o se establecen, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación. Sólo en el caso *de no ser posible lo uno ni lo otro*, se hace la condena, a reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia."

Contempla aquí, el Código de Procedimiento Civil, el caso en que exista ausencia de pruebas en relación con el monto de los perjuicios; y de manera clara indica al Juez la forma en que debe proceder, haciendo la condena en abstracto bajo la reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia.

Por este aspecto, es inaceptable la doctrina de la Corte porque hace prematuro el fallo en cuanto declara y ordena el pago de una cantidad líquida por razón del daño moral sin que se haya producido la prueba de su valoración. La Corte, para ser consecuente con el mandato del artículo 480, no debía fijar el valor del perjuicio moral si no se produjo la prueba necesaria para establecer su cuantía, sino que debe reservar la liquidación del daño para que se lleve a cabo en el momento de ejecutar la sentencia. Quizá entonces, si en la articulación sobre regulación de perjuicios no se produce la prueba que demuestra la cuantía del daño, podría entonces la Corte o el Tribunal o Juez respectivo hacer una apreciación *arbitrio judicis*." (Cuaderno número 4, folios 8 vuelto a 12 vuelto).

Observa la Sala:

Se ha hecho la reproducción completa de las argumentaciones formuladas por el señor apoderado de los demandantes contra la doctrina de la Corte sobre daño moral y su reparación, para que ellas aparezcan en la integridad del pensamiento de su autor y en la forma que él les

ha dado, a fin de no limitar o cambiar el sentido o alcance de su crítica.

La sola exposición de la doctrina de la Corte, hecha precedentemente en este fallo, sirve para contestar los reparos principales del doctor Ruiz Manrique. Los razonamientos de este último están enderezados a la demostración de que, por motivos legales que se aducen, deben avaluarse los perjuicios morales subjetivos, en cada caso, sin la limitación establecida en el artículo 95 del Código Penal.

El señor apoderado ha incurrido, al hacer sus glosas, en la confusión frecuente, en que incurren también, como lo anota esta sentencia, varios connotados expositores, de aplicar a daños que por su naturaleza son diferentes, en forma global y sin distinción, argumentos que no caben sino respecto de una de las categorías del daño moral; en pretender que se indemnice lo que no puede ser indemnizado, alegando que una lesión en el patrimonio moral debe ser reparada como las lesiones en el patrimonio material. Esto último también lo afirma y sostiene la Corte, acatando el principio jurídico y la norma legal de que todo daño debe ser indemnizado; pero la Corte, al estudiar esta difícil cuestión, encontró que era necesario clarificar los conceptos y distinguir entre dos categorías de daño moral, el subjetivo, inasible, invaluable, y el objetivado o sea el que se puede concretar económicamente. Y dijo la Corte que no son suficiente motivo para admitir que el daño moral subjetivo deba ser objeto de avalúo, ni el de la autoridad de expositores que así lo afirman confundiendo a veces los dos géneros de daño, ni el mandato de los textos legales de procedimiento que ordenan, en general, hacer el avalúo de los perjuicios.

En la parte de este fallo que contiene la exposición de la doctrina de la Corte sobre el daño moral y su reparación se encuentran las razones que fundamentan su convicción respecto a la necesidad de distinguir entre el daño moral subjetivo y el objetivado y a la imposibilidad de medir y avaluar el primero. Aunque la ley, sin distingos, admite la posibilidad de avaluar toda clase de daño, el material y el moral, y dentro de esta última categoría el moral subjetivo, la realidad innegable es otra, a saber: la de que respecto al daño intrínsecamente moral no cabe avalúo. En la práctica, en el hecho, esas reglas sobre avalúo no operan en lo que concierne al daño moral subjetivo. Llévese a sus extremos la aplicación formal de la ley que prevé el avalúo para todos los casos, y sin embargo el avalúo no podrá hacerse en cuanto al daño moral subjetivo, porque éste no es susceptible de recibirlo.

¿Por qué sobreponerse a esa realidad, haciendo que se produzcan avalúos inútiles, ineficaces, que siempre y necesariamente habrán de ser infundados? Se dirá que porque la ley así lo tiene establecido, pero ello no es una razón suficiente. Ni el Juez ni los peritos pueden avaluar el daño moral subjetivo. La interpretación racional de las normas procesales sobre avalúo de perjuicios impone la deducción de que ellas, tomadas no únicamente en su letra, sino por su sentido jurídico y su finalidad, deben aplicarse teniendo en cuenta la realidad que contemplan y sobre la cual les toca actuar.

No es, como lo afirma el señor abogado de los demandantes, fundamento único de la doctrina de la Corte el artículo 95 del Código Penal. Tal disposición contempla el caso en que no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral. Pero si la norma consignada en el artículo 95 no existiera, la jurisprudencia debería ser la misma, porque el daño moral subjetivo es inavaluable, aunque el artículo 95 citado no se refiriese a los casos en que no fuere posible estimar pecuniariamente ese daño moral; y tal imposibilidad, filosófica, jurídica y práctica ha de producir necesariamente consecuencias. La aplicación del derecho no es tan sólo la de la ley escrita; la función de los Jueces no se limita a poner en aplicación los preceptos del derecho positivo, formalmente considerados; su misión es más alta, no únicamente la de aplicar la ley sino la de aplicar el derecho. Los principios que inspiran las reglas del derecho escrito ha de conjugarlos el Juez con los textos formales para dar a éstos adecuado desarrollo en su contenido y su finalidad. En el presente caso, debe considerarse que el legislador mismo, si hubiera contemplado la distinción entre el daño moral subjetivo y el objetivo, no habría ordenado —porque no podía hacerlo racionalmente— que en los procedimientos para fijar el *quantum* de las indemnizaciones se avaluara por los peritos o por el Juez el primero de aquellos daños, el subjetivo moral. No es cuerdo pensar que el legislador, consciente de su disposición, estableciera un ordenamiento que rechaza la lógica y que no admite el hecho jurídico que trata de regularse.

Sobre la imposibilidad de avaluar el daño moral subjetivo dijo la Sala de Casación de la Corte lo que sigue:

"Espaciosamente ha expresado esta Sala en su precitada sentencia del 20 de junio retropróximo, lo mismo que la de Negocios Generales en tres fallos del mes de abril de este año, los argumentos y razones de doctrina en que ha apoyado su solución jurisprudencial de que el perjuicio moral de afección representado exclusivamente por un quebranto espiritual, no es susceptible por su propia naturaleza de una avaluación en dinero, de tal forma que en los procesos en que se persiga su reparación civil no es posible usar

de los medios ordinarios que ofrece el derecho probatorio para establecer el daño emergente y el lucro cesante, factores integrantes del concepto de indemnización, como sucede en los demás casos en que se busca la efectividad de la responsabilidad civil. La prueba pericial, destinada por la ley para la comprobación de hechos que exijan conocimientos y prácticas especiales (artículo 705, Código Judicial) es medio probatorio inaceptable, prueba legalmente ineficaz para demostrar o establecer una cosa en realidad imposible de acreditar como es la equivalencia monetaria de un dolor de afección." *(Gaceta Judicial,* tomo LII, páginas 211 y 212).

Comentando estas cuestiones el Magistrado doctor José M. Blanco Núñez dice acertadamente:

"Con efecto, el *daño,* considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio. El *perjuicio* es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la *indemnización* es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó. La materia u objeto del avalúo no es, pues, el daño o la lesión, porque ésta, sea material (corporal) o moral, es lo que no puede avaluarse, sino el *perjuicio,* el quebranto económico que el daño psíquico o material produjo en la víctima en el campo de lo patrimonial.... El daño, el sufrimiento, la pena, el dolor psíquico o puramente moral, ocasionado por una lesión o un quebranto al patrimonio afectivo, como la muerte de un sér querido, o al patrimonio social de una persona, como la pérdida de la reputación, no es el único que no tiene equivalencia monetaria, en cuanto daño, conforme a la definición que ya quedó hecha. Tampoco tiene equivalencia el sufrimiento, la pena, el dolor puramente físico. Ninguna de esas dos clases de penas o dolores, considerados en sí mismos, admite avalúo pecuniario alguno. Decir, pues, que el dolor moral subjetivo (sufrimiento, dolor, pena de carácter psíquico), por naturaleza no es avaluable en dinero, es dejar la base, con mucha lógica por cierto, para que se pueda decir lo mismo del sufrimiento, de la pena, del dolor físico que ocasiona el daño puramente material, como es una enfermedad, una herida o una quemadura, porque ambas clases de sufrimiento pertenecen a lo imponderable, a lo inasible, a lo inmaterial, a lo que no se puede medir, ni regular en dinero. Y sin embargo, en el caso de lesiones materiales, son objeto o materia avaluable en dinero los *perjuicios* derivados de ellas, sin que sea por esto obstáculo, la circunstancia de que no se puede avaluar el dolor o la pena física que ocasionan a la víctima tales lesiones. *El daño,* pues, considerado en sí mismo, como mal, como pena, como dolor, sea físico o psíquico, material o moral, no admite avalúo." *(Gaceta Judicial,* tomo LIV, páginas 561 y 562).

Es, agrega la Sala, lo mismo, exactamente, que ella y la Sala de Casación han venido sosteniendo y sostienen al distinguir entre el daño subjetivo y el objetivado, para concluir que el primero no es susceptible de avaluación y que no puede por tanto ser indemnizado; en tanto que el moral objetivado, o sea el perjuicio que causa la lesión subjetiva, sí puede ser materia de una estimación de orden económico.

La presentación hecha anteriormente de la doctrina de la Corte sobre el daño moral y su reparación, y la referencia en particular al fundamento esencial que la inspira, o sea a la consideración de que el daño moral subjetivo es por su naturaleza inavaluable, inapreciable pericialmente y por los Jueces, sirven de refutación global a las apreciaciones muy importantes que contiene el escrito del señor abogado de los demandantes. Sin embargo, se agregan otras observaciones sobre algunos puntos concretos de sus reparos.

La Corte no ha dicho que la *satisfacción* o la *afirmación* del derecho, a que se llega aplicando el artículo 95 del Código Penal, sean una *indemnización,* sino que a falta de ésta se producen los otros estados; pero con la satisfacción o con la afirmación del derecho no se indemniza el daño moral subjetivo porque éste no puede ser indemnizado.

La invitación que el señor apoderado le hace a la Corte para que busque y encuentre la equivalencia, aunque sea aproximada, entre la entidad del daño y la cuantía de la indemnización, en los casos de daño intrínsecamente moral, forzosamente debe responderse diciendo que tal empeño es utópico porque repugna a la naturaleza del daño subjetivo, no susceptible de medida y por lo mismo de equivalencia pecuniaria. La Corte no afirma que el daño moral subjetivo *se repare* con el pago de "una suma cualquiera para ostentar la firmeza del derecho vulnerado". Afirma que no puede ser reparado. Y entiende que el artículo 95 del Código Penal cabe dentro de su pensamiento, dentro de su convicción de que el daño moral no puede ser avaluado en ciertos casos, los del puramente subjetivo. La Corte no aplaude el texto legal, ni en su espíritu ni en su letra; anota la coexistencia entre la finalidad buscada por la disposición, y la conclusión que informa su doctrina, respecto a la imposibilidad de indemnizar las lesiones del patrimonio moral subjetivo.

Dice el señor abogado que la reparación debe ser completa y que para que así sea ha de avaluarse siempre en su integridad el daño, com-

prendiéndose dentro de él el perjuicio extrapatrimonial. El argumento choca y se destruye con la realidad, la que no permite avaluar esa clase de daño.

Expresa asimismo que la imposibilidad de que habla el artículo 95 del Código Penal es simplemente probatoria, de ausencia de prueba, y que cuando tal ocurre en los juicios, la condena debe hacerse en abstracto para que en la ejecución del fallo se fije su cuantía. Obsérvase que la ausencia de prueba de que se trata no es temporal o transitoria, sino permanente, definitiva, insalvable, y que, su deficiencia no podría llenarse dejando para más luégo la estimación concreta, pues ella no podrán hacerla en ningún tiempo ni el Juez ni los peritos.

Es verdad que la Corte al dar aplicación al artículo 95 del Código Penal ha usado de su prudente arbitrio; pero al hacerlo tan sólo ha obedecido al mandato de la norma; lo que no significa, en manera alguna, que la Corte considere que ese sistema de la ley sea científico, pues a su juicio adolece del defecto de graduar a su arbitrio el Juez la cifra de la condena, cuando es obvio que su juicio no puede en ningún caso medir la intensidad de la lesión causada en el patrimonio moral subjetivo de una persona. La necesidad de aplicar el precepto mencionado ha hecho a la Corte situarse en otro plano y atender a otras circunstancias, que no miran a la naturaleza de la lesión, sino a factores de distinto orden, dignos de tenerse en cuenta en cada caso, para disponer la entrega de una suma de dinero que no se recibe como una prestación conpensatoria de un derecho, sino a título diferente según se ha visto.

Las extensas consideraciones que la Sala ha hecho en este fallo para referirse a las críticas que el doctor Rafael Ruiz Manrique le formula a la doctrina de la Corte sobre el daño moral y su reparación han servido, a su juicio, para subrayar la firmeza y el fundamento filosófico y jurídico de los principios y conceptos que la informan, y en la cual por lo mismo se reafirma una vez más.

* * *

Volviendo al caso *sub judice*, y en particular a la condena que el Tribunal hizo a cargo de la Nación y a favor del doctor José de Jesús Pulecio y de la menor Gloria Pulecio Mahecha, a las cantidades de ocho mil y tres mil quinientos pesos ($ 8.000.00 y $ 3.500.00) respectivamente, en razón de perjuicios morales subjetivos, y establecido como resulta del estudio precedente, que es obligatoria la limitación a la cifra de dos mil pesos que previene el artículo 95 del Código Penal, ha de declarar la Corte su conformidad con esa parte de la sentencia apelada; pues ella traduce la aplicación de la norma legal, en el máximo autorizado, y que la Sala halla justo, por tratarse de un daño moral subjetivo de la mayor entidad, contemplado desde el punto de vista de quienes lo padecen, o sea, del doctor José de Jesús Pulecio, quien tuvo la pena de perder en el accidente aéreo a su esposa y a tres de sus hijos, y de la menor Gloria, quien perdió a su madre y a tres de sus hermanos.

Refiriéndose a esta parte de la sentencia del Tribunal el señor Procurador tacha la cuantía de la indemnización reconocida, en cuanto allí se fijó una suma en razón del daño recibido por el padre y la hija a consecuencia del fallecimiento de cada uno de sus deudos, pues estima aquel funcionario que la indemnización no puede ser acumulativa y exceder de la cantidad de dos mil pesos. Ya la Corte en fallos anteriores ha considerado este mismo asunto y llegado a la conclusión de que el reparo carece de base porque cada quebranto o lesión del patrimonio afectivo constituye, en relación con quien la padece, una entidad jurídica propia e independiente de otra u otras lesiones que la misma persona haya padecido, padezca o pueda sufrir posteriormente; la pena por la muerte de un sér querido se puede agregar a la pena por la muerte de otro sér querido, pero no se confunde la una con la otra. La circunstancia de que dos o más casos de quebrantamiento del patrimonio afectivo de una persona se produzcan en un solo día o en un solo acto no autoriza para concluír que esas lesiones diferentes se vuelvan por ese motivo una sola; los dos daños son distintos, la "satisfacción" también debe ser distinta.

* * *

Para acreditar el daño moral objetivado causado al demandante doctor José de Jesús Pulecio se produjeron en el término de prueba de la segunda instancia las declaraciones de los doctores Gonzalo Esguerra, Juan Francisco Martínez, Luis María Ferro y Rafael Manotas G., las cuales coinciden en su fondo y contienen aseveraciones como las siguientes que se toman de la declaración del doctor Gonzalo Esguerra Gómez:

"Sí me consta, puesto que el doctor Pulecio llevaba todos sus enfermos a la Clínica de Marly, que en los años que siguieron al accidente de Santa Ana su capacidad productiva se paralizó completamente, y que últimamente esa capacidad productiva profesional ha sido notoriamente inferior a la que tenía antes del 24 de julio de 1938. Sí me consta que la disminución de capacidad productiva se funda en un trastorno de las fuerzas psíquicas que fue violento en principio y que sólo se puede aminorar con el largo

transcurso del tiempo; y que esa disminución se apoya también en el forzoso abandono que el choque moral lo obligó a hacer de sus deberes profesionales y de su clientela.... Sí me consta, por haberlo apreciado personalmente que antes del accidente de Santa Ana el doctor Pulecio gozaba de gran prestigio profesional y buena clientela, y ejercía con actividad y entusiasmo la actividad de cirujano y de médico con buenos resultados pecuniarios. Sí me consta que el doctor Pulecio ha disminuído su capacidad productiva en más de un cincuenta por ciento y que su afección psíquica le acortará en el futuro su capacidad de trabajo."

En la declaración del doctor Ferro se lee:

"Me consta, como médico que soy, como conocedor actual y anterior del récord profesional del doctor Pulecio, que éste ha disminuído su capacidad productiva en más de un cincuenta por ciento."

La Corte estima que los testimonios relacionados son suficiente prueba del daño moral objetivado causado al doctor Pulecio en relación de la disminución de sus actividades profesionales después del siniestro aéreo de Santa Ana y como consecuencia de la depresión psíquica que sufrió por la muerte trágica de su esposa y de sus hijos. Como así lo acepta y reconoce su apoderado en el juicio, el *quantum* de este daño no se halla acreditado y será por tanto preciso que la liquidación correspondiente se haga en el incidente sobre ejecución del presente fallo. Allí se tendrá en cuenta cuál era la productividad económica profesional del doctor Pulecio antes del accidente y la disminución que respecto a ella se ha producido, para basar en esa relación el cómputo correspondiente acerca del perjuicio.

No hay en los autos ningún elemento probatorio demostrativo de haberse causado a la menor Gloria Pulecio Mahecha daño moral objetivado, por lo cual no es procedente hacer la declaración condenatoria que en este punto se pide.

Los perjuicios materiales reclamados por los demandantes José de Jesús Pulecio y Gloria Pulecio.

Está de acuerdo la Corte con la parte de la sentencia revisada en que se deduce la existencia de perjuicios materiales para estos demandantes y con estas consideraciones:

"Ahora bien: es evidente que la muerte de la señora Ana Julia Mahecha le causa y le seguirá causando un perjuicio cierto y evidente a su cónyuge sobreviviente doctor Pulecio, y a su hija Gloria, porque respecto del primero se verá obligado a reemplazarla en la dirección de su hogar y en el cuidado de su hija. Respecto de ésta es evidente que ella se ve privada de los cuidados y atenciones de su madre, los cuales pueden suplantarse materialmente con otra persona mediante un estipendio, todo lo cual se traduce en un daño patrimonial."

Pero, agrega la Corte, estos últimos perjuicios no se causan realmente a la menor sino a su padre, que es quien tiene que subvenir a esa necesidad creada para su hija a causa de la muerte de su madre, y no la menor Gloria. Por tal motivo la condena deberá hacerse solamente a favor del doctor Pulecio, comprendiéndose en ella, al hacerse la estimación, el daño en su doble aspecto señalado. También aquí, como lo determinó el Tribunal, la Sala habrá de disponer que estos perjuicios materiales, cuya liquidación no se halla establecida, se fijen en el incidente a que dé lugar la ejecución de la sentencia.

En cuanto a los perjuicios materiales reclamados para el doctor Pulecio y su hija Gloria por causa de la muerte de los menores Lilia, Alberto y Germán Pulecio, el Tribunal absolvió a la Nación considerando que dichos menores no estaban produciendo beneficio material alguno a favor de los demandantes, por lo cual los perjuicios reclamados no eran ciertos.

"No comparto esta doctrina —dice el señor abogado de los demandantes— porque no puede negarse la evidencia de un hecho como es el de la protección que en toda parte y en toda época otorga el hijo a su padre y el hermano a su hermana. Esa protección material que en un momento dado desaparece por culpa o negligencia de alguna persona, implica una lesión al patrimonio material de quien deba recibirla y obliga, en consecuencia, a una indemnización por el daño. Es imposible que un menor que se encuentra en estado de desarrollo físico e intelectual y también de educación pueda tener una capacidad productiva actual; pero no puede negarse tampoco que en el futuro ha de representar una fuente de producción que por ley natural viene a constituír una protección de la familia."

No es indiferente, en opinión de la Sala, la edad de las personas de quienes otras puedan razonablemente esperar su apoyo y que perecen por culpa de otra que está obligada a la indemnización; pues si esas personas se hallan en un estado de desarrollo y formación profesional que les permita producir económicamente, si no al momento en que el daño se produce, sí en un tiempo próximo a él, una presunción jurídica

puede llevar a una conclusión que imponga como cierto razonablemente el daño por venir y que exija por lo mismo su indemnización. Tal cosa ocurre en situaciones como la que se contempló por la Corte en el juicio adelantado por los padres de Marcos Cuervo Ruiz contra la Nación y que se falló favorablemente a las pretensiones de la demanda, en sentencia proferida por esta Sala en 23 de julio del presente año. La gama de las posibilidades de un daño cierto en casos de la clase del que ahora se considera y del que se contempló en la sentencia mencionada es muy grande y dilatada, desde la posibilidad muy remota hasta la posibilidad muy próxima, y por ende no existe una regla rígida y absoluta que sirva para aplicársela a todos los eventos que se presenten. Sin embargo, el criterio de la Corte, señalado a lo menos para una parte de esta delicada y difícil materia, en el juicio por la muerte de Cuervo, es el de no sacrificar el derecho al rigor de la prueba, haciendo o pretendiendo que se haga indispensable la comprobación del daño futuro en las condiciones y con los caracteres de la prueba para el daño actual; pero tampoco podría la Corte, en la preocupación de no sacrificar derechos legítimos en casos como estos, llegar al extremo de admitir como demostración de daño cierto cualquier construcción basada en conjeturas o hipótesis más o menos razonables, desde un punto de vista general y humano, pero que en el asunto concreto no tienen relación de causalidad necesaria o vehemente para ir hasta la conclusión que se pretende. En el presente pleito la edad de los menores Lilia, Alberto y Germán Pulecio Mahecha, el mayor de los cuales apenas alcanzaba a siete años, es circunstancia que determina una posibilidad muy remota en la hipótesis que se hace de que dichos niños llegaran a constituir un apoyo económico para su padre y su hermana. Es tan lejana esa posibilidad, por los acaecimientos múltiples que podían presentarse, entre ellos la muerte de quienes reclaman perjuicios, ocurrida antes que la de los niños que perecieron en el siniestro, y la improductividad económica futura de ellos, por causas también muy diversas, que con los elementos de que se dispone en relación con los niños Lilia, Alberto y Germán Pulecio sería hoy en extremo inconsistente y arbitraria la afirmación que se hiciera de que ellos hubiesen llegado a constituir el sostén económico de su hermana y de sus padres. Por estas consideraciones la Corte ha de confirmar el fallo de primera instancia en el punto de que aquí se trata, negando por lo mismo la petición correspondiente de la demanda.

Los perjuicios reclamados por las sucesiones ilíquidas de Alberto y Germán Pulecio.

El Tribunal al decidir este punto de la demanda lo negó, basándose en las consideraciones jurídicas que con motivo de un fallo en punto análogo consignó en forma de salvamento de voto en la Sala de Negocios Generales de la Corte el Magistrado Aníbal Cardoso Gaitán y desechó los motivos que la mayoría de esa Sala tuvo entonces para fallar favorablemente la pretensión del libelo. (*Gaceta Judicial*, tomo XLV, páginas 371 a 385). Esta circunstancia, de haber acogido el Tribunal, en la sentencia que ahora se revisa, la tesis sustentada en aquel salvamento de voto, dio origen a la manifestación de impedimento que el Magistrado Cardoso Gaitán hizo para conocer y sentenciar en el actual litigio, impedimento que la Sala no admitió, por lo cual dicho Magistrado continuó al frente del asunto.

El fallo del Tribunal adopta como razones de su pronunciamiento en el punto de que ahora se trata las ya aludidas, tomadas del referido salvamento de voto, entre ellas las que siguen:

"El simple sentido común impone que el niño recibió o pudo recibir perjuicios con la muerte de sus padres, pero es claro que esos perjuicios los recibió mientras vivió. Ya muerto, no recibió perjuicios, porque no había persona que los padeciera ?, es decir, no había agente pasivo que pudiera recibir el perjuicio, y porque tampoco había agente activo, o sujeto de ese derecho, como se aprende en filosofía.... En el caso de autos pudieron ocurrir tres hipótesis: el niño murió al tiempo del accidente, el niño no pereció en el accidente y vive al momento de proferirse la sentencia; el niño sobrevivió algún tiempo al accidente pero murió antes de dictarse el fallo declaratorio de los perjuicios. En la primera hipótesis es claro, de toda claridad, que al morir el menor en el accidente no recibió daño alguno que pueda ser objeto de una indemnización; en la segunda hipótesis, el niño sufre un daño incuestionable que le resulta del desamparo en que lo deja la muerte de sus padres; en la tercera hipótesis, este desamparo se reduce o limita al tiempo en que el niño sobrevivió a sus padres. El derecho —dice Lalou— no se concreta sino por etapas: la última, el fallo, corresponde a una situación diferente a la del momento en que el perjuicio se produce y a la propia demanda. Si en la última etapa la circunstancia esencial de vivir el agente pasivo del daño no se cumple, el derecho a la indemnización no se concreta porque no hay ya persona capaz de sufrir el daño; éste no existe por ca-

rencia de un sujeto de quien pueda predicarse. Los hermanos Mazeaud son categóricos cuando dicen:

'Aquí la muerte suprime solamente una parte del daño causado por la falta. Por paradójica que a primera vista parezca esta solución, la muerte se traduce únicamente en una disminución del estado de la víctima debido al hecho nocivo; la muerte obra como una liberación; semejante a la curación, pone fin al perjuicio sucesivo causado por la falta.... 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'."

El señor abogado doctor Ruiz Manrique, refiriéndose al fallo del Tribunal y a las consideraciones en que se apoya, dice:

"El problema consiste en saber si el derecho a la indemnización de perjuicios que adquiere una persona se fija en su cabeza en el momento de ocasionarse el daño; si ese derecho puede ser transmitido a sus herederos y, finalmente, si para la liquidación del daño puede tenerse como causa que lo aminora o destruye en su cuantía, la circunstancia de que el damnificado, víctima posterior del mismo siniestro, haya fallecido. Como dije anteriormente, lo primero que debe averiguarse es en qué momento nace para la víctima el derecho a la indemnización. Sobre este particular no hay duda alguna de que en el momento del siniestro que ocasiona los daños se da principio y vida al derecho de indemnización. Así las cosas, los menores Alberto y Germán Pulecio Mahecha, quienes el 24 de julio de 1938 vivían, adquirieron para sí el derecho a ser indemnizados por la muerte de su madre.... Finalmente dice Giorgi, la misma acción (la de indemnización de perjuicios) forma parte de la sucesión del difunto y se transmite a sus herederos.... Dije en el pleito de Alfredo Borda contra la Nación y lo repito ahora con la misma certeza, que sería inmoral, injusto e ilógico sostener que la agravación del daño por parte del autor del hecho sea un medio de liberación total o parcial de su responsabilidad. Si la muerte de la víctima ocurre en forma natural, puede aceptarse sin discusión que se reduzca, porque de hecho se reduce el daño experimentado; pero si la muerte tiene lugar por culpa real o presunta del demandado, concomitante con el hecho o posterior a él, no puede fundarse en esa culpa la limitación o desaparición del derecho de la víctima a ser indemnizada."

La Corte observa:

Existía evidentemente el derecho de los menores, antes de morir ellos, a una indemnización en su favor por la falta de su madre, daño futuro y sucesivo. Ese derecho se fijó en cabeza de los menores por haber sobrevivido a su madre. Y tal derecho debía reconocérseles y resarcírseles a ellos, o debe declararse para su sucesión.

Mas aquí entra en juego un factor de importancia y de inevitables consecuencias, y es la aplicación de un principio universal de derecho: el Juez, al fallar, debe contemplar las circunstancias que configuran entonces el hecho sometido a su decisión. Y si se trata de daños, hay que tener en cuenta el daño inicial, el que se produce al momento del accidente, y los que hayan sido su consecuencia, aumentándolo o agravándolo, hasta el día del fallo; y viceversa, lo que lo disminuye o atenúe; la curación de un enfermo, su agravación, su muerte. Si la indemnización que se reclama tiene como fundamento unas lesiones o heridas que se causaron inicialmente pero que han desaparecido al tiempo de fallar, esa modificación en la entidad del daño habrá de tenerla en cuenta el Juez para no condenar al responsable como si las heridas existiesen y se prolongasen en el porvenir; desaparecidas las lesiones, el perjuicio futuro no existe, ha cesado y tan sólo deberá repararse el que antes se ocasionó. Del mismo modo, si antes del fallo ocurre la muerte del lesionado, habrá lugar posiblemente a que sus deudos reclamen el perjuicio que se causa a ellos con la cesación de esa vida; ellos podrán reclamar que la justicia ordene indemnizarles del perjuicio que reciben y del que van a recibir en el futuro por la falta de asistencia económica de la persona que falleció. Es este un nuevo daño a terceros, distinto del que se venía causando al herido antes de morir, y por el que los terceros podrían demandar indemnización. Pero el daño inicial, a la persona herida, desapareció al morir ésta. Y así, es impropio decir que su sucesión ilíquida pueda reclamar un derecho de resarcimiento que no estuvo en los medios jurídicos de esa persona adquirir; no incorporado tal pretendido derecho en el patrimonio del causante, tampoco pudo pasar a la sucesión, sencillamente porque no se puede transmitir aquello que no se tiene.

En el presente litigio la petición cuarta de la demanda pide para la sucesión ilíquida de Alberto y Germán Pulecio el pago de los perjuicios causados a ellos con la muerte de su madre, por el hecho de haberle sobrevivido. Tales

perjuicios se causaron, pero eran futuros y sucesivos y estaba su reconocimiento sujeto a la existencia de los menores en el momento de proferirse el fallo. Como murieron un día después que su madre, el pretendido perjuicio futuro no se configuró, y no puede, por tanto, ser hoy reconocido ni declarado.

Los motivos expuestos son bastantes para que la Corte confirme la sentencia del Tribunal en el punto en que absolvió a la Nación del cargo contenido en la cuarta súplica de la demanda.

* * *

A mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia de primera instancia en el punto 1º de su parte resolutiva y en sus apartes A). y C) del punto 2º sobre perjuicios morales subjetivos; condena a la Nación a pagar al doctor José de Jesús Pulecio perjuicios morales objetivados, los que se liquidarán en el incidente de ejecución del fallo, teniéndose en cuenta las bases señaladas en la motivación de esta providencia; confirma asimismo la condena al pago de perjuicios materiales de que tratan las letras B) y D) de la parte resolutiva pero reconocidos y liquidados en la persona del doctor Pulecio; y niega las demás declaraciones solicitadas.

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

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Requisitos para que pueda aplicarse la doctrina jurídica de la explotación económica.—Aviso de exploración de petróleos.

En la sentencia de fecha 5 de agosto de 1942, en que se aplicó por primera vez la doctrina jurídica de la explotación económica de las tierras, se estudió ampliamente el alcance de la Ley de 11 de octubre de 1821, en la que se reconoció la posesión inmemorial de que habla la legislación indiana como medio legítimo para llegar al dominio sobre lo cultivado y explotado. Allí se advierte que el incurrir en la omisión de sacar oportunamente los títulos, los poseedores de tiempo inmemorial o de justa prescripción, a que se refiere la Ley de 1821 no constituye fundamento jurídico para deducir que, por ese solo hecho, los poseedores que en ello incurrieron hubiesen sufrido la sanción prevista en el artículo 5º de dicha Ley, y que, por tanto, sus tierras hubiesen vuelto automáticamente, por el transcurso del tiempo señalado sin el cumplimiento de la obligación, al dominio de la República. Y como la posesión inmemorial o justa prescripción daba derecho a ir por el título, conforme a la Ley de 1821, por la explotación económica de las tierras poseídas, debe acreditarse hoy esa explotación para poder alcanzar la declaración judicial de propiedad sobre tierras realengas poseídas a título de justa prescripción o por posesión inmemorial durante la Colonia.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, trece de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

La Compañía de Petróleo Shell de Colombia, en escrito presentado ante el Ministerio de la Economía Nacional el día 4 de marzo del año de 1940, manifestó el deseo de efectuar perforaciones en busca de petróleo que ella reputa de propiedad privada, en las fincas llamadas "El Fraile" y "El Encanto", ubicadas en el Municipio de Mariquita, Departamento del Tolima. Las mencionadas exploraciones las pretende hacer la Compañía en virtud de los contratos que tiene celebrados con los actuales propietarios de esas fincas, los que se han hecho constar en las escrituras públicas números 120 de 5 de marzo de 1938, de la Notaría de Honda, y 1600 de 11 de junio de 1938, de la Notaría cuarta de Bogotá.

El terreno del aviso tiene los siguientes linderos:

"El lote llamado 'El Fraile' está alinderado así: De la confluencia de la quebrada 'La Caja' con la quebrada 'Rabo de Gallo', 'La Caja', aguas arriba hasta la zanja llamada 'Peñonosa'; ésta arriba hasta el filo del cerro de Penagos; siguiendo el filo de dicho cerro hasta la tercera prominencia grande; de aquí bajando por el filo de la loma, estribo o contrafuerte del cerro hasta encontrar el cerco divisorio del terreno 'Los Dardanelos' del señor Lucas Bernal; siguiendo este cerco divisorio hasta encontrar la quebrada 'La Caja', pasando por el mojón A.; ésta aguas abajo hasta encontrar la boca de una zanja que queda junto a la casa de habitación, y siguiendo por el cerco que pasa por detrás de la casa, y este cerco hasta encontrar con la punta de la loma del cerro 'El Fraile', siguiendo por el filo de dicha loma hasta encontrar una prominencia que está en el centro de dicho cerro; siguiendo el filo de otra loma hacia el Norte, hasta su terminación donde está el mojón número tres (3), siguiendo en línea recta la quebrada 'Rabo de Gallo', pasando por el mojón número dos (2) colindando con el terreno 'El Encanto', antes de los señores Alejandro Murillo y Francisco Plata, hoy, del mismo Moisés Aguirre; quebrada de 'Rabo de Gallo' abajo hasta su confluencia con la quebrada 'La Caja' primer lindero, colindando con los lotes de 'El Palmar' y 'Rabo de Gallo'. El lote llamado 'El Encanto' está alinderado así: partiendo de un mojón de piedra marcado con el número uno (1) que está en la punta de el cerro llamado 'El Fraile', alinderando con la finca de 'La Estrella', línea recta en dirección Norte hasta la quebrada de 'Rabo de Gallo'; esta quebrada aguas abajo hasta encontrar el mojón marcado con el número (2); de este mojón una línea recta al mojón marcado con el número tres (3) que está al pie del cerro de 'El Fraile' y de este mojón se sigue por el pie del cerro a buscar el mojón marcado con el número uno (1), primer lindero punto de partida."

La Resolución del Ministerio.

El Ministerio correspondiente dispuso, en providencia de veintiséis de julio del año arriba citado, enviar el aviso de que se trata a esta Sala de la Corte para que en juicio breve y sumario decida si son o nó fundadas las pretensiones de la Compañía Shell.

Esta determinación se tomó en vista de algunas deficiencias anotadas por la Sección Técnica del Ministerio, tales como la ausencia en la documentación, del título emanado del Estado, y la indeterminación de las tierras materia del aviso.

De la providencia mencionada se toman los siguientes apartes que se consignan en ella como conclusiones del estudio a que dio lugar el aviso:

"*Primera:* La Ley de 11 de octubre de 1821 no revalidó ninguna clase de ventas de tierras celebradas por particulares con anterioridad a su vigencia.... porque ni la letra ni el espíritu de ese estatuto legal descubren una intención semejante y porque las distintas situaciones hipotéticas que allí se establecen, no conducen, en modo alguno, a esa pretendida revalidación.

"*Segunda:* En el supuesto gratuito de que la Ley de once de octubre mencionada hubiera tenido el sentido de revalidar las ventas de tierras celebradas entre particulares con anterioridad a su vigencia, ello no podría aceptarse con relación a toda clase de ventas sino solamente con aquellas en que el que figuraba como vendedor era verdadero dueño de la cosa vendida por haberla adquirido con legal y justo título y derivar su derecho de dominio de una época tan anterior que pudiera servirle de base para alegar con éxito la prescripción en contra de quien tratara de impugnarlo. Una interpretación diferente llevaría a resultados inaceptables por lo ruinosos para el Estado colombiano.

"*Tercera:* Las ventas de tierras celebradas entre particulares con anterioridad a la vigencia de la Ley de 11 de octubre de 1821, si se pueden considerar revalidadas por el artículo 4º de la Ley 200 de 1936, ello es únicamente en lo relacionado con el suelo y no con el subsuelo reservado desde 1873....

"*Cuarta:* Finalmente, que las oficinas de registro establecidas por la Ley de 11 de octubre de 1821 parece que sí existieron, pero que aunque no hubieran existido.... esta falta no tendría como consecuencia la revalidación de anteriores ventas de tierras, sino aquellas otras consecuencias —muy distintas por cierto— que la misma Ley dejó previstas."

Con estos fundamentos y advirtiendo que la Compañía hace derivar sus derechos al subsuelo petrolífero de ventas de tierras celebradas entre particulares con anterioridad a la Ley de 11 de octubre de 1821 y en que tales ventas no se pueden considerar como títulos emanados del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y observando además "una vaguedad pasmosa" en los linderos de las tierras a que los documentos presentados se refieren, de los que no se puede deducir que tengan como objeto las mismas tierras del aviso, el Ministerio expidió la Resolución ya mencionada.

Las pruebas aducidas por la Compañía.

Al Ministerio del ramo fueron presentados, entre otros, los siguientes documentos:

1º Copia de la escritura número 120 de 5 de marzo de 1938 otorgada en la Notaría de Honda, sobre exploración y explotación de petróleo de propiedad privada entre el doctor Benjamín Acosta Sánchez, a nombre de la Compañía de Petróleo Shell de Colombia, por una parte, y por otra el señor Moisés Aguirre.

2º Copia de la escritura número 1600 fechada el 11 de junio de 1938, otorgada en la Notaría cuarta de Bogotá, entre las mismas partes, en la que se ratifica la anterior.

3º Copias de las escrituras números 10 de 7 de enero de 1940 otorgada en la Notaría de Honda; 400 de 7 de julio de 1939 otorgada en la misma Notaría; y la de 15 de diciembre de 1848 (sin número) otorgada también en Honda, que contienen la protocolización del juicio de sucesión de Moisés Aguirre, la de su testamento, y la protocolización del testamento del señor Ignacio Aranzález, respectivamente.

4º 17 copias de escrituras en las que constan ventas hechas entre particulares de las tierras denominadas "El Fraile", "El Encanto" y "El Surco".

De las pruebas ordenadas por la Corte, llegaron al expediente las contenidas en los despachos números 730, 740, 741, 745, 746, 747 y 751, que comprenden entre otras cosas lo siguiente: copias de los inventarios hechos el 19 de febrero de 1658 en la sucesión de don Francisco Floriano; copia de los inventarios verificados el 8 de marzo de 1663 en la sucesión de doña Gertrudis Plaza Torres y Arce; copia de los inventarios llevados a cabo el 19 de octubre de 1678, en la sucesión de doña Ana María Floriano; copia de la merced hecha a Juan de Villanueva con fecha 9 de septiembre de 1589; copia de las diligencias de confirmación de la merced hecha a don Juan de Villanueva, con fecha 14 de agosto de 1581, etc.

Las pruebas enumeradas, y algunas otras que ilustran los autos, son examinadas oportunamente por la Sala.

Las mercedes a Juan de Villanueva.

El 14 de agosto del año de 1581, el "Licenciado Pedro de Zorrilla, oidor más antiguo de su Magestad en la Audiencia y Chancillería real de éste Nuevo Reino de Granada, y que como tal preside y a cuyo encargo está el gobierno del dicho Nuevo Reino, por cuanto por parte de vos el capitán Juan de Villañueva, vecino de la ciudad de Mariquita, se me ha hecho relación que por el cabildo de la dicha ciudad os fue proveida en término de ella una caballería de ganado mayor, camino de Honda que linda con los ejidos de la dicha ciudad, donde presente teneis vuestros corrales, bohios y ganados, pidiéndome os la confirmase, lo cual por mi visto di el presente, por el cual en nombre de su Magestad y por virtud de su real poder que para ello tengo, confirmo, doi y hago merced a vos el dicho capitán Juan de Villanueva la dicha estancia y tierras que de suso se hace mención, que sea la propia, contenida en la dicha vuestra relación y en el titulo que de ella teneis y os hubiere dado el dicho cabildo y regimiento de la dicha ciudad de Mariquita, para que la tengais, goceis y poseais como cosa vuestra propia, la cual tenga la medida y tamaño que puedan y deban tener semejantes estancias de ganado mayor, la cual dicha confirmación vos hago sin perjuicio de tercero, y mando a las justicias de su Magestad de la dicha ciudad que vos hagais medir y amojonar la dicha estancia y meta en la posesión de ella, y no consientan que de ella seais despojado sin primero ser oido y vencido conforme a derecho so pena de quinientos pesos para la cámara de su Magestad". (Cuaderno número 3, f. 72 y ss.).

El 9 de septiembre del año de 1589, el "cabildo. justicia y regimiento de la ciudad de Mariquita en el Nuevo Reino de Granada de las Indias, estando juntos en nuestro cabildo,.... decidimos que por cuanto por parte de vos el capitán Juan de Villanueva, vecino de esta ciudad, en el dicho nuestro cabildo fue presentada una petición, por la cual en efecto nos hicisteis relación diciendo que vos teniades necesidad de una estancia de pan sembrar conforme a las demás que por este cabildo se acostumbran a dar, conforme a las demás que por e vecinos de esta ciudad, y que un pedazo de tierra está vaca y despoblada, camino de los indios del Capitán Diego Leon Garavito, y lindero de estancias suyas, a la mano derecha hacia el rio Guali y se os hiciese merced de ellas para hacér comida para la labor de las minas de plata que teneis en términos de esta ciudad, y así mismo nos pedisteis que os hiciese merced de unos pedasos de monte de poco provecho que caen en las estancias de ganado que vos teneis junto a los ejidos de esta ciudad, porque alguno no los pidiese...., fue acordado que es debiamos proveer y conceder en la dicha estancia de pan sembrar, según y como la pedia y en la parte y lugar arriba declarado, y así mismo con los mismos pedasos de monte que así mismo pedís en buestra petición, todo lo cual se os provee,...." (Cuaderno número 3 fs. 72 y ss.).

Con los datos que aparecen en los titulos transcritos en parte no se puede establecer una base que permita localizar completamente las porciones de tierras a que se refieren.

En la primera de las mercedes concedidas a don Juan de Villanueva se halla la siguiente referencia descriptiva:

"Por el cabildo de la dicha ciudad os fue proveida en término de ella una caballería de ganado mayor, camino de Honda que linda con los ejidos de la dicha ciudad, donde presente teneis vuestros corrales, bohios y ganados, pidiéndome os la confirmase, lo cual visto di el presente por el cual.... confirmo, doi y hago merced.... la estancia y tierras.... que es la propia *contenida en la dicha vuestra relación* y que el titulo que de ella teneis u *os hubiese dado el dicho cabildo*....; la cual tenga la medida y tamaño que pueden y deben tener semejantes estancias de ganado mayor....; y mando vos hagais medir y amojonar dicha estancia".

De acuerdo con la anterior confirmación, la tierra a que se refiere estaba situada en el término de Mariquita, "en el camino de Honda que linda con los ejidos de la dicha ciudad", pues tal fue la relación del interesado que sirvió de base para la confirmación. Es posible que en la adjudicación que antes habia hecho el cabildo hubiese otros datos de localización de las tierras, pero aquélla no se conoce. Ni existe la medida de las tierras y su amojonamiento, que se ordenó hacer. La única base de ubicación, *el camino de Honda, lindando con los ejidos,* es muy insegura e ineficaz, por lo mismo, para que con ella pueda hacerse hoy la localización de la merced.

En la que se proveyó al mismo capitán Juan de Villanueva el 1589 se lee:

"Una estancia de pan sembrar,.... y que un pedazo de tierra está vaca y despoblada, camino de los indios del capitán Diego León Garavito, y lindero de estancias suyas, a la mano derecha del río Guali....; y unos pedazos de monte de poco provecho que caen en las estancias de ganado mayor que vos teneis junto a los ejidos de esta ciudad".

Aquí la tierra *vaca y despoblada camino de los indios del capitán Diego León Garavito, lindero de estancias suyas, a la mano derecha del río Guali,* es también indeterminable, porque no se sabe cuál es el camino a que se hace referencia ni dónde fueron ubicadas las estancias del capitán.

De los títulos de merced es el más completo el primero, porque tiene confirmación. Mas ambos carecen de eficacia probatoria para establecer la ubicación de los terrenos en ellos relacionados.

No niega la Corte valor jurídico a los títulos mencionados, en cuanto acreditan que las autoridades de la Colonia hicieron merced de las estancias y caballerías de tierras que allí se mencionan, pero constata su ineficacia probatoria respecto de unas tierras determinadas. No sirven esos títulos para comprobar dominio territorial en lugar y extensión determinados, por la vaguedad de los datos que suministran concernientes a la determinación del objeto materia de las mercedes.

Otros títulos presentados por la Compañía.

A continuación estudia la Sala otros títulos presentados por la parte avisante, posteriores al otorgamiento de las mercedes, a fin de determinar si con ellos puede aclararse la alinderación de las tierras a que las adjudicaciones se refieren.

Durante los años de 1588 y 1589 se presentó un pleito entre don Juan de Villanueva y don Diego de Ospina, originado por la oposición que el primero hizo a que se adjudicase al segundo "una estancia de ganado mayor en la ciudad de Mariquita, la cual era en daño y perjuicio de la dicha ciudad y de las estancias que él (Villanueva) tenía y posía en la dicha mi Real Audiencia, lindero de ellos". Este litigio motivó una "Provisión Real" de la que se reproduce a continuación lo pertinente:

"....Don Felipe por la gracia de Dios, Rey de Castilla, de León, de Aragón,.... A vos el mi corregidos de Mariquita y toda tierra caliente,.... sepades que en mi Audiencia y Chancillería Real, que por mi mando reside en la ciudad de Santafé del Nuevo Reino de Granada, pareció el capitán Juan de Villanueva.... y por petición que en la dicha Audiencia presentó, me hizo relación diciendo: que a su noticia era venido que Diego de Ospina vecino de Mariquita, pide una estancia de ganado en la ciudad de Mariquita, *la cual era en daño y perjuicio de los ejidos de la dicha ciudad y de las estancias que él tenía y poseía* por la dicha mi Real Audiencia, linderos de ellos, y lo contradecía, desde luego,.... en la ciudad y *en la estancia de ganado mayor que tenía linde con los ejidos,* y después era, usando del poder que el dicho Diego de Ospina tenía, había tomado la dicha estancia y la dio a Martín Caicedo, para que en ella hechase sin haber traido lo proveído por el dicho cabildo, y si lo tal pasase sería causa de muchas pasiones y excesos, y me pidió y suplicó lo mandase remediar...., a cinco días de abril de mil quinientos ochenta y ocho años, los señores presidente y oidores de la audiencia de Su Majestad, habiendo visto lo pedido por el capitán Juan de Villanueva,.... sobre que se de por ninguno cualquier provimiento de estancia que se hubiere hecho al capitán Diego de Ospina, y él contradíchola, por ser en su perjuicio, y mandádose por esta real Audiencia que informase el dicho cabildo, sin haberse cumplido, se dio al dicho Martín de Caicedo la dicha estancia, que por auto dado por los dichos señores, en once de marzo pasado de este presente año, se manda cumplir lo proveído por esta Real Audiencia,.... y entre tanto que otra cosa se provee, el dicho Martín de Caicedo no use la dicha estancia." (Cuaderno número 3, folios 80 y siguientes).

De este documento solamente puede deducirse que por él se confirmó a don Juan de Villanueva en su posesión y que se prohibió usar las mismas tierras a que se refiere a Martín de Caicedo, a quien las había dado don Diego de Ospina. Pero nada agrega a lo ya visto con relación a linderos y localización.

Sobre las mismas tierras se presentó en 1616 un nuevo pleito entre el nombrado Villanueva y doña Beatriz Pedroso. Se discutía en él la propiedad de "unos pedasos de arcabuco". Villanueva fundaba sus pretensiones en las mercedes mencionadas y doña Beatriz Pedroso en la otorgada a Díaz Sánchez de Quesada (que obra en autos) y que cobijaba predios colindantes con los de Villanueva. De este litigio sólo se puede desprender que la estancia de Juan de Villanueva quedaba "camino de Honda donde siempre ha tenido casas y corrales, con cantidad de ganado vacuno y caballar". Hasta aquí la indeterminación de los terrenos continúa, pues los documentos que sobre este litigio obran en autos nada agregan que sirva para determinarlos.

En el año de 1617, Isabel de Montalvo, casada con Francisco de Frías, otorgó poder a Juan de Ibáñez para que continuara adelantando el pleito que se acaba de mencionar. El aludido poder lo da como "hija y universal heredera del capitán Juan de Villanueva mi padre difunto, que Dios haya, cuya herencia tengo aceptada". (Adelante se verá que doña Isabel de Montalvo es la misma doña Isabel de Frías que se menciona en el párrafo siguiente).

En el año de 1648, don Francisco Floriano y doña Gertrudis Plaza de Arce, su mujer, fundaron una capellanía sobre todos sus bienes y "señaldamente sobre una estancia que hube y compre yo el dicho capitán Francisco Floriano a *Isabel de Frías,* en jurisdicción y término de ésta ciudad, *junto a Sierra Picota*". Por este documento se establece que las tierras que fueron de doña Isabel de Frías, "hija y universal here-

dera del capitán Juan de Villanueva", pasaron a poder del Capitán don Francisco Floriano y que estaban situadas *"junto a Sierra Picota"*.

En febrero de 1665 tuvo lugar en la ciudad de Mariquita el remate de los bienes muebles y raíces "que quedaron por fin y muerte de doña Gertrudis Plaza de Arce". (Ya se vio que ésta era esposa del Capitán Francisco Floriano, y que éste había adquirido las tierras de que se trata de doña Isabel de Frías, hija y universal heredera de don Juan de Villanueva). Dichos bienes fueron rematados por el Capitán Francisco Calvo, marido de doña Ana María de Floriano. El 2 de agosto de 1681 ante el Alcalde de Mariquita se hizo "trance y remate del trapiche, esclavos, tierras, ganados,.... y demás aperos que quedaron por fin y muerte del capitán Francisco Floriano", los que fueron rematados por Pedro Ruiz Montero. (Cuaderno número 3, folios 89 vuelto y siguientes).

Como Calvo había rematado los bienes del Capitán Floriano, y a la muerte de aquél se verificó un nuevo remate hecho por Pedro Ruiz Montero, las tierras de Villanueva quedaron en poder de este último.

De poder de don Pedro Ruiz Montero pasaron estas tierras al patrimonio de don Alonso Fernández Izquierdo, como se desprende del documento de venta que en el año de 1699 hace Diego Estrada Jaramillo a Juana de Rivera en que se lee: "que sus linderos son.... y por el otro lado lindando con las tierras que llaman de 'El Surco' y fueron de don Francisco Floriano y sus herederos, y hoy losson de los del capitán Alonso Fernández Izquierdo". Obsérvese que aquí los terrenos que fueron del Capitán Francisco Floriano y sus herederos, y que hoy son de don Alonso Fernández Izquierdo ya se llaman "El Surco".

Aparece en autos un documento sobre vista de ojos y reconocimiento de los límites y linderos de "El Surco", que en opinión de la Sala es de grande importancia y que por ello se transcribe en seguida casi en su totalidad:

"En jurisdicción de San Sebastián de Mariquita, *al pié de un farallón o cerro que está en frente de la dicha ciudad a parte del oriente,....* el capitán don Francisco Fernández de Castañeda, alcalde ordinario de dicha ciudad, en conformidad del auto por su merced proveído en diez y siete de éste presente mes y año *para hacer la vista de ojos y reconocimiento de los límites y linderos* contenidos en dicho auto, *de las tierras llamadas 'El Surco', que fueron de doña Isabel de Montalvo,* y que hoy posee el sargento mayor don Juan Santos Marcos Martínez como marido y conjunta persona de doña Isabel Fernández Gaitán Garavito, ***hija legítima y heredera del capitán Alonso Fernández Izquierdo*** y de doña Ana María Gaitán Garavito, *vino a este farallón y con vista de estos autos y los instrumentos de los dichos límites que tiene presentados* el dicho sargento mayor don Juan Santos Marcos Martínez, así en el testimonio del apuntamiento del ejico y pasto común de esta ciudad, como los que constan en la escritura *de la dicha doña Isabel de Montalvo, llamada comunmente doña Isabel de Frías, en favor de don Francisco Floriano,* inserta en la real ejecutoria y la de la partida de composición de tierras que hizo en el año de mil seiscientos treinta y siete, Domingo García, el pedazo de tierra llamado *Sierra Picota,* contenida en la venta que hizo al susodicho doña Isabel de Montalvo. Reconoció su merced el dicho señor Alcalde en mi presencia, y de los testigos infrascritos, con asistencia de Pedro García de Platas, procurador General de la dicha ciudad, y de dicho sargento mayor don Juan Santos Marcos Martínez, *ser este dicho farallón el mismo que da por lindero el capitán Francisco Núñez Pedroso a la estancia del capitán Villanueva,* con el ejido y pasto común que dio y señaló a la dicha ciudad en la fundación de ella *y desde dicho farallón mirando hacia la parte norte un morrito llano de sabana que está en la estancia que fué de doña Beatriz Pedroso el cual suelen llamar cerro de Gonzalo de Rivera,* y en el intermedio de este dicho farallón al dicho morrito hace una ceja el monte de una quebrada que llaman La Toma, y después de los susodichos, el dicho señor Alcalde, en presencia de los dichos testigos infrascritos y con asistencia del dicho procurador general Pedro García Platas, y sargento mayor don Juan Santos Marcos Martínez, fueron bajando por las dichas tierras del Surco abajo, jas llegar a donde se aparta el camino que va de dicha ciudad al puerto de Honda para la *Sierra Picota,* y allí hizo su merced leer la venta que hizo doña Isabel de Montalvo a Domingo García, vecino y cirujano de dicha ciudad, el año pasado de mil seiscientos treinta y dos, del pedazo de dicha tierra que en dicha escritura se expresa, y se halló y reconoció estar las señas que da de la quebrada pegada al farallón o cerrito, en la forma que en la dicha escritura está expresado, y que la dicha quebrada va corriendo hasta entrar en otra que llaman de Padilla, *abrazando un cerro que llaman Sierra Picota,* y lo firmó su merced y lo firmaron dichos testigos." (Subraya la Sala. Cuaderno número 3, folios 44 y siguientes).

En este documento se halla una relación muy completa de la tradición de los terrenos que desde algún tiempo atrás se llamaban de "El Surco" y que según él son los mismos que fueron del Capitán Villanueva, los que heredó su hija doña Isabel de Montalvo "llamada comunmente doña Isabel de Frías" y que ésta vendió a don Francisco Floriano.

Por esta diligencia se pueden localizar tres puntos correspondientes a los linderos de las tierras del Surco a saber:

1º "Un farallón o cerro que está al frente de la dicha ciudad (Mariquita) a parte del Oriente."

2º "Un morrito llano de sabana que está en la estancia que fue de doña Beatriz Pedroso el cual suelen llamar cerro de Gonzaló de Rivera."

3º El lindero denominado Sierra Picota.

Posteriormente se hicieron otras dos diligencias de vista de ojos y reconocimiento que nada agregan a la ya analizada por constituír prácticamente una repetición de ella.

En el año de 1725 se hizo una demarcación de los ejidos de la ciudad de Mariquita, los que, como se ha visto, limitaban con las tierras que fueron de Villanueva. Esta diligencia es muy semejante a las anteriores; tiene de particular que en ella se denomina al "farallón o cerro que está en frente de la dicha ciudad a parte del oriente...." con el nombre de "cerro a farallón de Penagos". (Cuaderno de pruebas despacho número 751, páginas 15 vuelta a 17).

Los tres puntos que a través de la documentación presentada figuran como linderos de las tierras de "El Surco" no han sido sin embargo determinados sobre el terreno, ni se determinan precisamente por los datos suministrados en los documentos vistos. Quizá un estudio de expertos en la materia podría ilustrar más el punto y conducir a una conclusión diferente. El farallón situado al frente de Mariquita, el morrito o cerro de Rivera y la Sierra Picota son indicaciones que acaso servirían hoy para identificar los puntos respectivos y talvez hecha esa identificación se podría llegar a la de las tierras del Surco. Las solas referencias a esos puntos no determinados, cuya ubicación se ignora, no son suficientes para dar la certidumbre necesaria a la determinación exigida por la ley.

* * *

Anteriormente se estudiaron los documentos que alcanzan hasta el año de 1725. Sigue en orden cronológico, el examen de la copia de una escritura bastante incompleta, de la cual no se sabe en qué año ni en dónde fue otorgada, por la que Pulino Villafaña vende a Manuel García del Barrio, "....un pedazo de tierras, (roto).... en esta jurisdicción, cuios linderos se extienden, desde el pie del cerro de Penagos que se divisa desde esta ciudad, linda con el ejido de ella, y desde dch, pie linea (roto) otra joyada que llaman de las tres piedras (roto) inmediatas a dcha. joyada (roto), cojiendo, por la ceja o pretil de dcha. loma al lado de la Toma o cerro de la Picota (roto) avansa siguiendo dcho. pretil hasta donde (roto) cojiendo la ceja del monte Baynillo, desviando del (roto) cuatro varas hasta donde de (rotos los dos primeros renglones) a cojer la loma que baja del cerro de Penagos lindando con tierras de Padilla y (roto) decha. zanja o pretil linda con tierras mias tierras mencionadas y compré con las (roto) otorgada en esta ciudad el año pasado de (roto)...." Claramente se ve que por este documento es imposible establecer identificación alguna del terreno.

"En el año de 1799, por escritura otorgada en Mariquita —Documento número 23— Rosa García vende a José María Toro 'mi pedazo de tierras llamado El Potrero.... (borrado) las que quedan de El Surco que son herencia de mis difuntos padres.... (borrado) señalando como señalo los linderos de dcha.... (borrados completamente los últimos renglones de la plana) de dchas. tierras'." Nada agrega este documento a lo ya visto.

En el año de 1838, por escritura otorgada en Mariquita —documento número 22— Nicolás Moya, a nombre de los herederos de José María Toro, vende a Ignacio Aranzález "las tierras nombradas 'El Fraile' situadas en jurisdicción de ésta ciudad, en la cantidad de ciento noventa pesos en dinero contado, los linderos de dichas tierras son los siguientes, de la cabecera de la loma alta linea recta al cerro que está en frente, y de este cerro abajo hasta enfrentar con la misma punta de la misma loma alta, cuyos linderos son los mismos qe. constan en la póliza qe. se agrega:...." De este documento no se puede deducir que las tierras en él llamadas "El Fraile", sean las mismas compradas con el nombre de "El Potrero" por José María Toro a Rosa García en el año de 1799.

En el año de 1848, fue otorgado el testamento del doctor Ignacio Aranzález; en él declara como bienes suyos "el terreno nombrado 'El Fraile' por los linderos según las escrituras que existen en mi poder en las cuales constan sus linderos". No se dan linderos de "El Fraile".

Según escritura número 13 otorgada en Lérida en el año de 1854, Gustavo Escobar vende a Narciso Guzmán "....todos los derechos acciones y deberes que le corresponden, según el documento otorgado en la ciudad de Mariquita a treinta de agosto de mil ochocientos treinta y dos...." En este documento consta que el presbítero Miguel Cornelio García, hijo de Manuel García del Barrio y de Onapia Figueroa y Camacho, traspasó al presbítero José León Leiva "un pedaso de tierras de las nominadas del Surco jurisdicción de esta ciudad, ...cuyos linderos son los siguintes: por el lado de Mariquita desde donde nace la quebrada nombrada Rabo de Gallo, pegando con el cerro bajo que hai y pega con Penagos y Caracolí, aguas abajo hatá. la

punta del cerro del Fraile, este tomando linea recta al cerro que divide el llano de padilla de el del Surco este arriba háta. el cerro mencionado que divide los expresados llanos y tierras qe. son hoi de Ignacio Aranzález...." y que el presbítero José León Leiva traspasó a Gustavo Escobar.

Hemos visto que aquel Manuel García del Barrio compró a Paulino Villafaña un pedazo de tierras probablemente el lote vendido por Gustavo Escobar a Narciso Guzmán hacía parte de aquél, pero no se puede hacer una identificación precisa de los terrenos. El lote vendido por Escobar fue precisamente la herencia que correspondió a Miguel García del Barrio.

De estos documentos se deducen los siguientes hechos: del globo de terreno comprado por Manuel García del Barrio, una parte fue comprada por José María Toro a Rosa García en 1799 y otra parte llegó a poder de Gustavo Escobar en el año de 1842, y parece ser la herencia que correspondió a Miguel Cornelio García, hijo de Manuel García del Barrio.

Las tierras compradas por José María Toro, fueron vendidas con el nombre de "El Fraile" a Ignacio Aranzález en 1838; pero no se puede establecer de manera cierta que la venta se refiera al mismo terreno comprado por aquél a Rosa García.

El predio que llegó a poder de Gustavo Escobar en 1842, fue vendido por éste a Narciso Guzmán en 1854, parece que con el nombre de "El Surco".

La Sala está en completo acuerdo con la Sección Técnica del Ministerio al apreciar que los títulos que acaban de analizarse no contribuyen a aclarar puntos relacionados con la localización de las tierras, pues ni siquiera puede establecerse que se refieran al mismo predio. Parcialmente se transcribe arriba la parte de la documentación que puede contribuir a la localización de los linderos, pero a través de toda ella aparece solamente una información vaga en extremo que no conduce a clarificar esta cuestión fundamental.

La explotación económica.

El señor apoderado de la Compañía avisante en su alegato de conclusión ante la Corte, propone a la Sala la aplicación de la doctrina llamada de explotación económica. Esa jurisprudencia fue aplicada por primera vez en la sentencia proferida por la Corte el 5 de agosto de 1942 en el juicio que se surtió con motivo del aviso dado por la Texas Petroleum Company sobre tierras situadas en el Municipio de Chaparral *(Gaceta Judicial,* tomo LII, páginas 781 y siguientes) y ratificada posteriormente entre otros fallos en el proferido el 15 de abril del año en curso (aviso de la Compañía de Petróleos Shell —tierras de San Rafael).

En los fallos aludidos se estudia ampliamente por la Corte el alcance de la Ley de 11 de octubre de 1821, en la que se reconoció la posesión inmemorial de que habla la legislación indiana como medio legítimo para llegar al dominio sobre lo cultivado y explotado. Allí se advierte que el incurrir en la omisión de sacar oportunamente los títulos, los poseedores de tiempo inmemorial o de justa prescripción, a que se refiere la Ley de 1821 no constituye fundamento jurídico, para deducir que, por ese solo hecho, los poseedores que en ello incurrieron hubiesen sufrido la sanción prevista en el artículo 5º de dicha Ley y que, por tanto, sus tierras hubiesen vuelto automáticamente, por el transcurso del tiempo señalado sin el cumplimiento de la obligación, al dominio de la República. Y como la posesión inmemorial o justa prescripción daba derecho a ir por el título, conforme a la Ley de 1821, por la explotación económica de las tierras poseídas, debe acreditarse hoy esa explotación para poder alcanzar la declaración judicial de propiedad sobre tierras realengas poseídas a título de justa prescripción o por posesión inmemorial durante la Colonia.

En el primero de los casos en que se aplicó esta jurisprudencia, la Compañía avisante (Texas Petroleum Company), logró demostrar que en los terrenos a que se concretaba el aviso se cumplió la explotación económica de que se viene hablando, con anterioridad a 1821. En el segundo caso se llegó a la conclusión de que el predio que comprendía el aviso se encontraba dentro de otro mayor en el que se cumplieron también la posesión y explotación aludidas.

En el expediente formado para el caso que ahora se estudia figuran varios documentos demostrativos de posesión y explotación económica sobre unas tierras que fueron primeramente concedidas en merced, por la Corona Española, a don Juan de Villanueva en 1581 y 1589; que después, en 1617, pasaron a poder de doña Isabel de Montalvo, o Isabel de Frías; que en 1665 fueron rematadas "por y muerte de doña Gertrudis Plaza de Arce"; pero de la documentación estudiada por la Sala no se puede obtener, por los datos que aquellos documentos aportan, la localización de las tierras a que ellos se refieren. Esto en cuanto a los títulos aducidos ante la Corte.

En referencia a la titulación presentada ante el Ministerio la Sala llegó ya a la conclusión de que ella no contribuye a aclarar los puntos relacionados con la localización de las tierras, pues

ni siquiera puede establecerse que se refieran al mismo predio.

No niega la Corte que se hallan en el expediente varios documentos antiguos (inventarios, capellanías, etc.), en los que aparece la verificación de la explotación económica sobre unas tierras; pero éstas no se han indentificadó como las del aviso.

No se puede hacer la declaración de que con respecto a las tierras del aviso se ha consumado la prescripción adquisitiva frente al Estado porque no se ha demostrado que sean las mismas que fueron explotadas económicamente con anterioridad al año de 1821. Y debe hacerse aquí la misma observación que se hizo arriba con relación a la determinación de los linderos de "El Surco"; quizá un estudio de expertos en la materia podría llegar a identificar los terrenos en que la explotación económica aparece acreditada con los que son materia del aviso de exploración.

Las anteriores consideraciones ponen de manifiesto que de acuerdo con la ley no se pueden declarar fundadas las pretensiones de la Compañía avisante en el presente juicio.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide que no es fundada la pretensión de la Compañía de Petróleos Shell de Colombia en el presente aviso de exploración.

Publíquese, notifíquese, cópiese, devuélvase al Ministerio del ramo e insértese en la *Gaceta Judicial.*

José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

RECURSO DE SUPLICA

El "Tesoro Nacional" no es persona jurídica para que pueda ser demandado (artículos 73 y 633 del Código Civil; 8º, Ley 153 de 1887; Constitución, artículo 202, y artículo 5º del Código Fiscal). En consecuencia, una demanda dirigida contra el "Tesoro Nacional" y no contra la "Nación", que es la entidad de derecho público con personalidad jurídica para comparecer en juicio como actora o demandada, adolece del defecto de no expresar el nombre de la parte que debe comparecer en juicio como demandada, y, por consiguiente, al tenor de los artículos 205 y 738 del Código Judicial, no puede dársele curso mientras no sea corregida en esa forma.

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de Unica Instancia—Bogotá, agosto diez y siete de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

En la demanda promovida por el doctor Carlos J. Galindo "contra *el Tesoro Nacional,* entidad de Derecho Público" por determinadas prestaciones, el honorable Magistrado Ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta, dictó el auto de trece de julio último en el sentido de declararla "inadmisible" "por cuanto aparece dirigida contra *el Tesoro Nacional,* denominación ésta que no corresponde a ninguna entidad de derecho público capaz de comparecer en juicio".

No conforme con tal proveído, el demandante se ha alzado en súplica contra él, y a decidir tal recurso se procede sin poner lo actuado a disposición de la "contraparte" porque, como se verá en lo que se pasa a exponer, el actor ha omitido la designación de esa contraparte.

En concepto de la Sala de Decisión, no pueden ser sujetos activos ni pasivos en los juicios, como demandantes o como demandados, sino las personas naturales o las personas jurídicas. Los artículos 73 y 633 del Código Civil dicen quiénes son estas últimas, y el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 expresa que la Nación, los Departamentos, los Municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, las corporaciones creadas o reconocidas por la ley, son personas jurídicas.

El Tesoro Nacional, según esto, y a juicio de la Sala de Decisión, no es persona jurídica; no es un sér distinto de la Nación, ni una creación de la ley, por lo mismo que lo constituye el conjunto de bienes, rentas, valores, derechos y acciones pertenecientes a la Nación (Constitución, artículo 202; Código Fiscal, artículo 5º), o, en sentido más limitado, el dinero que ingrese a las oficinas nacionales, a cualquier título.

La demanda que, como la presente, se dirija "contra *el Tesoro Nacional*" y no contra la Nación, que es la entidad de derecho público con personalidad jurídica para comparecer en juicio como actora o como demandada, adolece del defecto de forma consistente en no expresar el nombre de la parte que debe comparecer en el juicio como demandada, y, por consiguiente, a tenor de los artículos 205 y 738 del Código Judicial, no puede dársele curso mientras no sea corregida en esa forma.

En razón de lo expuesto, esta Sala de Decisión de la de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia reforma el auto materia de la súplica, el cual quedará así:

A la demanda promovida por el señor Carlos J. Galindo, no se le dará el curso legal, mientras no sea corregida por el actor en el sentido indicado en la parte motiva del presente auto.

Notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Fulgencio Lequerica Vélez, Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta.—El Secretario, *Manuel Pineda Garrido.*

ESTADISTICA

de los negocios repartidos y fallados por las distintas Salas de la Corte Suprema de Justicia, del 1o. de mayo de 1940 al 31 de enero de 1944, así:

SALA PLENA

MAGISTRADOS	REPARTIDOS		Totales	Fallados	Existencia
	1º de mayo de 1940	Del 2 de mayo de 1940 al 31 de enero de 1944			
DOCTORES					
Aguirre	2	6	8	4	4
Arango	2	1 3	7	3 3 = 6	1
Anzola	0	4 1			
Cardoso	2	3	5	4	1
Cepeda	2	4	6	6	0
Donado	?	1 3	5	1 1 = 2	3
Blanco N.	0	2 2			
Escallón	3	3	6	2	4
Fernández de Soto	1	2 3	6	1 1 = 2	4
Caicedo	0	2 2			
Bruno	0	1 1		0	
Hinestrosa D.	1	4	5	2	3
Lequerica V.	1	4	5	3	2
Montalvo	1	4	5	1	4
Salamanca	1	4	5	5	0
Tapias P.	1	3	4	2	2
Totales	19	48	67	39	28

SALA PLENA EN LO CIVIL

Arango	0	1	1	1	0
Cardoso	0	1	1	1	0
Cepeda	0	1	1	1	0
Donado	0	1 = 1	1	0	1
Blanco N.	0	0			
Escallón	0	0	0	0	0
Hinestrosa D.	0	0	0	0	0
Lequerica V.	0	0	0	0	0
Salamanca	0	0	0	0	0
Tapias P.	0	0	0	0	0
Totales	0	4	4	3	

(Continúa).

SALA DE CASACION CIVIL

MAGISTRADOS	REPARTIDOS		Totales	Fallados	Existencia
	1º de mayo de 1940	Del 2 de mayo de 1940 al 31 de enero de 1944			
DOCTORES					
Arango	11	72 } 110	83 } 121	86 } 109	12
Anzola	0	38 }	38 }	23 }	
Cepeda	11	108	119	100	19
Escallón	12	106	118	105	13
Hinestrosa D.	11	105	116	109	7
Lequerica V.	12	106	118	99	19
Salamanca	11	105	116	105	11
Totales	68	640	708	627	81

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Donado	50	79	129	97	
Chaves	0	13=249	13=299	6=230	69
Blanco N.	0	157	157	127	
Cardoso	48	278	326	285	41
Tapias P.	50	275	325	276	49
Totales	148	802	950	791	159

SALA DE CASACION PENAL

Aguirre	62	298	360	270	90
Bruno	59	299	353	288	70
Montalvo	49	302	351	274	77
Totales	170	899	1.069	832	237

NOTAS

1 a El doctor Anzola y el doctor Arango forman una sola Mesa.

2.a Los doctores Donado, Chaves y Blanco N. forman una sola Mesa.

3.a El doctor Absalón Fernández de Soto desempeñó el empleo de Magistrado en la Mesa correspondiente hoy al doctor Francisco Bruno, desde el 1º de mayo de 1940 hasta el 10 de septiembre de 1942, fecha ésta en que lo reemplazó como interino el doctor Bruno hasta el 21 del mismo septiembre. El 22 ocupó el puesto como suplente el doctor Manuel Caicedo Arroyo, quien lo desempeñó hasta el 4 de agosto de 1943; y del 5 de este mes en adelante se encuentra desempeñándolo, elegido en propiedad, el doctor Bruno.

Del total de negocios adscritos a esta Mesa fueron despachados del 1º de mayo de 1940 al 31 de enero de 1944, 288, así:

Doctor Fernández de Soto	189
Doctor Caicedo Arroyo	72
Doctor Bruno	27
Total	288

El Presidente de la Corte,

ISAIAS CEPEDA

El Secretario,

Pedro León Rincón

ACTIVIDADES DE LA CORTE SUPREMA

Moción de homenaje a la memoria del doctor Germán B. Fernández.

En la sesión de la Sala Plena del día 5 de agosto del presente año fue aprobada, por unanimidad, la siguiente moción:

"La Corte Suprema de Justicia, al registrar con dolor el fallecimiento del doctor Germán B. Fernández, Magistrado que fue de esta Corporación, rememora sus capacidades de jurisconsulto, sus virtudes de ciudadano y los servicios que prestó al país en aquel y otros altos cargos y en la Cátedra Universitaria.

"Copia de esta proposición se enviará en nota de estilo a la familia del finado."

Confirmación de nombramientos.

Durante los meses de agosto a diciembre del presente año, la Corte —en Sala Plena— ha confirmado los siguientes nombramientos de Magistrados suplentes de Tribunales Superiores:

Tribunal de Ibagué: doctor Alonso París Bonilla.

Tribunal de Pasto: doctor Sofonías Fajardo.

Tribunal de Santa Marta: doctor Rafael Rovira Bolaño.

Tribunal de Medellín: doctores José Gallo Gómez, Francisco Emilio Gómez, Rafael Ramírez Zuloaga y Luis Sierra H.

Tribunal de Popayán: doctor Higinio Solarte.

Miembro de la Junta Asesora de Petróleos.

En su sesión del 30 de septiembre, la Sala Plena de la Corte reeligió al doctor Manuel J. Ramírez Beltrán, miembro de la Junta Asesora de Petróleos.

Escribiente de la Sala de Casación Penal.

El día 26 de agosto fue nombrado el señor Luis Alfredo Rey, Escribiente de la Sala Penal, en reemplazo del señor Oscar Parra.

CONJUECES DE LA CORTE SUPREMA

Para el año de 1944, las varias Salas de la Corte eligieron los siguientes Conjueces:

Sala de Casación Civil.

1.—Doctor Otto Barrios Guzmán.
2.—Doctor Juan Francisco Mújica.
3.—Doctor Alberto Zuleta Angel.
4.—Doctor Hernán Copete.

5.—Doctor José Arturo Andrade.
6.—Doctor Luis Felipe Latorre.
7.—Doctor Luis Benjamín Martínez.
8.—Doctor Timoleón Moncada.
9.—Doctor Manuel F. Caamaño.
10.—Doctor Eduardo Rodríguez Piñeres.
11.—Doctor Rafael Ruiz Manrique.
12.—Doctor Milciades Cortés.

Sala de Casación Penal.

1.—Doctor Carlos Arturo Díaz.
2.—Doctor Jesús Echeverri Duque.
3.—Doctor Manuel José Salazar.
4.—Doctor Carlos Vicente Rey.
5.—Doctor Hernando Carrizosa Pardo.
6.—Doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola.
7.—Doctor Jorge Eliécer Gaitán.
8.—Doctor Guillermo Morales Peña.
9.—Doctor Eduardo Piñeros y Piñeros.
10.—Doctor Luis Caro Escallón.

Sala de Negocios Generales.

1.—Doctor Jorge Gartner.
2.—Doctor Antonio J. Pantoja.
3.—Doctor Carlos H. Pareja.
4.—Doctor Camilo Muñoz Obando.
5.—Doctor Carlos J. Medellín.
6.—Doctor Fabio Hernández.
7.—Doctor Esteban Jaramillo.
8.—Doctor Gabriel Rodríguez Ramírez.
9.—Doctor Emilio Ferrero.
10.—Doctor José A. Gutiérrez Ferreira.

REFORMAS JUDICIALES

En el presente año, el Congreso dictó las siguientes Leyes, las cuales contienen importantes reformas en materia civil, penal, procesal y de organización judicial:

Ley 4 de 1943.

Esta Ley modificó las siguientes normas:

a) Del Código Penal, los artículos 397 y 402; y
b) Del Código de Procedimiento Penal, los artículos 394 y 406.

Derogó, además, las siguientes normas del Código de Procedimiento Penal: artículos 497 y 498, 500 y 501, 503 y 504, y 531 a 534.

Ley 5 de 1943.

Faculta al Gobierno para variar la radicación de causas criminales que se sigan contra los miembros de la Policía Nacional por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones, aunque no reúnan las condiciones generales establecidas para cambios de radicación, y fija, como lugares de detención de los mismos, los cuarteles de las Unidades a que pertenezcan los procesados, a órdenes del funcionario respectivo.

Ley 10 de 1943.

Aprueba el "Protocolo sobre uniformidad del régimen legal de los poderes", abierto a la firma de los Estados miembros de la Unión Panamericana el 17 de febrero de 1940.

Ley 67 de 1943.

Modifica la organización de la Corte Suprema de Justicia, en lo siguiente:

a) Aumenta en dos Magistrados cada una de las Salas de Casación Penal y de la Sala de Negocios Generales;
b) Elimina la Sala Plena en lo Civil y la Sala Civil de Unica Instancia, y atribuye sus funciones a la Sala de Negocios Generales;
c) Atribuye a los Tribunales Administrativos el conocimiento de las apelaciones y de los incidentes de excepciones y tercerías suscitados en los juicios de jurisdicción coactiva en asuntos nacionales, departamentales y municipales, cuando la cuantía sea menor de quinientos pesos, y al Consejo de Estado, cuando la cuantía sea mayor de esta suma.

Además, establece el procedimiento a seguir en estos juicios y en los recursos de que trata el artículo 34 del Código Contencioso Administrativo, y computa —para los efectos de las prestaciones sociales de los funcionarios del Poder Judicial y del Ministerio Público— el tiempo durante el cual éstos hayan ejercido funciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Gobernadores, Senadores y Representantes.

Ley 104 de 1943.

Modifica el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto —en la formación de los procesos por peculado— autoriza al Contralor General de la República para intervenir, por sí o por medio de sus agentes, en tales procesos, y para solicitar las pruebas que estime convenientes para el esclarecimiento de los hechos.

Ley 120 de 1943.

Crea la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, integrada por tres Magistrados, y el Juzgado Superior de Garzón, y modifica la composición de los Circuitos del Distrito Judicial de Neiva, creados por el Decreto-ley 1774 de 1936.

INDICE

SALA PLENA

Págs.

Artículo 15 de la Ley 67 de 1935, acusado como inconstitucional.—Se declara inexequible el artículo 15 de la Ley 67 de 1935, que reglamenta el ejercicio de la profesión de medicina y cirugía, acusado por el doctor Maximiliano Galvis Rangel 1

Artículo 258 de la Ley 167 de 1941, acusado como inconstitucional.—Se declara inexequible el artículo 258 de la Ley 167 de 1941, orgánica de la jurisdicción contencioso-administrativa, acusado por el doctor Carlos H. Pareja. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón.... 3

Competencia positiva provocada por la Corte al Consejo de Estado para el conocimiento de la demanda de inexequibilidad de los Decretos extraordinarios 1570 de 1942 y 260 de 1943. Se resuelve provocar competencia positiva al Consejo de Estado, a fin de que se abstenga de seguir conociendo de la demanda presentada por el doctor Olegario Medina, sobre ilegalidad de los Decretos 1750 de 1941 y 260 de 1943. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 6

Salvamento de voto, Magistrado doctor José Antonio Montalvo 9

Inexequibilidad del ordinal 16, atribución 16, del artículo 169 de la Ley 4ª de 1913.—Se declara inexequible el numeral 16, facultad 16, del artículo 169 de la Ley 4ª de 1913, sobre régimen político y municipal. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 10

Demanda de nulidad de la elección de Segundo Designado para ejercer el Poder Ejecutivo. Se declara que no es nula la elección verificada por el Congreso, en la persona del señor Aníbal Badel para ejercer el cargo de Segundo Designado a la Presidencia de la República. Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola.... 13

Aclaración de la anterior sentencia.—Magistrado, doctor Daniel Anzola 18

Artículo 7º de la Ley 160 de 1936, acusado como inconstitucional.—Se declara exequible el artículo 7º de la Ley 160 de 1936, orgánica del petróleo, en las partes transcritas. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 19

Demanda de nulidad de la elección de primer suplente de un Consejero de Estado.—Se declara válida la elección del doctor José P. Esmeral, hecha por el Senado, para primer suplente del Consejero de Estado doctor Tulio Enrique Tascón. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 21

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

Págs.

Reivindicación. Comunidad.—No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el diez de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio reivindicatorio promovido por Octavio Laserna Villegas contra Gerardo Londoño. 25

Acción de resolución de un contrato por pretendida falta de pago del precio.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el seis de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario incoado por Angel de Jesús Torres Tamayo y otros contra Pastor Hernández. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 28

Invalidación de un contrato de compraventa de bienes raíces por mutuo consentimiento de los contratantes.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintisiete de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario promovido por Antonio Linares contra la sucesión de Lisandro González. Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola 30

Restitución de términos.—No se accede a decretar la restitución del término que solicita el apoderado de la parte recurrente, señores Jesús Valbuena Casas, Manuela Baracaldo y otros. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 35

Acción de simulación ejercitada por el acreedor. No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el veintisiete de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de simulación instaurado por Alfonso Barberena A. contra Lázaro Botero O'Byrne, Ana Francisca Barberena y otros. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 39

Reivindicación. Litigios entre colonos sobre mejor derecho a la adjudicación de tierras baldías.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el once de junio de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio reivindicatorio de Emperatriz Cardena viuda de Henao contra Bernardo Echeverri J. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 44

Acción de resolución de un contrato. Atribuciones de los gerentes, gestores o administradores de las sociedades colectivas y de las anónimas.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, el diez y nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de resolución de un contrato e indemnización de

Págs.

perjuicios seguido por Carlos Sus contra la Sociedad Textiles Atlántico, S. A. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 49

Jurisdicción en asuntos referentes al contrato de trabajo.—No es susceptible de ser considerada en casación, por falta de jurisdicción de la Corte, la providencia del Tribunal de Pasto, dictada el veintiuno de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio seguido por Ernesto Vogt contra Bernardo Alvarez y Antonio José Meneses. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 53

Acción de nulidad de un contrato.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el quince de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de nulidad promovido por Julio Roberto Sandoval Mojica contra Dolores Sandoval de Salcedo. Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola 58

Acción de petición de pago de una suma de pesos por perjuicios.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintisiete de julio de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de indemnización de perjuicios iniciado por Laurentino Pardo contra el Municipio de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 63

Acción de revisión de sentencia proferida en juicio especial de venta de la finca hipotecada. Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el veintisiete de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de revisión propuesto por la señora Esperanza Ardila contra Manuel J. Martínez. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 67

Acción de responsabilidad contractual. Transporte de personas. Transmisibilidad a los herederos del damnificado de la acción de responsabilidad civil de la culpa contractual.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintidós de junio de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de indemnización seguido por Emilia Jiménez Salas contra la Compañía del Ferrocarril de Cundinamarca. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 74

Acción de nulidad absoluta de un contrato por demencia de uno de los contratantes cuando se celebró.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintiuno de julio de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de nulidad adelantado por el curador de Jaime Arroyo Clano contra Soledad Silva Ordóñez. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca. 81

Acción principal de resolución de un contrato. Acusación en casación por error de hecho. Mejoras en baldíos.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el primero de junio de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de resolución seguido por Tobías Ortiz contra Manuel María Moreno. Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola **85**

Acción de resolución de un contrato y de reivindicación.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintidós de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de resolución iniciado por Florentino Rodríguez N. contra Gregorio Lamprea. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 91

Acción de disminución del precio de venta de una finca raíz por vicios redhibitorios en ella.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veinticuatro de julio de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de rebaja del precio por vicios redhibitorios de la cosa promovido por Gabriel Vergara Rey y Santiago Abadía contra los cónyuges Inocencio P. Izquierdo y María Luisa Izquierdo de Izquierdo. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 95

Acción principal de rescisión de un contrato por lesión enorme.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el treinta y uno de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio de lesión enorme seguido por Efraím y Joaquín Collazos V. contra Angel María y Antonio José Castro B. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 100

Constitución y disolución de las sociedades mercantiles. Supervivencia de la sociedad en estado de liquidación.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, el ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio que para el pago de una suma de pesos siguió José Cure B. contra la sucesión ilíquida de Justiniano Zambrano B. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 103

Acción petitoria de pago de perjuicios.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veinte de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de perjuicios iniciado por Dolores García viuda de López contra el Municipio de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 109

Depósito.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintiocho de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio sobre depósito de unas joyas promovido por la señora Leticia Hernández viuda de Mac-Cormick contra Héctor Mac-Cormick. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 112

Recurso de casación. Cuantía de la acción para el recurso de casación.—Se estima bien denegado el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, pronunciada el veinticinco de enero de mil novecientos cuarenta y tres, en el ordinario de reivindicación seguido por Ramón Sánchez contra Jorge E. Moreno. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca.. 115

Reivindicación.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el quince de julio de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de reivindicación iniciado por Georgina Salcedo Gil contra Luis María, Carmen, Mercedes y María Rodríguez Lugo. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 117

Acción de nulidad de un contrato de compraventa. Nulidad e inexistencia. Acusación por error de hecho en la apreciación de las pruebas.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Págs.

Popayán, el trece de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de nulidad adelantado por Dolores Delgado contra Domingo Lemos Guzmán. Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola 123

Reivindicación. Acumulación de acciones.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el veinticuatro de julio de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio reivindicatorio seguido por Salvador Restrepo contra Ascensión Jiménez viuda de Restrepo y Sergio A. Pérez. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 129

Reivindicación. Apreciación de los indicios en casación. Representación en juicio.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el veintidós de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio de reivindicación promovido por Gabrielina Márquez contra la Compañía Agrocomercial Chipatecua, Serrano y Cruz. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 133

Acción de nulidad de un contrato de transacción.—Se casa parcialmente la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el catorce de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de nulidad adelantado por José Chaya contra The Legal Insurance Company Limited. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 135

Acción de nulidad de una hipoteca y de reivindicación. Certificado del Registrador.—Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, el veintiuno de abril de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de nulidad de una hipoteca instaurado por Tadeo Sánchez contra Hersilia de González. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 140

Reivindicación.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el dos de junio de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de reivindicación adelantado por Juan Clímaco, Amelia, Rafael Córdoba y demás hermanos contra Ramón B. Apráez y Romelia Córdoba de Apráez. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 144

No se aclara la anterior sentencia 150

Reivindicación. Estampillas. Copias de copias. Singularización de inmuebles.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio reivindicatorio promovido por el Conde de Bourmont contra la Compañía Minera del Nare. Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola 151

Acción petitoria de pago de una suma de pesos. Acciones que tiene a su favor el codeudor solidario que paga la totalidad de una deuda. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el diez y siete de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio que para el pago de una suma de pesos dirigió Calixto Torres Umaña contra Eduardo López Pumarejo. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda.... 161

Págs.

Acción para el pago de una suma de pesos. Mandato.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, el diez y siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio que para el pago de una cantidad de pesos promovió Juan Elles H. contra The Colombian Railways & Navigation Cº Ltd. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 165

Acción de simulación de un contrato. Qué debe entenderse por principio de prueba por escrito. Negocios fiduciarios. Mutuo disfrazado de compraventa.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio de simulación y nulidad seguido por Margarita García contra A. Noguera & Cía., Limitada. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 168

Transporte. Acción de perjuicios.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de indemnización de perjuicios promovido por Juan E. de las Salas contra la Compañía del Puerto y Terminal de Barranquilla, S. A. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 174

Acción principal de reivindicación.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el veinte de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio reivindicatorio de José María Vásquez y Toro contra Lía Ortiz Gaviria. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 178

Reivindicación.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el juicio reivindicatorio promovido por Manuel y Lorenzo Moreno contra Aníbal Delgado. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 183

Recurso de casación.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintitrés de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de filiación natural propuesto por Alicia Bernal Forero y otros contra Luis Bernal Granados. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 186

Acción para el pago de una suma de dinero.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el catorce de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio que para el pago de una suma de dinero inició Juan de Dios Franco contra la Compañía Luis Escrucería e Hijos. Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola 189

Acción petitoria de pago de una suma de pesos. No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el catorce de abril de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio ordinario por pesos seguido por James W. Crump contra Raúl H. Méndez. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 195

Acción de filiación natural. Interpretación del artículo 571 del Código Judicial. Investigación de la paternidad natural.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el diez de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio de filiación natural adelantado por

Págs.

María Dioselina Ríos de Melo contra Vicente Jiménez R. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 197

Acción petitoria de dos obligaciones distintas deben considerarse como una sola. Incongruencia.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario de Pedro Ignacio Uribe Uribe contra Luis Felipe Ramírez. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 208

Reivindicación. Naturaleza jurídica de la acción de deslinde. Explicación del alcance de una doctrina anterior de la Corte.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintitrés de junio de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de reivindicación instaurado por Pedro Antonio Castañeda Parra y sus hermanos contra Reinaldo Melo. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 212

Acción petitoria de que determinada persona es hija natural y no legítima de otra.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el diez de junio de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de filiación natural seguido por Alejandrina Romero G. contra Alejandrina Forero. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 217

Reivindicación de derechos de cuota en unas minas. Compañías mineras.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el cuatro de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario promovido por Clementina Delgado viuda de Restrepo y sus hijos contra Juvenal Gómez Agudelo y sus hermanos. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 221

Acción de investigación de una paternidad natural.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de filiación natural instaurado por Héctor Osejo contra María Quiñones viuda de Osejo. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 227

Acción de nulidad absoluta de un contrato de compraventa.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el diez y siete de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio de nulidad adelantado por Ana Rosa y Elisa Londoño O. contra Rosa María Urrego. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda.... 230

Acción petitoria de reconocimiento de una pretendida filiación natural.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de filiación natural seguido por Obdulia Guevara contra María de Jesús y Librada Castillo. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 234

Acción petitoria de pago de una suma de pesos. Prenda. Mandato sin representación.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el doce de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario adelantado por José Ignacio Pérez contra Nicolás Rosanía. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 237

Acción de nulidad de un contrato de reivindicación. Causa de las obligaciones. Indicios. Su apreciación en casación.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el veintiuno de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de nulidad y simulación promovido por Librada Oviedo de Nieto contra Ignacio Alvira. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 243

Acción de nulidad de un remate.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, el veintiséis de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio de nulidad adelantado por Ramón y José Balbino Duarte contra Secundino Puerto Aguilar. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 254

Acción petitoria de preferencia de un título de comprador de una finca raíz. Venta de una misma finca raíz a distintos compradores.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, el doce de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario de Emilio Salas Salazar y Miguel H. Mora contra Manuel S. Ordóñez. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 257

Acción de nulidad de un auto. Proyectos de sentencia. Autos que decretan la caducidad de la instancia.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, el treinta de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario que instauró la sociedad comercial Breuer, Moller & Cº, Sucs. contra Félix y Elías Zurek. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 265

Acción petitoria de filiación natural. Reconocimiento de hijos naturales bajo el imperio de la anterior legislación. Principio de la no retroactividad de las leyes.—No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el veinticinco de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de filiación natural promovido por Ana Rosa Ordóñez de Ardila contra Ramón Donato Ordóñez, Juana Victoria Ordóñez y Victoria Ordóñez de Martínez. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 268

Reivindicación.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el treinta de julio de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio reivindicatorio adelantado por Ana Victoria Carreño contra Celso, Raquelina y Ana Rosa Carreño. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 275

Reivindicación.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el primero de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de reivindicación iniciado por Eliseo Cruz Rojas contra José Bartolomé Daza, Francisco de Borja Ramírez y otros. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 278

Págs.

Acción reivindicatoria.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el veintiocho de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de reivindicación seguido por María Teresa Valencia de Osorio contra Bernardo Pérez. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca.. 281

Acción petitoria de declaración de una pretendida filiación natural.—No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintisiete de enero de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio de filiación natural instaurado por Adelia Pardo de Saboyá contra Drigelio Vásquez. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 284

Irresponsabilidad del dueño de un automóvil por el hecho dañoso de persona que al conducirlo causó la muerte de otra. Teoría de la guarda en Derecho francés. Alcance jurídico de la responsabilidad por el hecho de otro—Se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio que para el pago de unos perjuicios promovió Hortensia Parra de Gómez contra Noé Jiménez. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 287

Acción de resolución de un contrato y de reivindicación.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintitrés de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario seguido por Marco A. Cárdenas contra la sociedad comercial Colombia Motor Limitada. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 292

Responsabilidad civil por culpa. Hecho culposo de un tercero.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintitrés de enero de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio de indemnización de perjuicios instaurado por Leonor Herrera contra Marco Aurelio Rodríguez. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 296

Acción de revisión de unas sentencias. Cosa juzgada.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el doce de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de revisión de unas sentencias seguido por Alfonso Salcedo Salgar contra María Antonia Serrano de Gómez. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 303

Acción petitoria de declaración de una pretendida filiación natural.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el veintiocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de filiación natural iniciado por Luis Antonio Caicedo contra Joaquín A. Collazos Vásquez y otros. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 310

Acción de filiación natural.—Se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el diez de abril de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio de filiación natural iniciado por Alicia López contra Leontina Zuluaga viuda de Gómez y Alfredo Gómez. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 313

Págs.

Acción de declaración de dominio de un terreno. Se infirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el dos de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio ordinario de Jesús Antonio González contra Luis Felipe Herrera. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 315

Acción de pago de perjuicios. Culpa extracontractual. Responsabilidad delictual y cuasidelictual por hecho personal, por hecho de personas que están bajo dependencia de otra, por hecho ajeno.—Se casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el treinta de junio de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de indemnización de perjuicios adelantado por Manuel Olano contra la Empresa Taxis Rojos. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón. 318

Oposición a un deslinde. Técnica del recurso de casación.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, el diez y nueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de deslinde promovido por José María Iragorri contra José, Alfredo, Clelia, Josefina y Tulia Canencio. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 325

Jurisdicción en lo tocante a cuestiones del contrato de trabajo. Sociedad entre concubinos. Se casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el veintiocho de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio que para el pago de suma de pesos por concepto de prestaciones sociales entabló Ana Virginia Ordóñez contra Juan A. García. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez.. 330

Sociedades de hecho.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el diez y seis de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario de Eloísa Mendoza contra Píoquinto Cifuentes. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 335

Acción de responsabilidad por culpa extracontractual. Culpa contractual. Responsabilidad por el hecho ajeno.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de indemnización de perjuicios incoado por Eduardo Albarrán y Alejandrina Martínez contra Elvira Barriga de Calderón y otros. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 339

Filiación natural.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el veintitrés de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de filiación seguido por Manuel Cesáreo Rodas y Ester Julia Rodas contra Balvanera Grajales de Mesa y otros. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 345

Filiación natural.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el veinticuatro de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de filiación natural propuesto por Enrique Mejía

Págs.

y hermanos contra Pedro Pizano R. y hermanos. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 348

Rendición de cuentas.—Se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el dos de julio de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de cuentas iniciado por María del Rosario Perea viuda de Restrepo y otros contra Jorge Gómez Restrepo. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 350

Acción de nulidad de un contrato. Registro de la escritura social.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario instaurado por Amelia Sáenz de Cortés y María del Carmen Sáenz de Rey contra María de Jesús Pinzón y Angel María Sáenz. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 355

SALA DE CASACION PENAL

Sobreseimiento definitivo en favor del ex-Gobernador del Tolima, Mariano Melendro.—Se sobresee definitivamente en favor del doctor Mariano Melendro, ex-Gobernador del Departamento del Tolima, de los cargos que le ha hecho el indígena Estelia Bocanegra. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo. 360

Valor del veredicto del Jurado acerca de la enajenación mental del procesado.—No se invalida la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el treinta de junio de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio que condenó a Jaime Daniel Urrea a la pena principal de diez años de presidio por la muerte violenta de Débora Ocampo. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 362

Injusticia del veredicto considerada como motivo del recurso de casación. La faz de la causal 2ª—No se invalida la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el veintinueve de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio que condenó a Miguel Antonio Jiménez Valencia a la pena de diez y siete años de presidio por la muerte violenta de su propio padre. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 365

Injusticia del veredicto del Jurado considerada como motivo de casación a la faz de la causal 2ª—No se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, el veinticinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio que condenó a Juan de Dios Cucuñame a la pena de ocho años y trece días de presidio como responsable de la muerte de José Luciano Pajoy. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 368

Juicio de responsabilidad contra el ex-Gobernador de Cundinamarca, Antonio María Pradilla. Retardo punible en el nombramiento de suplentes de Notarios.—Se sobresee definitivamente en favor del señor Antonio María Pradilla, ex-Gobernador del Departamento de Cundinamarca, por los cargos que le formuló el doctor Alejandro Copete Mafla, ex-Presidente del Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 371

Págs.

Circunstancia de mayor peligrosidad diferente de la sevicia que es constitutiva de asesinato. No se invalida la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, el cuatro de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio que condenó a José León Rueda o Pedro León Delgado a la pena de doce años de presidio como responsable de la muerte de Rosendo Moreno. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 378

Circunstancia de mayor peligrosidad.—Se admite el desistimiento presentado por Juan de Dios Valencia y su defensor, del recurso de casación interpuesto contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito de Manizales, que condenó al primero a la pena de cuatro años de presidio por la muerte de José Miranda. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 380

Error sobre la prueba del cuerpo del delito. La pluralidad de delincuentes y el veredicto del Jurado.—Se invalida la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, el veintisiete de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, que condenó a Juan Francisco y Angel María Moreno a la pena de diez y siete años de presidio como responsables del homicidio consumado en la persona de José Rosario Moreno. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 382

Apreciación de los hechos que constituyen circunstancias de mayor o menor peligrosidad. No se invalida la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, el diez y nueve de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, que condenó a Jesús Murcia a la pena de tres años seis meses de presidio por la muerte de Jesús Monsalve. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 393

Nulidades en el proceso penal.—No se invalida la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que condenó a Carlos C. Martínez a la pena de once años de presidio, como responsable de la muerte de Antonio Luis de León. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 395

Restitución de términos en casación.—Se ordena enviar el expediente al señor Procurador Delegado en lo Penal, para que dentro del término legal se sirva conceptuar sobre el recurso de casación promovido por el apoderado de Cenón Maldonado. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 398

Homicidio ocasional en estado de intoxicación alcohólica.—No se infirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que condenó al señor Luis Silva Gómez a la pena de cuatro años y medio de reclusión, como responsable del delito de homicidio consumado en la persona de Jorge Salgado Gómez. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 401

La retención de bienes propios no acarrea responsabilidad penal.—Se ordena la revisión de la causa seguida contra el doctor Gabriel Echeverri, por abuso de confianza. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 411

Casación interpuesta por la parte civil, en lo relativo a perjuicios. La parte recurrente invocó las causales 1ª y 2ª del artículo 520 de la Ley 105 de 1931.—Se invalida la sentencia

Págs.

proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en la parte sujeta al recurso de casación, y se decide que Pedro Antonio Quintero España debe pagar a la señora Rosalía Reinoso la suma de cinco mil seiscientos pesos por indemnización de perjuicios ocasionados con la muerte de José Rafael Paz Reinoso. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 417

Abuso de autoridad cometido por Jueces.—Se revoca el auto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, dictado el quince de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, que sobreseyó definitivamente en favor del Juez doctor José Isidro Rodríguez. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 423

Cesación de procedimiento por inexistencia del delito.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, proferida el veinticuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, que ordenó cesar todo procedimiento contra el doctor Pedro José Morales, Juez 7º del Circuito Civil de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 432

El auto de declaración de notoria injusticia no está sujeto a casación.—Se declara que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué procedió legalmente al negar el recurso de casación contra la providencia que declaró notoriamente injusto el veredicto absolutorio en favor de Julio A. Saba. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 436

Sobreseimiento definitivo en favor del ex-Magistrado del Tribunal de Buga, Adolfo Romero B.—Se sobresee definitivamente en favor del doctor Adolfo Romero B., ex-Presidente del Tribunal Superior de Buga, de los cargos de falsedad en documentos y de calumnia que le imputó el señor Esaú Montaño. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo..... 438

Homicidio cometido en estado de ira e intenso dolor.—Se infirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el diez y seis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, que condenó a Cenón Maldonado a la pena de cuatro años de prisión, como responsable del delito de heridas que causaron la muerte a Luis Emilio Muñoz. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 441

Responsabilidad penal de los funcionarios públicos.—Se decreta el sobreseimiento definitivo a favor del doctor Domingo López Escauriaza, en su carácter de Gobernador de Bolívar, por los cargos de falsedad y abuso de autoridad que le imputó el Secretario de la Contraloría de aquel Departamento. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 452

Demanda de revisión de un proceso. Naturaleza jurídica del recurso de revisión.—Se niega la revisión del proceso que se siguió ante el Juzgado 3º del Circuito y el Tribunal Superior de Neiva, en el cual fueron sentenciados Salvador y Gonzalo Vanegas a la pena de dos años de presidio por sustracción de documento tomado de oficina pública. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 456

La errada aplicación de la ley penal no funda el recurso extraordinario de revisión.—Se niega el recurso de revisión propuesto por el ex-Teniente Dionisio Londoño y Londoño contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, de diez de agosto de mil novecientos cuarenta y dos. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 464

No es materia de revisión la crítica de los testimonios ya apreciados en la sentencia.—Se niega la revisión propuesta por Cristóbal Martínez contra la sentencia del Juez de Circuito de Sopetrán, dictada el dos de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 468

Inadmisibilidad de un recurso de casación en materia penal.—Se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, fechada el treinta de junio de mil novecientos cuarenta, que condenó a Elvia Restrepo Betancourt a la pena de tres meses de prisión. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 470

Nulidad generada en la constitución del Jurado. Se infirma la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dictada el veintiséis de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio que condenó a Alberto Soler Cuéllar a la pena de quince años de presidio, como responsable del delito de uxoricidio en la persona de Gabriela Jaramillo de Soler. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 472

Aclaración de la anterior sentencia.—Se aclara la sentencia de tres de diciembre, proferida por la Sala Penal de la Corte, en el sentido de manifestar que la Corte anula el proceso contra Alberto Soler Cuéllar, en virtud de la causal 2ª de casación, Ley 118 de 1931. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno.... 480

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Responsabilidad civil del Estado por perjuicios causados en la tragedia de aviación del Campo de Marte.—Se declara a la Nación civilmente responsable de los perjuicios tanto morales como materiales que recibió el señor Leonardo Rodríguez Lloreda, con motivo del accidente de aviación que tuvo lugar el veinticuatro de julio de mil novecientos treinta y ocho. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 482

Salvamento de voto, Magistrado doctor José M. Blanco Núñez 488

Acción para el pago de perjuicios. Revocación de poderes.—Se declara responsable al Departamento del Atlántico de incumplimiento del contrato sobre denuncio de un bien oculto, celebrado con el doctor Nicolás Fuentes Jiménez. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 490

Acción para el pago de perjuicios. Abuso del derecho.—Se confirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en el juicio que para obtener indemnización de perjuicios entabló Miguel J. Caldas contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta.. 499

Se confirma el auto ejecutivo apelado.—Se confirma el auto ejecutivo proferido por el Administrador de Hacienda Nacional de Bolívar, el ocho de enero de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio ejecutivo de la Nación contra Daniel Lemaitre. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 504

Págs.

Se niega la reposición pedida, del auto anterior, pronunciado en el juicio ejecutivo de la Nación contra Daniel Lemaitre. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 506

Acción para el pago de perjuicios materiales y morales. Responsabilidad de las personas morales por acto de sus subordinados. Noción de "falta de servicio".—Se revoca la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de José Rubén Pinilla contra el Departamento de Cundinamarca, para obtener indemnización de perjuicios, materiales y morales. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 507

Salvamento de voto, Magistrado doctor José M. Blanco Núñez 514

Acción para el pago de un auxilio de cesantía. Se confirma el auto proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el trece de abril de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio especial seguido por Marco A. Ruiz contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 517

Ejecución de una sentencia.—Se revoca el auto de diez de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el incidente previsto por el artículo 553 del Código Judicial para regular perjuicios e instaurado por Cecilio Martínez y María Antonia Barbosa de Martínez contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 520

Acción sobre pago de perjuicios materiales y morales. Acción civil ejercida dentro del proceso penal. Ineficacia de la acción civil cuando la penal no ha terminado por fallo definitivo.—Se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el tres de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio de indemnización promovido por Carmen Soler viuda de Jiménez contra la Nación y el Departamento de Boyacá. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 526

No se accede a la anulación solicitada.—Se resuelve que no es el caso de anular la providencia dictada por la Sala de Negocios de la Corte, el seis de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, en el juicio ordinario de perjuicios instaurado por Carmen Soler viuda de Jiménez contra la Nación y el Departamento de Boyacá. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 530

Acciones de nulidad de unos contratos, de unas sentencias y del pago de unos derechos de alcabala. Caducidad de unas adjudicaciones de tierras.—No se hacen las declaraciones pedidas por la Nación en la demanda promovida por el señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué contra los señores Nicanor Aguiar, Remigio Aguiar y otros. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 531

Términos de prueba.—Se revoca el auto de diez de julio de mil novecientos cuarenta y dos, pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio ordinario de Aníbal Ramírez contra el Departamento del Valle del Cauca. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 539

Págs.

Quiénes pueden pedir la nulidad de lo actuado en un juicio.—Se revoca la providencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que declaró la nulidad de lo actuado, en el juicio ejecutivo del Departamento de Nariño contra Pablo Emilio Sánchez. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 540

Inconducencia de pruebas.—Se resuelve negar la petición del doctor Gilberto Alzate Avendaño, apoderado de Heriberto Schwartau Skildsen, tendiente a desechar por inadmisible una prueba, en el juicio sobre nacionalidad que se sigue contra aquél. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez..... 544

Se confirman los autos apelados.—Se confirman los autos proferidos por la Sindicatura del Impuesto de Herencias, Asignaciones y Donaciones de Bogotá, en el juicio ejecutivo de la Nación contra la sucesión de Joaquín Salazar Díaz. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 545

Incompetencia de jurisdicción de la Corte para el conocimiento de asuntos estrictamente administrativos.—Se decide que ni el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, ni la Corte Suprema de Justicia, son Tribunales competentes para conocer de la ejecución que adelanta el Municipio de Siachoque contra el Departamento de Boyacá. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 550

Excepciones en juicios por jurisdicción coactiva. Se declaran probadas las excepciones introducidas por el demandado en el juicio ejecutivo de la Nación contra Manuel Antonio Trujillo. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 552

Se confirma el auto recurrido.—Se confirma el auto de diez de abril de mil novecientos cuarenta y dos, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario de la Richmond Petroleum Company of Colombia contra el doctor Antonio José Pantoja. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 555

Objeciones a un dictamen pericial.—Se niegan las declaraciones pedidas en el memorial de reparos y objeciones a la diligencia de inspección ocular practicada por el Juez 2º del Circuito Civil de Medellín, en el juicio de Pacífico Pérez contra Raimundo Moreno. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán .... .558

Reposición pericial del auto de fecha 24 de septiembre último.—Se repone lo dispuesto en el auto de veinticuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, dictado por la Sala de Negocios Generales, en el juicio de nacionalidad seguido contra Heriberto Schwartau Skildsen. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 561

Oposición a una propuesta sobre exploración y explotación de petróleo.—Se decide que no son fundadas las oposiciones formuladas por Ujueta Hermanos y la Compañía del Lebrija, a la propuesta de contrato de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, formulada por Alberto Isaza. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 565

Págs.

Tacha de testigos.—Se confirma el auto dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que revocó el de tres de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio especial sobre despojo seguido por la Hacienda Real, S. A., contra la Nación. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez. 582

Se confirma el auto recurrido.—Se confirma el auto de mandamiento de pago por la vía ejecutiva, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el juicio que el Departamento del Tolima sigue contra la señorita María Gómez. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 585

Acción petitoria de pago de perjuicios.—Se confirma el numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el tres de octubre de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario de indemnización de perjuicios promovido por Gregorio Jaramillo contra el Departamento de Boyacá. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta.... 588

El auto que decreta pruebas es de sustanciación y no interlocutorio.—No se concede el recurso de súplica propuesto por el señor Procurador Delegado en lo Civil, contra el auto de veinticuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, de la Sala de Negocios Generales, proferido en el juicio de nacionalidad seguido a Heriberto Schwartau Skildsen 599

No se repone el auto reclamado. Ejecutoria de las sentencias.—No se repone el auto de veintiocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, pronunciado por la Sala de Negocios Generales, en el juicio de la Nación contra la sucesión de Joaquín Salazar Díaz. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 600

Reducción de la cuantía de los bienes embargados.—Se revoca el auto de seis de abril de mil novecientos cuarenta y tres, dictado por la Sindicatura del Impuesto de Sucesiones, Asignaciones y Donaciones de Bogotá, en el juicio ejecutivo de la Nación contra la sucesión de Federico Tovar Ibáñez. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez.... 604

Acción de nulidad de un remate.—Se confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que declaró la nulidad de un remate, en el juicio ordinario seguido por José Joaquín Gómez A. contra el Departamento de Cundinamarca y el señor Carlos Rojas. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 605

Reforma de un auto ejecutivo. Extensión de la fianza.—Se reforma el mandamiento ejecutivo decretado por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, en nombre de la Nación, contra Serbelio A. Murillo y Ramiro Rodríguez. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 609

Excepciones en los juicios de cuentas.—Se declaran inadmisibles las excepciones propuestas por el doctor Federico A. Daza, curador **ad litem** de Pedro Rodas, en el juicio ejecutivo que el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, en nombre de la Nación, adelanta contra Pedro Rodas y José María Aldana. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 611

Prescripción de la acción ejecutiva en contra de la Nación.—Se declara probada, a favor de la Sociedad Cortíssoz, Correa & Compañía, en liquidación, la excepción de prescripción de la acción ejecutiva, en el juicio que la Nación adelanta contra dicha Sociedad. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 615

Incidente de nulidad de unos autos proferidos en juicio ejecutivo.—Se revoca el auto de cuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y tres, pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el juicio ejecutivo que el señor Gregorio Jaramillo adelanta contra el Departamento de Boyacá. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 621

Acción petitoria de dominio de un predio reclamado como baldío por el Estado.—Se confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el doce de junio de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario de Federico Falquez contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 630

Acción de responsabilidad civil por culpa. Responsabilidad del empresario de transportes. Se reforma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que puso fin a la demanda de indemnización de perjuicios, instaurada por el señor Daniel Gómez Pinzón contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 634

Acción de responsabilidad civil por culpa del Estado en la tragedia de aviación del Campo de Marte.—Se reforma parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintiuno de julio de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio de responsabilidad seguido por el doctor Alejandro Bernate, apoderado de Julio Berrío París, contra la Nación. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez..... 642

Excepciones.—Se declara que la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Unica Instancia, es incompetente para conocer de la demanda instaurada por el señor Roberto González Porratti contra la Nación. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 647

Prescripción de acciones civiles provenientes de contratos celebrados con el Gobierno.—Se declara probada la excepción perentoria de extinción de la acción civil principal y subsidiaria, ejercitada por el demandante, en el juicio de Tomás Acevedo contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 651

Acción petitoria de pago de perjuicios materiales y morales.—Se revocan los numerales primero a quinto de la parte resolutiva de la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio que por perjuicios interpuso Antonio J. Gómez contra la Nación y el Consejo de Ferrocarriles. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 657

Págs.

Acción petitoria de pago de perjuicios ocasionados en la tragedia de aviación del Campo de Marte.—Se confirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de indemnización de perjuicios instaurado por el doctor José de Jesús Pulecio contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 668

Requisitos para que pueda aplicarse la doctrina jurídica de la explotación económica. Aviso de exploración de petróleos.—Se decide que no es fundada la pretensión de la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, sobre exploración y explotación de petróleos en las fincas **El Fraile** y **El Encanto,** ubicadas en el Municipio de Mariquita, Departamento del Tolima. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 685

Págs.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

Recurso de súplica.—Se reforma el auto de trece de julio de mil novecientos cuarenta y tres, dictado por la Sala Civil de Unica Instancia, materia de la súplica, en el juicio de Carlos J. Galindo contra **el Tesoro Nacional**. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez.... 693